

## Reincidencia Libertad Condicional Inconstitucionalidad

### JURISPRUDENCIA

ACUERDO En la ciudad de La Plata,

Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Rc. 1805 de la S.C.J.B.A.), el ocho de mayo de dos mil trece se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Benjamín Ramón Sal Llargués y Daniel Carral (art. 451 del Código Procesal Penal) con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 56.249 caratulada "M. M., J. A. s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - SAL LLARGUES.

**ANTECEDENTES** En lo que interesa destacar, la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata revocó la resolución dictada que declaró la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal e hizo lugar a la libertad condicional de J. M. M. Contra dicha sentencia vino en casación la parte interesada (fs. 76/92), postulando -en lo sustancial- la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal. Con la radicación del recurso en la Sala, se notificó a las partes. La Sra. Fiscal ante esta instancia postuló la improcedencia del recurso (fs. 99/101). Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, decidiendo plantear y votar las siguientes **CUESTIONES** Primera: ¿Es procedente el recurso de casación deducido?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo: I.- Tal como en otras oportunidades en las que me he aproximado a conflictos de orden convencional, también en esta ocasión entiendo necesario adelantar que en el análisis no se me pasa por alto aquella magna y consabida jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Nacional, en cuanto sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una materia en la que rige un criterio restrictivo, por significar la ultima ratio del orden jurídico (Fallos 331:2799), al tiempo que advirtió sobre el riesgo de trastocar el sentido republicano de nuestro sistema de gobierno, recomendando, en consecuencia, asumir suma prudencia a la hora de evaluar la posible inconstitucionalidad de una ley (Fallos:14:425; 105:22; 112:63; 182:317). De este modo, cabe interpretar que todo intento tendiente a deslegitimar la validez constitucional de una norma impone a quien lo pretende el deber de demostrar con claridad de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional y cuál sería el perjuicio efectivamente irrogado (Fallos:332:5).

En tal contexto, debo reconocer a partir de los argumentos introducidos por la Defensa Oficial, que dan sustento al denunciado agravio irreparable que habría producido lo resuelto por el a quo, las razones que dan apoyo a una causa federal suficiente en la pretensión por la que se persigue se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, importa se analice el control de constitucionalidad y en definitiva de "convencionalidad" de la norma bajo examen. Llego a este punto luego de verificar que, a diferencia de otras situaciones donde también se ha sometido al tamiz constitucional una norma del sistema penal frente a conflictos en el ámbito de su aplicación (vgr. artículo 41 bis del C.P.) resultando innecesario expedirse por un juicio adverso a su constitucionalidad y, en cambio, sí fijar un criterio de interpretación que la resguarde, la letra de la regla del artículo 14 del Código Penal es tan cerrada que no permite en este caso acudir a lo que se denomina sentencia manipulativa aditiva, que "es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la constitución" (Néstor P. SAGÜES, Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Ad-Hoc, Buenos Aires, cap. V., 2006, 73 a 76). Es entonces que adelanto mi disenso con el criterio seguido por los Señores Camaristas y, en consecuencia, con norte en las recomendaciones antes expuestas, entiendo que cuando una regla infringe, como en el presente caso procuro fundamentar, principios fundacionales cuya tutela es deber del poder estatal, su declaración de inconstitucionalidad se impone como una obligación para los órganos que ejercen la actividad jurisdiccional, sin que ello pueda ser interpretado como una indebida intromisión en las facultades reconocidas al resto de los poderes que conforman nuestro Estado de Derecho. Sentado lo expuesto, considero que lo normado en el artículo 14 del Código Penal resulta contrario a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que comparten su rango supralegal. Lo adelantado encuentra sustento en lo estatuido por los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; y 1, 4 y 5 de la ley 12.256. II.- Para una mejor intelección del caso concreto, corresponde efectuar un breve repaso de las circunstancias específicas que rodean al cumplimiento de pena de J. A. M. M. La presente incidencia se inicia por petición del interno procurando se le conceda la libertad condicional. A partir de esa presentación, se fueron recabando los diferentes informes a la administración penitenciaria respecto del desenvolvimiento del interno en su vida intramuros. Puede verse así que el causante no registra sanciones disciplinarias, a la vez que ostenta una conducta muy buena (7) y un concepto "bueno". A su vez, se observa que M. desarrolla tareas en la fábrica de calzado, cumplimiento de manera satisfactoria sus labores. Finalmente, el organismo técnico criminológico aconseja la conveniencia de incluir al interno en el régimen de libertad condicional (fs. 25/vta.).

Tal es la entidad de los informes anejados por las autoridades penitenciarias, que el magistrado de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y le otorgó la libertad condicional al causante. No obstante, tras ello, los Sres. Camaristas que intervinieron en la sustanciación del recurso de apelación, modificaron lo resuelto y ratificaron la constitucionalidad de la norma en crisis, argumentando -en lo sustancial- sobre la base de la finalidad de su sanción, trayendo a colación para ello los antecedentes parlamentarios que motivaran la imposición de esta pauta objetiva de restricción anticipada. III.- Es necesario para una correcta exégesis de la norma cuestionada, partir en el análisis considerando el contenido de los principios constitucionales que legitiman la operatividad y existencia de nuestro ordenamiento jurídico en materia penal y procesal penal, toda vez que se reconocen como pilares fundamentales sobre los cuales se construye el debido proceso y la legitimación de la actividad punitiva estatal. A partir de los principios se es, se aprehende o se hace determinada cosa, facilitando la interpretación de su sentido; al tiempo que representan una unidad que brinda parámetros sobre los cuales debe analizarse, con base en criterios normativos, el sentido y la justificación de lo que se valora. Ni el conocimiento ni la explicación de la ciencia serían factibles si ¿(?) no existieran principios que le otorgasen el ser y el sentido de las cosas, incluidas las que están sujetas a libertad, contingencia e indeterminación práctica ¿?)? (Guillermo J. YACOBUCCI, El sentido de los principios penales, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, 63), pues, como aspectos teleológicos que le dan consistencia al funcionamiento del orden penal, un ordenamiento con origen en un desmesurado desenvolvimiento empírico, crea riesgos de confusión normativa, lo cual conlleva a una grave afectación de los derechos fundamentales (cf. Sergio MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, 25).

Ello se relaciona con el hecho de que en materia penal coexisten determinados principios que garantizan los derechos de los sujetos que mediante sus acciones llevan a cabo conductas antinormativas, y operan, al mismo tiempo, como limitadores de la respuesta coercitiva que el Estado, preferentemente de modo proporcional, le reserva a cada individuo que no ajuste su accionar al sentido de la norma, esto es, mediante la aplicación de una pena (cf. artículo 5 del código de fondo). Es en función de la existencia de los principios penales de orden constitucional que la actividad legislativa encuentra un coto estricto al tiempo de sancionar una determinada norma, puesto que sus postulados impiden la creación de disposiciones que vulneren las garantías constitucionales mediante el ejercicio del ius puniendi, como herramienta de coerción estatal, y esto así toda vez que también tienen una función comunicativa como ¿mandato? al legislador. En este marco resulta necesario recalcar que el principio de legalidad limita, repudiando el ejercicio arbitrario del derecho penal, el alcance del reproche estatal, al tiempo que asegura al conglomerado social la sujeción del Estado a la ley y, junto al de culpabilidad, imponen al poder legislativo la obligación de sancionar disposiciones que se caractericen por su razonabilidad y su sentido de justicia. De lo dicho se deriva como consecuencia inevitable la idea de proporcionalidad que debe caracterizar la imposición de una sanción privativa de libertad, siendo que su existencia limita la extensión de los criterios de prevención en el marco de las teorías de la pena y elimina toda clase de valoración acerca de la personalidad o peligrosidad de los agentes, dando de este modo un fundamento legítimo a la asignación del quantum punitivo que se atribuye frente a la comisión reprochable de un injusto y a las consecuencias que de dicho acto jurisdiccional se desprenden. Por lo dicho, debiera primar un concepto donde el contenido de las resoluciones emitidas en el marco de la aplicación del derecho represivo se encuentra limitado por el deber que recae sobre los magistrados de ponderar las consecuencias que derivarán de la imposición de una condena que dispone la privación de la libertad del sujeto, toda vez que los medios que se utilicen para obtener el bien común que persigue el Estado deben caracterizarse por la proporcionalidad y la razonabilidad que exige el grado de culpabilidad atribuida al agente, evitando así toda vulneración de los derechos fundamentales que lo amparan. Ahora bien, aplicando los lineamientos generales tratados en los párrafos precedentes al caso que se analiza, se aprecia que la norma del artículo 14 del Código Penal encuentra fundamento en los enunciados de la teoría de la pena reconocida como especial negativa, que pretende dirigirse a la ¿(?) persona criminalizada no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal (?) que es un bien para el cuerpo social (?), [apelando con tal finalidad] a la neutralización y eliminación [del individuo] y lesiona el concepto de la persona, en contra de los principios emanados del artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, toda vez que se impone la preeminencia de los intereses del cuerpo social por sobre las garantías del condenado, respondiendo, de este modo, ¿(?) a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a la coacción directa administrativa: no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual ¿?)? (Eugenio Raúl ZAFFARONI-ALAGIA- SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediar, segunda edición, 2003, 64).

Lo dicho no puede ser defendido frente a lo establecido por los principios de dignidad humana y bien común, pues las normas creadas por el Parlamento no pueden trastocar ni vulnerar las garantías que nuestra Ley Fundamental, y aquellas leyes que reglamentan su ejercicio de modo legítimo, reconocen a cada individuo. La situación que inicialmente llama la atención respecto

de la regulación bajo examen de constitucionalidad, y nada mejor que confrontar este análisis con el caso concreto que hoy se nos presenta en la situación del penado M. M., es que ya de antemano, y apenas iniciado el proceso, el imputado que sea declarado reincidente, según la exposición de motivos del legislador con base en la peligrosidad, no puede albergar ninguna expectativa de tratamiento progresivo, como sí, en cambio, lo pueden hacer condenados que no hayan sido declarados reincidentes, razón por la cual desde el vamos se le está cercenando tanto el incentivo de cambio, como las posibilidades ciertas de una mejor integración, e incluso despojando de razones en las cuales motivarse durante su encierro para un mejor desarrollo personal. Así lo recordaba el Ministro Zaffaroni en oportunidad que ingresara en el tratamiento de esta temática, cuando se refiriera a situaciones donde hay una peligrosidad presunta, que nace a partir de una presunción *juris et de jure*, señalando al respecto que "El nivel de mínima racionalidad del derecho impuesto por el principio republicano no puede aceptar una construcción semejante. Por otra parte, no es posible olvidar que las presunciones *juris et de jure* obedecen a razones prácticas y en general son incompatibles con el derecho penal cuando operan ampliando límites de punibilidad" (CSJN, voto del Dr. Zaffaroni, en A. 577. XLV, Recurso de Hecho, Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa Nro.10.154, rta.5 de Febrero de 2013) Por tanto, si los arts. 5.6 y 29 de la CADH y el art.10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), integrantes del Bloque Federal Constitucional (BFC) confluyen en la manda que dispone que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado, tal objetivo no puede enfrentarse a un escollo inicial e insalvable que condicione de antemano la futura evolución de la persona detenida y la prive de obtener la posibilidad de un reintegro anticipado a la sociedad antes del vencimiento de la pena, aun cuando su esfuerzo personal y el logro de objetivos así lo recomienden. Las normas que dan vida al derecho penal tienen un sentido, y es por tal motivo que deben ser interpretadas en armonía con el resto del sistema legal que se caracterice por ser racional, igualitario y conteste con los postulados constitucionales. No puede dejarse de lado en este análisis que la reforma introducida por la ley 23057 a la regla del art.52 y su interrelación con el art.53 y 14 del C. Penal, por cuanto allí se autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, situación que a primera vista contrasta con la de aquél que se encuentra en una situación de reincidencia simple. En el voto antes individualizado el Ministro Zaffaroni, ilustra, recurriendo a su ponderación por el absurdo, al indicar que "resulta inimaginable que un defensor aconsejase al simple reincidente condenado a prisión perpetua que cometa una cadena de delitos menores en el curso de sus largos años de prisión hasta encuadrar en la multireincidencia calificada del art.52, con el objeto de mejorar su situación y acceder a la libertad condicional." (consid.30) Una interpretación literal del art.14 del digesto de fondo, se enfrenta a la engorrosa situación de ponderar una presunción anticipada y de naturaleza apodíctica respecto de la prognosis de reinserción del hombre penado, dejando de lado la posibilidad de evaluación empírica y concreta tras años de encierro. Se trata entonces de desconocer que llegado el momento en que el sujeto podría obtener la libertad condicional u otra salida anticipada existe la posibilidad de que haya evolucionado hacia una integración social sin conflictos, situación que admite -en algún punto- una aproximación científica a su corroboración a través de las evaluaciones de carácter interdisciplinario que postula el régimen penitenciario. En consecuencia, entiendo que lo establecido en el artículo 14 del Código Penal contradice todas las disposiciones que se vienen comentando, violenta el principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, infringe los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesiona el principio de proporcionalidad, perdiendo legitimidad "por tratarse de un supuesto de derecho penal de autor- toda vez que coarta "ex ante" las mayores posibilidades disponibles desde el Estado para una mejor integración social a quienes hayan sido declarados reincidentes, con total prescindencia de la evolución personal, nivel de integración corroborable y esfuerzo de resocialización del autor. Con igual criterio se ha expedido la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en las Causas N° 13.401 caratulada "A., P. E. s/ Recurso de Casación", resuelta el 8 de mayo de 2012 y Causa N° 16.270 caratulada "S., W. R. s/ Recurso de Casación", resuelta el 23 de noviembre de 2012; indicando que "interesa destacar que los principios que influyen en la construcción de la ilicitud penal -como ser, por caso, el de culpabilidad- no buscan fundar la responsabilidad penal de una persona, sino que cumplen una función limitadora del poder penal (cfr. Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal", Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 240) "El juego armónico de los artículos 18 y 19 de la CN, determinan que sólo las 'acciones' pueden ser sometidas a juzgamiento por parte del poder del Estado. Así pues, se consagra un derecho penal de 'acto' que importa abandonar toda noción de derecho penal de autor (?) En ese sentido, se ha dicho que 'si la ley penal sólo puede válidamente seleccionar acciones (art. 19 de la Constitución nacional) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (art. 18 de la Constitución Nacional), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo" (Magariños, Mario H. "Reincidencia y Constitución Nacional -el resabio de un modelo peligroso de derecho penal-", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, n° 7, pág. 97) "En consecuencia, por mandato expreso de la Constitución Nacional, las normas penales sólo pueden tener como objeto conductas y no sujetos, derivándose de allí el principio de

culpabilidad por el acto (?) Los conceptos limitadores de 'hecho' y 'acción' que establece la Constitución Nacional, implican el abandono de una noción 'moralista' de Estado y la consagración de un modelo de proceso liberal en el cual el poder punitivo sólo puede juzgar actos externos del hombre (?) En efecto, el Estado únicamente puede castigar la acción humana que produce efectos en el exterior (es decir, en el marco de una interacción conflictiva) y sólo en los límites estrictos del valor que esa acción tenga dentro del marco de interacción. El castigo no puede referirse a otra cosa que no sea la estricta punición del hecho. (Binder, Alberto, op.cit. pág. 117). Con atención a los postulados que aquí se reafirman no puede escapar al análisis de la temática que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (CIDH, Serie C n° 126 caso 'Fermín Ramírez contra Guatemala', sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 95). Dichos extremos, incluso, resultan afines con la doctrina sentada por la Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado para los multireincidentes prevista en el artículo 52 del CP. En dicha oportunidad, se adujo que "ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución (?) admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de la persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de pena y cualquiera sea el pretexto -peligrosidad no existente o presunta u otro- con el que se quiera ocultar una declaración de enemistad jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación" ('Gramajo', Fallos 329:3680, del 5 de septiembre de 2006, considerando 27). El derecho penal también tiene una misión con sentido social, y es allí donde sus más elementales principios asoman como la barrera infranqueable de la Política Criminal; no se trata sólo de una expectativa de estabilizar la convivencia general, sino que, particularmente en la etapa de ejecución, es donde el Estado debe amalgamar el ejercicio del poder punitivo con la transformación a partir de la política social. Cuando la regulación normativa lleva a contradicciones tan serias como las que se corroboran en este caso, donde coinciden en lo beneficioso de que el penado M. M. avance hacia el goce de una libertad condicional que le permitirá seguramente afianzar su integración y consolidar su proyecto de futuro, y en esto curiosamente están de acuerdo -en beneficio del penado- las autoridades penitenciarias y la argumentación jurisdiccional de primera instancia, aunque luego la alzada con celoso apego a la ley vigente, se amparó en un obstáculo formal y objetivo para rechazar el merecido progreso, y esto así, no parece estar a tono con la tan perseguida prevención especial positiva que se pregona desde las Cortes que llevan adelante el control de convencionalidad. IV.- Como corolario de lo señalado, no puedo dejar de efectuar una serie de consideraciones que guardan relación con las premisas que deben orientar el reingreso de los condenados a la vida en sociedad. Preliminarmente, interesa recordar que el artículo 5.6 de la CADH establece que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados." En análogo sentido, el artículo 10.3 del PIDCyP prevé que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". De igual modo, la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptada en el Primer Congreso de la Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, establece la conveniencia de adoptar los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (art.60.2). Así pues, el artículo 1° de la Ley Nacional de Ejecución establece que su finalidad es lograr que la persona adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social. Es decir, la ley toma como fin de la ejecución de la pena -y no de la pena- el "ideal resocializador" (Salt, Marcos G.: Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad en Nueva Doctrina Penal 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p.611 y ss.). Este principio merece ser considerado como "la obligación que tiene el Estado de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesaria para el desarrollo adecuado para que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad?" (Salt, Marcos G.: Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina, en Rivera Beiras-Salt, "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina?", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. En el mismo sentido, Mir Puig, Santiago: ¿Qué queda en pie de la resocialización? en "El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho", Barcelona, 1994, p. 147). Es así que el ideal resocializador pone en cabeza del Estado la obligación de brindar un trato idóneo al imputado mientras dure el encierro carcelario, de forma tal que toda medida que lleve adelante, debe estar orientada a su cumplimiento de la manera más favorable para quien sufre la pena y sin perder de vista el fin que la orienta. Ahora bien, a partir de la propia literalidad de la normativa antes reseñada, el fin resocializador de la ejecución de la pena es aplicable a los condenados, sin que el texto de los Tratados que conforman el bloque constitucional indique ningún tipo de diferenciación en cuanto a su carácter

de primarios o reincidentes. Así pues, allí donde la norma de orden superior no ha efectuado distinciones, no corresponde que las leyes de inferior jerarquía lo hagan, como es del caso verificar a través de las previsiones del artículo 14 del Código Penal al establecer un status inferior para los reincidentes. En efecto, la limitación de la precitada norma excluye a los reincidentes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena (al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconocen las normas con jerarquía constitucional en juego. Puntualmente, en relación con aquella previsión se ha dicho que "la distinción no posee ninguna justificación, pues implica aceptar que el Estado no tiene la obligación de favorecer la reinserción social del reincidente, algo que, desde el punto de vista constitucional no puede tener ningún asidero. La Norma Fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar tanto al primario como al reincidente. Así, la negativa al acceso de la libertad condicional por reincidencia no resulta una limitación que se apoye en la actividad desarrollada por el condenado durante el cumplimiento de su pena y recorta, sin argumento válido alguno, las posibilidades de una mejor y adecuada reinserción a través de un período de libertad antes del agotamiento de la pena" (Alderete Lobo, Rubén A. "La libertad condicional en el Código Penal Argentino", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 179). Asimismo, "el impedimento para obtener la libertad condicional en el caso de los reincidentes (art. 14) y la posibilidad de que el Estado los pueda someter a una pena de reclusión indeterminada (art. 52) atenta contra el cumplimiento del régimen progresivo de cumplimiento de la pena que es consecuencia inevitable de los fines de reinserción social que la sanción penal debe tener y que se encuentran reconocidos constitucionalmente" (Buigo, Marcelo R., "La reincidencia y la imposibilidad de su vigencia en un Estado Constitucional de derecho" en AA.VV. "Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J.A. Righi", Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, pág. 162). De este modo, la regla que marca el artículo 14 del digesto sustantivo, importa una palmaria restricción para el amplio ejercicio de los derechos que hacen al fin resocializador de la ejecución de la pena, todo lo cual determina una lesión a normas de orden superior (arts. 18, 75, inc. 22, 5.6, CADH y 10.3, PIDCyP). Por demás, sobre el punto, el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Fayt, puso de manifiesto que corresponde "(?) garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran garantizar que el ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional (?)" (CS, "Romero Cacharane, Hugo A. s/ ejecución penal", 2003/03/09, Fallos:327:388, La Ley 2004-C, 691 - La Ley 2004-D, 147). El principio de progresividad es una de las formas en que se materializa el mandato constitucional de readaptación social por medio de la flexibilización de la ejecución de la pena, atravesando las distintas fases y periodos que prevé la ley 24.660. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento, han sido claras respecto a cuál es el alcance que debe asignársele al sistema progresivo. Así, el artículo 60 inciso segundo sostiene: "Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (?) o mediante una liberación condicional (?)". En el ámbito de nuestra provincia, la ley 12.256 hace especial hincapié, en su artículo 4º, en el hecho de que "el fin último de la presente ley es la adecuada reinserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control". Cuando la disposición hace referencia a la reinserción social o reconocida resocialización responde, como se dijo en párrafos que anteceden, a lo dispuesto por las teorías de la pena que se encargan de demarcar que la imposición de cualquiera de las sanciones establecidas en el Código Penal (artículo 5), debe responder a parámetros de prevención, dando cumplimiento a la esperable reinserción de todo condenado a la sociedad, quien luego de cumplida la sanción punitiva que sobre su persona recayó tiene el derecho de volver a convivir en comunidad. Con idéntico sentido su artículo 5º ordena que "la asistencia y/o tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales?". Por ello los jueces de ejecución penal tienen por obligación inmediata de proteger y garantizar el goce de los derechos y de las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo ciudadano que, sometido al debido proceso penal, ha sido objeto de una sanción punitiva (artículo 125 de la ley 11.922). En algún punto, situaciones como las que aquí se encuentran bajo examen son asimilables a los conflictos que se presentan cuando entran en contradicción los criterios de prevención general y prevención especial en la determinación judicial de la pena. Al respecto se ha predicado que ante situaciones de esta naturaleza debe otorgarse primacía a la orientación que permita delimitar la sanción punitiva desde la prevención especial. (Cfr. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. Civitas, traducción de la 2da. Edición; pág. 97 y sgtes) En consecuencia, cuando de lo que se trata es del examen en la etapa propia de la ejecución de la pena, las necesidades preventivas especiales pasan a un primer plano y debe primar sobre los alcances preventivos generales, que, de cualquier manera tampoco se verán seriamente debilitados. Si la persona ha alcanzado en la ejecución de la pena el grado de solidaridad e integración social que fuera puesto en expectativa para su reingreso a la sociedad libre, habiendo cumplido además los requisitos objetivos temporales, no

tiene sentido amparar una restricción a su progreso desde una limitación previa basada con exclusividad en su condición de reincidente, por cuanto también se corre el serio riesgo de deslegitimar el proceso de integración y desmotivar al penado en su superación. V.- En razón de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata; declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en cuanto dispone que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes; y mantener la libertad condicional dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata - Necochea, bajo las mismas condiciones en que fuera otorgada oportunamente (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 448, 450, 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal); y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA. A la primera cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo: Ya a propósito de otras disposiciones en que se ha predicado la inconstitucionalidad de la misma he tenido ocasión de distinguir lo que sería la legitimación de un instituto y la tacha de refractarios al control de convencionalidad y constitucionalidad de sus efectos (causa n° 55.776). Creo que las razones que se acercan para execrar el artículo del Código Penal en trato que se exhibe como el efecto más deletéreo de la declaración de reincidencia, institución respecto de la que me he pronunciado declarándola refractaria a la Constitución Nacional por violación especialmente de la prohibición del ?ne bis in eadem?, permitirán adoptar este temperamento. Empero, al votar el plenario de este cuerpo relativo al problema de discernir cuál es el sentido que ha de darse a la voz ?cumplimiento parcial de encierro en carácter de pena firme?, he quedado en soledad respecto de esa declaración. Esto me lleva a adherir al voto del distinguido colega de Sala que es un modo de ir paulatinamente cercando, por decirlo de algún modo, la subsistencia de esa rémora del positivismo más extremo que ingresara a nuestro Código Penal con la expresa inspiración de Ferri y de Garófalo a los que remite Rodolfo Moreno (h) en su obra ?El Código Penal y sus antecedentes, Ed. Tomassi, Bs. As., 1923. Voto en consecuencia por la afirmativa. A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo: Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata; declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en cuanto dispone que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes; y mantener la libertad condicional dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata - Necochea, bajo las mismas condiciones en que fuera otorgada oportunamente (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 448, 450, 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal). A la segunda cuestión el señor juez doctor Sal Llargués dijo: Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos. Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente: SENTENCIA I.- HACER LUGAR al recurso de casación deducido. II.- CASAR la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14 del Código Penal, en cuanto dispone que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes. III.- MANTENER la libertad condicional de J. A. M. M., dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata - Necochea, bajo las mismas condiciones en que fuera otorgada oportunamente. IV.- SIN COSTAS Rigen los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 448, 450, 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen. FDO.: BENJAMÍN

RAMÓN SAL LLARGUÉS - DANIEL CARRAL Ante mí: Jorge Álvarez

Correlaciones: [?B..D.E.](#)

[/recurso de casación?](#) - Cám. Nac. Casación Penal - Sala IV - 13/07/2012

Cita digital: