

REGISTRO Nro.: 17892

///la ciudad de Buenos Aires, a los 09 días del mes de febrero del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado, doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión obrante a fs. 8/9 de la presente causa n° 12.212 del registro de esta Sala, caratulada: “ACTIS, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad”, representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa por el señor Defensor Público Oficial doctor Guillermo Lozano.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y, en segundo y tercer lugar, los jueces doctores W. Gustavo Mitchell y Guillermo J. Yacobucci, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1°) El juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Rosario, provincia de Santa Fe, que ejerce la función de juez de ejecución, resolvió con fecha 6 de noviembre de 2009, en el incidente n° 74/09 de su registro, no hacer lugar a la impugnación de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. deducida por la defensa y, por aplicación de esa disposición, denegar la libertad condicional del condenado Miguel Ángel Actis (fs. 8/9).

2º) Contra esa decisión, interpuso recurso de casación la señora Defensora Pública Oficial que actúa ante ese tribunal (fs. 11/19 vta.), que fue concedido (fs. 20/20 vta.) y mantenido en esta instancia (fs. 29).

3º) La recurrente afirmó que el art. 14 del CP que impide a los condenados reincidentes obtener la libertad condicional es inconstitucional por “*resultar violatorio del sistema penal de acto, de la garantía ne bis in idem, del principio de culpabilidad como fundamento y como límite del ejercicio del ius puniendi, de los fines de la pena y del principio de reserva*”, y que “*trae aparejado un agravamiento en las condiciones de detención y en la modalidad de ejecución de la pena*” (fs. 12.).

Expresó que “*el derecho penal de acto se encuentra consagrado en los artículos 18 y 19 CN*”, mientras que “*la reincidencia tiene como fundamento explícito la presunción de peligrosidad de aquel que habiendo cumplido una condena incurre en un nuevo delito*”. Sobre esa base, sostuvo que “*la restricción establecida en el art. 14 del Código Penal constituye una intensificación de la respuesta punitiva a un modo de ser y no a acciones u omisiones*” (fs. 12 vta. /13). Invocó los arts. 9 CADH y 11.2 DUDH.

En definitiva pretende se declare la inconstitucionalidad del art. 14 C.P. en cuanto establece que la libertad condicional no se concede a los reincidentes (fs. 19 vta.).

4º) Que se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468, C.P.P.N., por lo que el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

El recurso interpuesto resulta formalmente admisible en virtud de lo previsto en los arts. 491, segundo párrafo, y 474 del C.P.P.N., además

ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo, quien cuestionó la constitucionalidad del art. 14 del C.P. y la sentencia recurrida es contraria a sus pretensiones.

-III-

El *a quo* rechazó la pretensión de la defensa de declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. y aplicando esa disposición denegó la libertad condicional del condenado Miguel Ángel Actis.

En los fundamentos de esa decisión el juez sostuvo que la disposición legal cuestionada *“no violenta ningún principio o garantía constitucional, siendo que consiste en la lícita decisión estatal de limitar la posibilidad de acceso a la libertad condicional de aquellas personas que, por haber cumplido mediante detención efectiva una condena anterior, son merecedoras de un trato más riguroso. En tal sentido, es claro que Actis conocía, al momento de cometer el delito por el cual fuera nuevamente condenado, las consecuencias disvaliosas para su interés que tal acción le habría de acarrear”* (fs. 8).

Rechazó la alegada infracción a la prohibición del *ne bis in idem* argumentando que *“el hecho anterior que generó el encierro utilizado ahora como determinante de la reincidencia no es nuevamente juzgado ni penado. Desde el punto de vista estrictamente técnico no se advierte, con la aplicación del art. 14 del Código Penal, que se verifique un doble juzgamiento o una doble condena en función de un mismo hecho”* (fs. 8 vta.).

Expresó que tampoco se ve afectada la finalidad de la ejecución de la pena, contenida en el art. 1 de la ley 24.660, en tanto *“el legislador ha ideado otras alternativas que, eludiendo dicha excepcionalidad negativa, permiten el reintegro anticipado del condenado”*, mencionado expresamente la libertad asistida (*ibídem*).

Por último, rechazó la pretensión de la defensa en punto a que la Corte Suprema Justicia de la Nación habría modificado su criterio respecto de la constitucionalidad del art. 14 del C.P. en el caso de Fallos: 329:3680. Afirmó que *“tal decisorio no giró concretamente en torno a la aplicación del art. 14 del Código Penal y solamente refirió a la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y su incompatibilidad constitucional por desproporción cuando está ligada a penas temporales de escaso monto”* (ibídem).

La defensa ha insistido en la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P., según se reseña a continuación.

-IV-

Afirma la defensa que se afecta el principio constitucional de culpabilidad que infiere del art. 19 CN porque el aumento del rigorismo punitivo se fundamenta en la peligrosidad que se dice demostrada (fs. 13 vta.), y que esa presunción *iuris et de iure* de peligrosidad resulta violatoria, a su vez, del principio de inocencia (fs. 15).

Recurre a la cita de la sentencia de la Corte IDH que declaró que *“la invocación de la peligrosidad [...] constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido”* (caso “Fermín Ramírez v. Guatemala”, rto. 20/06/2005); y también a la del caso de Fallos: 329:3680 (“Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”), en cuanto allí se sostuvo que la peligrosidad *“carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor”* (fs. 16/16 vta.).

También afirma que *“la cancelación del beneficio de la libertad condicional en abstracto y por el mero hecho de haber sido declarado reincidente [...] atenta contra los fines de la pena tal y como son definidos por la ley 24660 y los Pactos Internacionales incorporados a la*

Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN), ello por cuanto si bien la pena no puede superar el rango determinado por la culpabilidad del hecho, las necesidades preventivo especiales pueden tornar oportuna su liberación antedatada en base a su conducta durante el período de detención -falta de necesidad de un tratamiento- o bien conforme las perspectivas futuras del sujeto” (fs. 17 vta.).

Sostiene asimismo la defensa que el art. 14 del C.P. también implica infracción a la prohibición *ne bis in idem* -cita los arts. 33 C.N., 14.7 PIDCP y 8.4 CADH- desde dos perspectivas: *a)* en tanto se niega la posibilidad de acceder a la libertad condicional por haber cometido otro delitos respecto del cual ya fue condenado y cumplió pena privativa de la libertad (fs. 16 vta. /17); y *b)* en tanto se viola la prohibición de doble valoración al tomar en cuenta la reincidencia para graduar la pena en el marco del art. 41 C.P., y por segunda vez para denegar la posibilidad de libertad condicional a tenor del art. 14 C.P.

Argumenta también que se castiga al individuo por el defecto del tratamiento anterior del Estado, se persigue un perfeccionismo violatorio de la autonomía personal, y se afecta el principio de razonabilidad (art. 28 CN) en tanto se intensifica un tratamiento a cargo del Estado que ya ha fracasado, impidiendo que el juez juzgue el caso concreto, de ese modo “*atenta contra el fin de la pena*” (fs. 19).

Trataré separadamente los distintos fundamentos de su impugnación de la disposición legal.

A) La alegación de que el art. 14 C.P. afecta el principio de culpabilidad por el hecho y es incompatible con un sistema de responsabilidad por el acto.

La impugnación se remonta –con diversas variantes argumentales- a la idea de que la reincidencia legal regulada en el art. 50 C.P. no es conciliable con el principio de culpabilidad (confr. p. ej. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª edic., Del

Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 644). Según esa impugnación en el art. 50 C.P. subyace una agravación de la pena por la conducción de la vida, o por la formación del carácter, que no tiene conexión alguna con el injusto cometido, y que por ende no se restringe a la sanción por la realización del acto punible, sino que refleja una pena por la peligrosidad, el carácter, el ánimo o el modo de ser (confr. MAGARIÑOS, Héctor Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 130).

Los puntos de partida de esta concepción son correctos, en tanto se extrae del art. 19 C.N. que el legislador sólo puede penar acciones que se traduzcan en un daño o perjuicio a terceros, al orden o la moral públicos, y del art. 18 C.N. que no se puede penar cualquier acción dañina o peligrosa, sino la seleccionada y definida de modo preciso por una ley previa anterior. También es correcto sostener que la culpabilidad no tiene autonomía sino que es “culpabilidad por el acto ilícito” porque sin referencia al hecho punible “*no resulta posible extraer [del concepto de culpabilidad] ningún significado referido al contenido de la reprochabilidad, pues la garantía de culpabilidad por sí no define ni el objeto ni la materia de reproche*” (MAGARIÑOS, op. cit., p. 129).

A este respecto, reproduzco la parte pertinente del voto que he emitido al concurrir al dictado de la sentencia en la causa n° 9583, “Garaza Pereira, Rodolfo s/ recurso de casación” (rta. 22/04/2009, Reg. N° 14.311).

El art. 18 C.N. sólo permite la aplicación de una pena a una persona que ha cometido u omitido un hecho definido en una ley anterior. Sin embargo, el Congreso de la Nación, cuando define esos hechos por ley, conforme a la autoridad que le confiere el art. 75, inc. 12 C.N., no goza de discrecionalidad absoluta: tiene un límite en el art. 19 C.N. que sólo autoriza la intervención estatal respecto de acciones que afectan el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. El Estado sólo puede interferir con acciones humanas cuando se presenta una “afectación” en el

sentido de lesión o peligro de lesión al orden y la moral pública, o los derechos de un tercero.

El carácter dañino del hecho, o el peligro de daño cuya ejecución acarrea, son a la vez el fundamento y el límite de la intervención estatal mediante la conminación y aplicación de una pena. Se pena porque la ejecución del hecho ha sido prohibida por su carácter dañino. En este marco, la culpabilidad no es un fundamento de la prohibición, sino una condición adicional a ésta, de modo que no puede haber una culpabilidad independiente del daño que el hecho causa, o cuyo peligro acarrea.

De allí se infieren dos consecuencias: a) en general las cualidades personales del agente no tienen relevancia para decidir la prohibición del hecho, ni para medir en abstracto la pena que corresponde al hecho prohibido, porque es el hecho y no el autor el que está en el fundamento de la prohibición y el alcance más o menos dañino del hecho lo que da la medida de la pena; b) la culpabilidad es una condición para la aplicación de la pena, pero cualquiera que sea la medida de la culpabilidad, la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena, tal como ha sido realizado por el agente en la ejecución del hecho.

Eventualmente, ciertas cualidades personales pertenecen a la materia de la prohibición, cuando esas cualidades personales fundamentan en sí mismo la existencia de un daño que no existiría sin la cualidad del agente. En otros términos el hecho sólo es prohibido respecto del daño a bienes si el agente lesiona un deber propio de sus cualidades especiales. Así sucede con los llamados delitos especiales propios, que definen hechos que no son punibles si los hechos no son realizados por quien no reúne la calidad especial. En los delitos especiales impropios estas cualidades no forman parte de la conducta prohibida, pero en la medida en que fundan un deber aumentado de evitación del daño o peligro, la falta de satisfacción del deber de evitación específico da sustento a un injusto mayor.

Una ley penal coherente con el derecho penal de acto debe limitar el injusto reprimido por la ley al hecho en sí. En todo caso, en los delitos especiales, o de infracción al deber “*los requisitos de la autoría denotan un deber especial en cuya lesión reside el ilícito penalmente relevante*”. (STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible* 4º edición, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 142). En estos casos existe un hecho dañino o peligroso, que sólo es punible cuando el agente tiene un deber especial de evitarlo, o cuando el daño se presenta si el agente tiene ciertas cualidades. Un claro ejemplo lo constituyen ciertos delitos de funcionarios públicos, o de comerciantes. En los delitos especiales impropios, la posición o calidades del agente sustenta una pena agravada en tanto esas calidades puedan reconocer conexión con un deber aumentado de evitación del hecho conminado con pena. Pero tal no es el caso de los reincidentes, pues la reincidencia no da sustento para tal diferenciación desde el punto de vista del injusto. La persona que reúne los presupuestos para la existencia de reincidencia no está sujeta a una norma prohibitiva distinta que aquella que no los reúne, ni funda un deber aumentado de respeto a las prohibiciones de la parte especial, de modo que al cometer el nuevo delito no realiza un injusto distinto ni más grave.

He dicho que la impugnación de la defensa en el presente caso parte de puntos de partida correctos, sin embargo, éstos son aplicados de un modo que no contempla los distintos efectos que tiene la existencia de reincidencia legal definida en el art. 50 C.P.

El primer párrafo de esa disposición define la reincidencia, pero no sus efectos, en estos términos: “*Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena*”. Los párrafos siguientes contemplan situaciones especiales concernientes a la condena sufrida en el extranjero,

las penas cumplidas por delitos políticos, o previstos de modo exclusivo en el Código de Justicia Militar, o los amnistiados, o por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. El último párrafo establece un límite temporal a la consideración de las penas anteriores cumplidas. Sin embargo, el art. 50 C.P. no define cuál es el efecto de la existencia de reincidencia.

La reincidencia es tomada en cuenta por la ley: a) en la medición de la pena (art. 41 C.P.); b) para la aplicación de una medida de reclusión por tiempo indeterminado adicional a la pena que corresponde al delito (art. 52 C.P.), y c) para la ejecución de la pena, en tanto no se concederá la libertad condicional a los reincidentes (art. 14 C.P.).

A.1. La consideración de “las reincidencias” en la determinación de la medida de la pena.

En cuanto a lo primero, antes de ahora me he ocupado de la interpretación del art. 41 C.P. y del limitado campo en el que es legítimo y compatible con un derecho penal construido alrededor de la culpabilidad por el injusto la consideración de la existencia de condenas anteriores (confr. mi voto *in re* “De las Toscas, José Luis s./ recurso de casación”, causa n° 9108, rta. 14/7/2008, Reg. n° 12.095). Allí afirmé que “*el art. 41 del Código Penal indica a los jueces que para la determinación de la pena deben tomar en cuenta circunstancias que se refieren al hecho (inc. a), y circunstancias que se refieran al autor o agente (inc. b). Las primeras comprenden -aunque no de modo exhaustivo- los elementos objetivos del injusto del que el autor ha sido hallado culpable, a saber, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados*’ y que ‘*el art. 41, inc. a, [...] hace referencia no ya al injusto sino a su grado*’ (ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General, 2a. Edic., EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 1047*), en otros términos, significa que ‘*el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad*’ (ZIFFER, Patricia,

comentarios a los arts. 40 y 41 en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio R. (Directores), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 2a. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 80)'.

Por definición, las disposiciones penales que conminan los delitos con penas divisibles establecen un marco penal de relativa amplitud dentro del cual están en principio comprendidos todos los modos posibles en que una conducta humana satisface el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal y se hace reprochable de ello. La gravedad del injusto y de la culpabilidad se determina en el momento de medición de la pena, examinando el modo y circunstancias concretas en que esa persona ha satisfecho el supuesto de hecho de la ley penal, y el modo concreto en que se ha hecho reprochable de ello. Al respecto se señala que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (RIGHI, Esteban, Teoría de la pena, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 223).

Así, cuando el art. 41, inc. a, C.P., se refiere a la extensión del daño y peligro causados como elementos a tener en cuenta en la medición de la pena, está indicando que la medida de la culpabilidad, o del reproche, si se prefiere, está influenciada, entre otras, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad, o de la reprochabilidad, si se prefiere, y no la creación misma del peligro".

A continuación relevé que: "[...E]l art. 41, inc. b, C.P. indica tomar en cuenta para la medición de la pena a imponer al agente, 'las reincidencias en que hubiera incurrido'. Se señala que la exposición de

motivos del Proyecto de Código Penal de 1891 aclara el alcance del uso de este término, comprensivo tanto de la reincidencia en su sentido técnico, como también en el de reiteración (DE LA RUA, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General, 2a. Edic., Depalma, Buenos Aires, 1997, nota a los arts. 40 y 41, nros. 111 y 114, ps. 709/710)".

Según parte de la doctrina "En general se ha entendido que las circunstancias enunciadas en el inciso b, del art. 41 C.P. 'tienen relevancia en relación al juicio que el juzgador debe formular: mayor o menor peligrosidad del autor' entendida como la peligrosidad como 'pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena', de modo que 'en el sistema del Código vigente la graduación de la pena atiende exclusivamente a la peligrosidad o capacidad delictiva, esto es, probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir' (DE LA RUA, op. cit., nota a los arts. 40 y 41, nros. 146, 151 y 152, ps. 717/719)".

Sin embargo en aquella decisión advertí que: "Esta visión es susceptible de ser contradicha desde el punto de vista sistemático y puesta en crisis desde el punto de vista constitucional. Desde el punto de vista sistemático, porque el código adopta el sistema de doble vía de penas y medidas de seguridad, establece un sistema de atribución subjetiva de responsabilidad penal que no reposa en la peligrosidad y pone estrictos límites a las penas divisibles, que sólo permiten graduar la peligrosidad del agente en el marco legal previsto para el hecho 'culpable'. Por lo demás, en general, y prescindiendo de cuál debería ser el alcance de la controvertida disposición del art. 44 C.P., cuya aplicación aquí no está en juego, la falta de peligrosidad del agente no exime de la punibilidad. Desde el punto de vista constitucional una pena medida según la peligrosidad del agente no supera la confrontación con el art. 18 C.N. que predica que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior 'al hecho' del proceso. De suerte tal que la pena y su medida están condicionadas por el hecho y no por la peligrosidad del agente".

En síntesis concluí que: *"El inciso b del art. 41 puede ser interpretado por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con el art. 18 C.N. si se interpreta que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero si, una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales. Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. b, C.P. pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho. En aquel caso, no basta sin embargo con la invocación de la existencia de condenas anteriores, sino que es necesario que en la sentencia se exprese cuál es la relevancia que estas tienen para la determinación de la peligrosidad según la mayor o menor proximidad en el tiempo, la naturaleza de los hechos, su gravedad concreta, y la mayor o menor semejanza entre ellos"* (véase también STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, 2ª. Edic., Stämpfli, Berna, 2006, p. 193, nro. 43)."

Esta Sala ha adherido en las causas n° 9569 "RIVAS, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación" (rta. 8/09/09, reg. n° 15.083) y n° 10148 "Cossio, Hernán Pablo s/recurso de casación" (rta. 1/06/10, reg. n° 16.513).

También cierta parte de la doctrina nacional ofrece puntos de vista similares a partir de la idea de proporcionalidad con el hecho, entendida como proporcionalidad con la medida del ilícito (o del injusto), parte de vincular el límite del monto máximo de la sanción de modo

exclusivo a la gravedad de la ilicitud del comportamiento, y de adoptar un concepto puramente normativo de culpabilidad, despojado de aspectos propios de un derecho penal de autor para la medición de la pena. Señala que *“el criterio de proporcionalidad del hecho, al admitir la relevancia que, en ciertas constelaciones pueden presentar las circunstancias personales, en tanto se trate de causas de disminución de la culpabilidad y, por consiguiente de la medida de la pena determinada en función de la gravedad del comportamiento ilícito, hace posible otorgar una función legítima a las condiciones internas y personales del autor aludidas en el inc. 2° del art. 41 del Código Penal argentino”*. Y agrega *“si únicamente con el fin de retroceder, en relación con el monto de sanción determinado conforme al grado de comportamiento ilícito, es posible valorar aspectos individuales o personales del autor, entonces, el conflicto normativo con el principio de acto no parece ineludible, pues no se trata de la consideración de esos aspectos para fundamentar o incrementar el poder penal del Estado sino, al contrario, para disminuirlo”* (MAGARIÑOS, op. cit., p. 113).

En síntesis, no se trata de que la conducción de vida del sujeto no pueda ser tenida en cuenta bajo ninguna circunstancia al momento de establecer la pena en el caso concreto, pues el art. 41, inc. b, C.P. indica tomar en cuenta *“las reincidencias en que hubiere incurrido”* el agente. Se trata de que la pena debe establecerse según la medida del injusto, y de que las condenas anteriores no permiten aumentar la pena en el caso concreto por encima de la medida del injusto realizado en la ejecución del hecho. Si se tomasen la reincidencias como criterio de agravación en el momento de medición de la pena, se afectaría el principio de culpabilidad por el hecho (arts. 18 y 19 C.N.).

A.2. La agravación de la medida de la pena en ciertos casos de multirreincidencia.

El art. 52 C.P. dispone que se impondrá reclusión por tiempo indeterminado *“como accesoria de la última condena”* cuando exista

alguno de los dos supuestos de reincidencia múltiple que enuncia esa disposición. En este caso también el art. 52 agrava la medida de la pena por circunstancias que no se refieren a la gravedad del injusto o hecho reprochable, y por ello la “medida” adicional constituye una pena que no tiene relación con la culpabilidad por el hecho cometido, que se funda en inferencias legales de peligrosidad, y es contraria a los arts. 1, 18 y 19 C.N. Esta concepción la he desarrollado *in extenso* en las sentencias que he dictado actuando como juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de esta ciudad, en las causas “Sosa, Marcelo Claudio” (causa n° 456, rta. 14/10/97) y “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa” (causa n° 1573, rta. 20/05/03), sentencias que habían sido revocadas por esta Cámara Nacional de Casación Penal. En definitiva la Corte Suprema ha afirmado esta concepción al dictar la sentencia de Fallos: 329:3680, que revocando la decisión de la Sala III de esta Cámara Nacional de Casación Penal dictada en la segunda de las causas citadas, declaró la inconstitucionalidad del art. 52 C.P. que establece la medida de “reclusión por tiempo indeterminado” aplicada como consecuencia de la “reincidencia múltiple”.

En esa sentencia la mayoría de la Corte sostuvo en primer lugar que en el art. 52 C.P. “*se trata de una pena de reclusión y no de una medida de seguridad*”; pues “*la pena de reclusión por tiempo indeterminado es una pena de reclusión que, en lugar de ser por tiempo determinado, lo es por tiempo indeterminado, se ejecuta con régimen carcelario, no tiene un régimen de ejecución diferente al de la pena privativa de libertad ordinaria, el condenado goza de menos beneficios que el condenado a la pena ordinaria y se cumple fuera de la provincia del tribunal de condena. Cualquiera sea el nombre que le asigne la doctrina, la jurisprudencia o incluso el propio legislador, es obvio que algo que tiene todas las características de una pena, es una pena, conforme a la sana aplicación del principio de identidad, y no deja de serlo por estar específicamente prevista en forma más grave (indeterminada, cumplida*

fuera de la provincia respectiva y con menos beneficios ejecutivos)” (consid. 7 y 12 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; voto del juez Fayt consid. 14).

En segundo lugar la mayoría de la Corte ha entendido que *“la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor [...] resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa”*; pues *“no se está midiendo la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente”* (ibídem, consid. 17).

Según esa decisión *“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”* (consid. 18 del voto de la mayoría, en sentido concordante voto del juez Petracchi, consid. 11; voto del juez Fayt, consid. 10 y 23; voto de la jueza Argibay, consid. 5 y 6).

La Corte Suprema concluyó que *“en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y*

degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas —de manera expresa o por derivación— en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra ley fundamental, entre los que cabe mencionar la convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” (consid. 32 del voto de la mayoría).

A.3. La reincidencia como excluyente de la libertad condicional en la ejecución de las penas temporales privativas de libertad.

Puesto que no se trata de examinar en abstracto la compatibilidad de una ley con la Constitución Nacional, restringiré el examen de la cuestión traída por el recurrente al caso de las penas temporales, en tanto Miguel Ángel Actis ha sido condenado a la pena temporal de seis años de prisión (fs. 8). Las llamadas penas perpetuas (arts. 6, 9 y 13 C.P.) plantean problemas específicos frente al art. 14 C.P., propios de la indeterminación relativa de su duración, que requieren respuestas específicas, que no es necesario abordar en este caso.

En el caso de Fallos: 308:1938 (“Gómez Dávalos, Sinfioriano”) que no involucraba el problema del art. 14 C.P. sino sólo la interpretación del art. 50 C.P. en cuanto al presupuesto de cumplimiento parcial de la pena anterior, la Corte Suprema había declarado que “*el instituto de 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 [...]*”. En el caso de Fallos: 311:1209 (“Gelabert, Rubén Guillermo s/ robo

con armas - Causa N° 14.641”), en el que se discutía la misma cuestión, la Corte mantuvo el mismo criterio con remisión a aquella sentencia. Ninguna declaración expresa se hizo en esas sentencias sobre la conexión que pudiera establecerse entre ese presupuesto su conexión con criterios de culpabilidad o de peligrosidad.

En el caso de Fallos: 311:1451 (“L’Éveque, Ramón Rafael”) la Corte delimitó la cuestión a resolver en estos términos: *“saber si la restricción contenida en el artículo 14 del Código Penal se encuentra en pugna con la prohibición de doble persecución penal que tiene rango constitucional [...] y con la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional”* (consid. 7). La Corte respondió que no había incompatibilidad con ninguna, señalando que esas disposiciones no impedían tomar la condena anterior como dato objetivo formal a efectos de ajustar el tratamiento penitenciario. La Corte asignó al art. 14 una función vinculada con la ejecución de la pena, sin embargo, sin definir de modo categórico si la pérdida de la libertad condicional es una agravación de la pena o sólo un modo de ejecución de ésta, declaró a mayor abundamiento *“Ello es así, aun cuando se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada –como es obvio- en ésta”*. A continuación agregó: *“cabe añadir 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, 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”* (consid. 7, con cita de Fallos: 308:1938).

En este pasaje la Corte introduce un agregado que no aparecía en el caso “Gómez Dávalos”, pues según la decisión del caso “L’eveque”,

la experiencia de sufrimiento de la pena anterior, y el desprecio de esa experiencia, son datos relevantes para la medida del reproche de culpabilidad. De modo parco la Corte pareció adherir a la llamada “fórmula de la advertencia” que había sido desarrollada en el derecho comparado sobre la base de un texto legal que no modificaba la escala penal y por ende no es comparable con el del art. 50 C.P. (véanse, por todos, HAFFKE, Bernhard, *Reincidencia y medición de la pena*, en Schunemann, Bernd (comp.), “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, ed. Tecnos, Madrid, 1991, ps. 179 y ss.)-

Más recientemente, en el caso de Fallos: 330:4476 (“Mannini, Andrés Sebastián”) se había puesto nuevamente en discusión la interpretación del art. 50 C.P. en punto al concepto de “cumplimiento parcial de la pena anterior”. Se sostenía apartamiento del texto de la ley en cuanto el condenado había sido tenido por reincidente computando el tiempo sufrido en prisión preventiva, antes de haber sido excarcelado. La Corte Suprema –por mayoría-, acogió el dictamen del Procurador Fiscal que proponía hacer lugar al recurso por entender que los tribunales de la causa habían prescindido sin razón valedera de la letra de la ley, consagrando una exégesis irrazonable del texto legal que presuponía cumplimiento de la “pena” anterior. A mayor abundamiento el Procurador Fiscal había evocado la jurisprudencia anterior de la Corte en el caso “Gómez Dávalos” expresando: *“Por lo demás, así lo ha entendido V.E. al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos: 308:1938, en el sentido que «el instituto de 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». En el caso citado, cabe recordar que la Corte avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena «cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva» (conf. considerando 7°).

La Corte Suprema –por mayoría- acogió la opinión del Procurador Fiscal, sin embargo dejó a salvo que compartía el dictamen con reserva de lo afirmado en este último párrafo, lo que da lugar al interrogante acerca de si la jurisprudencia de los casos “Gómez Dávalos”, “Gelabert” y “L’Éveque”, será mantenida por la Corte en su actual integración.

En el caso de Fallos: 329:3680, “Gramajo, Marcelo Raúl” no estaba en cuestión la interpretación del art. 50 C.P., sino la constitucionalidad del art. 52, en cuanto establecía una pena más grave que la proporcionada al injusto y culpabilidad por el hecho. Ningún juez se ha referido a la reincidencia regulada por el art. 50 C.P., salvo el juez Petracchi. De tal suerte, ninguna inferencia se podría extraer del voto mayoritario para abordar la cuestión de la compatibilidad del art. 14 C.P. con las disposiciones de la Constitución Nacional. Por su parte, el juez Petracchi ha reafirmado la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema al expresar: *“Que con relación a la reincidencia simple (art. 50, Código Penal) el Tribunal, en su momento, entendió que dicho instituto se sustenta en el 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 (caso "Gómez Dávalos", en Fallos: 308: 1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451)”* (voto del juez Petracchi, consid. 12). Ese juez diferenció que *“esa mayor culpabilidad, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes”* (consid.

14).

Aunque por hipótesis en el futuro la Corte Suprema no hubiese de mantener la idea de que puede establecerse una conexión consistente entre la experiencia de sufrimiento de penas anteriores y la medida del reproche de culpabilidad por el nuevo hecho, lo que resultaría relevante al establecer la medida de la pena –siempre que se respete el límite que impone la medida o extensión del injusto objetivo-, la impugnación del art. 14 C.P. por alegada incompatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho tiene un punto de partida erróneo, error suscitado posiblemente en la falta de atención a la particularidad de esa regulación legal, que no tiene ninguna incidencia modificadora del marco penal, sino que se refiere únicamente al modo de ejecución de la pena fijada con referencia a un marco penal que permanece inalterado y que abarca por igual hechos cometidos por agentes que no son considerados por la ley como reincidentes.

El principio de culpabilidad rige, por cierto la medida de la pena, y la aplicación de penas accesorias (arts. 40 y 41 C.P., y 52, C.P.), como se ha expresado en las letras precedentes. Empero, el modo de ejecución de las penas no está condicionado por el principio de culpabilidad por el hecho.

Una parte de la doctrina parece haber advertido la dificultad que plantea la distinción entre determinación de la medida de la pena, y determinación del modo de ejecución, y pretende superarlo mediante la sustitución lingüística que encubre una sustitución conceptual: en el art. 14 C.P. la reincidencia no es una circunstancia agravante de la pena, sino que *“tiene el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado”* o tiene el efecto de producir *“el aumento del poder punitivo proyectado en los citados artículos 14 y 52 C.P.”* (VITALE, Gustavo L., *Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares*, en *“Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en ciencias jurídicas y sociales”*, ed. Alveroni, Neuquén,

vol. 9, 2005, ps. 296/297; una versión actualizada en *La “reincidencia” contamina el Derecho Penal Constitucional*, en NDP 2005/A, p. 169/170). El giro lingüístico encubre una modificación no explicada de la función del principio de responsabilidad por el injusto culpable –o responsabilidad por el hecho- porque ahora la culpabilidad no sería ya fundamento y límite de la responsabilidad y de la medida de la pena, sino que debería funcionar como límite del poder punitivo, que se expresa de modo multifacético, y no sólo en la medida de la pena, sino también en su ejecución.

Desde un punto de vista teórico, el modo concreto de ejecución de las penas privativas de libertad debería estar guiado de modo predominante por criterios preventivo especiales. Estos criterios, que tienen como parámetros, la incorporación o reintegración social, y toman como punto de apoyo la mayor o menor probabilidad de comisión de nuevos delitos por parte del condenado, están en la base de todas las decisiones sobre el modo de ejecución de la pena privativa de libertad.

Así, por ejemplo, en el art. 26 C.P. las circunstancias que esta disposición enuncia no se conectan con la mayor o menor culpabilidad del condenado, sino que toman como punto de referencia “*la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*”. Se infiere de la ley que las circunstancias enunciadas en el art. 26 deberían ser abordadas de modo predominante con criterios preventivo especiales, tan pronto se advierte que el art. 27 bis C.P. regula la imposición de reglas de conducta “*en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos*”.

La ejecución o imposibilidad de ejecutar la pena de prisión suspendida en el régimen de los arts. 26 y 27 C.P. no dependen de la culpabilidad del imputado por el hecho, sino de conductas posteriores irrelevantes para medir la extensión de la responsabilidad por el delito cometido, más bien depende: a) de que el condenado no cometa nuevos delitos durante el término de cuatro años (art. 27 C.P.), y b) de que el condenado no incurra en un incumplimiento reiterado o persistente de las

reglas de conducta (art. 27 bis, último párrafo, C.P.). Si el condenado es colocado en prisión para que cumpla de modo efectivo esa pena, inicialmente suspendida, no se afecta el principio de culpabilidad por el acto, porque el fundamento de la pena de prisión, y de su medida han sido el delito cometido objeto de la condena, y la conducta posterior una mera condición que decide sobre el modo de ejecución. Con la revocación de la suspensión no se aumenta el reproche de culpabilidad merecido por el hecho según la medida fijada en el acto de determinación de la pena, sino que se revisa la necesidad de ejecución de la pena con criterios predominantemente preventivo-especiales. El comportamiento del condenado posterior a la condena está en la base de la decisión sobre la necesidad de ejecutar la pena. En caso de revocación el condenado no es tratado como más culpable, sino en la misma medida del reproche cuantificada al establecer la pena.

Otros dos aspectos de la regulación legal ponen en evidencia la separación que existe entre los puntos de sustento del reproche de culpabilidad como fundamento y medida de la pena, y la concreción de ese reproche. A veces el reproche se expresa de modo simbólico, con una pena que, bajo ciertas condiciones, no se ejecuta en todo o en parte, otras materializado mediante la ejecución total de la pena privativa de libertad, estadio este último en el que la culpabilidad por el hecho no tiene incidencia.

Por un lado el art. 26 C.P. sólo permite la suspensión de la ejecución de la pena de prisión “*en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años*”. Como regla una ejecución suspendida no es posible si el agente ha sido condenado antes a pena de prisión. La medida de la pena de prisión por el nuevo hecho debe establecerse respetando los criterios sentados en el art. 41 C.P., que debe ser interpretado de un modo conciliable con el principio de responsabilidad penal por el hecho. Son criterios preventivos –predominantemente preventivo

especiales- los que excluyen de antemano la posibilidad de suspensión de la ejecución. También son criterios preventivos –en parte preventivo especiales- los que autorizan a una nueva suspensión, pues una nueva suspensión es posible si el condenado anteriormente no ha cometido nuevos delitos durante un tiempo prolongado –ocho o diez años- computado desde la fecha de la primera condena firme (art. 27, segundo párrafo, C.P.).

Aquí, nuevamente la exclusión de la posibilidad de condena de ejecución condicional no se apoya en el reproche de una conducta anterior, sino en criterios preventivos.

Si se atiende de modo consistente a la máxima de Roxin, en general compartida, según la cual, “*la pena no puede [...] sobrepasar la medida de culpabilidad*”, lo que conduce a que “*están absolutamente prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad*” (ROXIN, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, en “Problemas básicos del derecho penal”, Reus, Madrid, 1976, ps. 27 y 29), la cuestión se ciñe a la pregunta de si la constatación de reincidencia podría fundar una pena agravada, y en particular, si la agravación por reincidencia ofrece puntos de contacto con el principio de culpabilidad por el hecho, o si sólo se adscribe a fines preventivos (confr. STRATENWERTH, Günter, *Tatschuld und Strafzumessung*, Rev. “Recht und Staat”, nros. 406/407, 1072, se cita según la traducción *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, en “El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad”, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 61/62; también HAFFKE, op. cit., p. 190).

Sin embargo esa máxima no proscribe en general consideraciones preventivas arregladas al principio de subsidiariedad, pues en el momento de imposición de la pena “*es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad*” (ROXIN, op. cit., p. 30), al punto que ya en la elección del modo de ejecución de la pena los jueces están obligados “*a dar preferencia a la prevención especial dentro de lo que atendiendo a la prevención general es posible*” (ROXIN, Claus, *Franz von Liszt y la*

concepción político criminal del Proyecto Alternativo, en “Problemas básicos del Derecho Penal”, cit., p. 56). En el momento de la ejecución de la pena, según esta concepción, son decisivos criterios preventivo especiales (de “reincorporación” del condenado a la comunidad), y eventualmente preventivo generales (ibídem, ps. 31 y ss.).

La misma línea de examen es aplicable al régimen de la libertad condicional, que pertenece al ámbito de ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 13 y concordantes C.P.; arts. 28 y ss. de la ley 24.660). La pena privativa de libertad, y su medida, deben fijarse en la sentencia con arreglo al principio de responsabilidad por el hecho. Al establecer la medida de la pena el juez o tribunal deben tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes para la medición del injusto objetivo, y los elementos personales relevantes para el reproche de culpabilidad, reproche que no puede exceder la medida del injusto objetivo. El juez o tribunal pueden establecer una pena estrictamente proporcionada al injusto reprochable, o también una menor sobre la base de consideraciones que no conciernen al reproche de culpabilidad por el hecho, entre ellas, por razón de menores necesidades preventivo especiales.

Durante la ejecución de la pena privativa de la libertad ya fijada en una determinada medida, la concesión de la libertad condicional depende de ciertos parámetros temporales objetivos, de la evolución en el régimen de progresividad de la ejecución y en particular de la conducta observada por el condenado durante la ejecución, y de otras inferencias sobre necesidades preventivo especiales extraídas de aspectos personales del condenado (arts. 13, C.P, y 28, segundo párrafo, de la ley 24.660). Para la concesión no juega ningún papel la medida de la culpabilidad del condenado por el hecho cometido, medida que ha quedado expresada y fijada en la magnitud de la pena privativa de libertad temporal (las penas perpetuas plantean cuestiones diferentes que no es necesario tratar aquí para la solución del presente caso). Si se deniega la libertad condicional sobre la

base de esos criterios preventivo-especiales no hay afectación al principio de culpabilidad por el hecho, pues en definitiva el condenado habrá de sufrir la pena que se le ha impuesto de modo ajustado a la culpabilidad por “su” hecho.

De modo análogo, tampoco se lesiona el principio de culpabilidad por el hecho cuando, por alguna de las razones que establece el art. 15 C.P., se revoca la libertad condicional que se había concedido al condenado. Todas esas razones no toman como punto de apoyo la culpabilidad por el hecho, sino la conducta del condenado posterior al hecho. Nuevamente son apreciaciones preventivo-especiales las que dan base la disposición legal que conduce a la ejecución efectiva del resto de la pena impuesta. Si la magnitud de la pena impuesta en la sentencia no ha sido objeto de impugnación y reforma, no puede predicarse que ese resto que el condenado debe cumplir se halla en desajuste con el principio de culpabilidad por el hecho, o excede el reproche merecido por el hecho. Ese resto pertenece al reproche del hecho culpable, culpabilidad cuya medida está ya establecida de modo definido en la sentencia.

También la prohibición legal del art. 14 C.P. reposa en consideraciones preventivas, y de modo predominante, aunque no exclusivo, en consideraciones preventivo-especiales. Es la medida de la pena establecida en el marco de la única escala penal aplicable en cada caso, escala que no depende de la existencia de reincidencia, la que debe adecuarse al criterio de responsabilidad por el hecho punible. Si esa medida fuese considerada desproporcionada al injusto culpable, el condenado puede promover la reforma del exceso por las vías recursivas disponibles. Fijada la magnitud de la pena, el principio de culpabilidad no es pertinente para decidir el modo de ejecución, en particular, no lo es para definir cuánto de la pena deberá cumplir en prisión el condenado. Nuevamente aquí son dirimentes criterios preventivos, especialmente preventivo-especiales. A este respecto el legislador ha hecho una elección, dentro del campo

soberano que le concede la Constitución, estableciendo que en el caso de reincidencia la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho deberá ejecutarse en mayor extensión que la pena impuesta al no reincidente. El legislador no ha establecido sin embargo que el reincidente deberá siempre y en todo caso sufrir la totalidad de la pena en prisión, porque la privación de la libertad condicional no afecta la posibilidad de que obtenga otras formas de liberación antes del agotamiento de la pena. Así, por ejemplo, por la vía de salidas transitorias (art. 15, inc. 2 y concordantes de la ley 24.660), por la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y concordantes), por la prisión discontinua (art. 36 y concordantes) y semidetención (arts. 38 y 39), por la sustitución de éstas por trabajos para la comunidad (art. 50), por la prisión diurna o nocturna (arts. 41 a 44) y por la libertad asistida (arts. 54 y concordantes). Aquí nuevamente se observa que son consideraciones preventivo especiales que atienden a la conducta del condenado y a sus circunstancias personales, las que definen el modo de ejecución de la pena, la concesión de una modalidad o su revocación (véanse especialmente los arts. 17, 30, 31, 46, 47, 49, 55 y 56 de la ley 24.660).

De tal suerte se concluye que, si en el momento de imposición de la pena privativa de libertad se ha respetado la máxima según la cual la pena no puede exceder la culpabilidad por el hecho, entendida esta en el marco normativo de los arts. 18 y 19 C.N., las elecciones sobre el modo de ejecución no afectan el principio de culpabilidad, ni en el momento de imposición de la pena, ni en el momento del progreso de su ejecución.

Tal concepción transpira en uno de los votos de la sentencia del caso “Gramajo, Marcelo Eduardo”, en cuanto se expresó que “[...] *si bien es cierto que esta Corte ha autorizado 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) sin ver en ello una violación al non bis in idem, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 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” (Fallos: 329:3680, voto del juez Petracchi, consid. 13).

Por estas razones, cabe rechazar la impugnación de inconstitucionalidad del art. 14 C.P. opuesta por la defensa apoyada en la alegada incompatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho.

B) La alegación de que el art. 14 C.P. se apoya en una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad que resultaría violatoria, a su vez, del principio de inocencia.

La objeción reproduce cierta opinión de la doctrina, según la cual la reincidencia violenta el principio de inocencia “*porque ni siquiera requiere como presupuesto (de su declaración judicial) la realización de un fundado pronóstico acerca de la vida futura del condenado, que indique el grado de reiteración de delitos penales, sino que (por el contrario) el hecho de haber cumplido antes parte de una pena privativa de libertad por otro delito verifica ya su peligrosidad, aunque no la tenga o demuestre tenerla*”. Se sostiene en esa inteligencia que “*se produce con ello [...] una inadmisibile presunción iuris et de iure (que no admite prueba en contrario) de peligrosidad, violatoria (además del principio constitucional de culpabilidad por el hecho) del principio de inocencia*”. Se argumenta que “*así como las normas supremas no admiten la presunción legal de dolo, o la de culpabilidad por el hecho, menos tolerable aún resulta la presunción legal de peligrosidad (que ni siquiera es un presupuesto legítimo de la pena estatal y, por ende, de un aumento de ella)*”, (VITALE, *Inconstitucionalidad de la reincidencia...*, cit., p. 304/305; tb. *La “reincidencia” contamina...*, cit., p. 177).

El argumento padece inconsistencias teóricas. En primer lugar da por sentado que la exclusión de la posibilidad de libertad condicional se apoya de modo exclusivo en la presunción de peligrosidad, sin exigencia de demostración concreta en el caso, y *a fortiori* sin necesidad de demostrar especiales necesidades preventivo-especiales. Esta asunción no puede ser sin embargo predicada en abstracto, sino en el marco del sistema legal concreto. La libertad condicional no se concede respecto de penas de prisión iguales o menores de ocho meses (art.13), y no es evidente que esta decisión legislativa se apoye en concretas necesidades preventivo especiales, al contrario, parece más bien que las penas privativas de libertad de corta duración ofrecen pocos instrumentos y por ende menguadas posibilidades preventivo-especiales. La exclusión de la libertad condicional en estos casos no se vincula con un juicio o presunción de mayor peligrosidad.

En segundo lugar, ciertos casos de revocación de la libertad condicional concedida, a saber, la fundada en la violación del deber de residencia, no trasuntan necesariamente un juicio de peligrosidad aumentada sino sólo una falta de sometimiento a reglas de conducta que no es necesariamente indicador directo de mayor peligrosidad, sino simplemente sustracción al control (art. 15, primer párrafo, segundo supuesto, C.P.). El liberado condicionalmente que no ha agotado la pena privativa de libertad no es un hombre totalmente libre y aunque no se demuestre peligroso, la sustracción al control por violar la obligación de residencia conduce a la revocación y a la ejecución del resto de la pena.

En tercer lugar, el art. 17 C.P. establece que “*ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada podrá obtenerla nuevamente*”. Aquí tampoco se requiere un juicio concreto de peligrosidad ni una estimación concreta de las necesidades preventivo especiales; la provisión sugiere que otras finalidades preventivas están en la base de esta decisión legal. Más adelante se volverá sobre este punto. En todo caso, no

hay evidencia de que tal decisión del legislador suscite conflicto claro con alguna cláusula constitucional en el caso de las penas privativas de libertad temporales.

En último término el principio de inocencia no tolera ninguna pena fundada en la peligrosidad del agente, sea esta demostrada en concreto o presunta. La inocencia se destruye en el juicio con la demostración de que se han reunido las condiciones de punibilidad, lo que supone demostrar que se ha realizado una acción prohibida bajo amenaza penal, que el sujeto puede ser tenido como culpable de ella. Sólo cuando se ha establecido la realización del hecho prohibido y su culpabilidad puede imponérsele una pena. La medida de la pena se fija por referencia a la extensión del injusto culpable. Nunca es permitido imponer una pena mayor que la adecuada a la culpabilidad por el hecho, ni siquiera por estimaciones de mayor peligrosidad. De tal suerte, que la peligrosidad se demuestre, si tal demostración fuese en todo caso practicable, o que se infiera, no afecta el principio de inocencia, porque la pena no se impone a un inocente sino a un culpable, y a lo sumo, hasta la medida de su culpabilidad por el hecho. La falta de peligrosidad, demostrada o presunta, o mejor dicho, la estimación de menores necesidades preventivo especiales, que autorizan a imponer una pena menor que una más estrictamente ajustada a la culpabilidad por el hecho, no afecta el principio de culpabilidad, ni roza de ningún modo el principio de inocencia, porque la pena se impone a un sujeto hallado culpable de su hecho y su medida encuentra su límite en la culpabilidad por el hecho. Que otras razones o circunstancias lleven a la ejecución total de las penas temporales o permitan que no se ejecuten, o no se ejecute en parte, no pone en crisis ni el principio de culpabilidad ni el principio de inocencia.

En la argumentación de la doctrina se mezcla el argumento de la peligrosidad presunta con la valoración por el resultado, y se pone como ejemplo un argumento efectista pero impropio. Se argumenta que “*un condenado a un año de prisión por haber cometido un hurto de una oveja*

(art. 163, inc. 1, CP) que, a su vez, tuviera una condena anterior por daño de un vidrio (art. 183 CP), no tendría la posibilidad de demostrar que es menos peligroso que un autor primario de tortura o de robo de un bebé”. Se critica el resultado de que el autor del primer caso no podría ser condenado a una pena limitada al mínimo legal ni gozar de la libertad condicional, mientras que el del segundo caso podría ser condenado al mínimo legal y obtener la libertad condicional (VITALE, *Inconstitucionalidad de la reincidencia ...*, cit., p. 305; tb. *La “reincidencia” contamina...*, cit., p. 177).

El ejemplo es impropio porque en ninguno de los dos casos está impedida *a priori* la aplicación del mínimo legal de la escala correspondiente; lo que no es conforme al principio de culpabilidad por el hecho es tomar en cuenta la existencia de reincidencia para imponer una pena en una medida superior a la que corresponde a la culpabilidad por el hecho, donde la medida de la culpabilidad no puede sobrepasar la medida del injusto objetivo. Si el injusto objetivo y culpable no justifica superar el mínimo legal, la medida de la pena no podría superarlo por razón de la reincidencia. Porque la medida de la culpabilidad no puede independizarse de la medida de injusto del hecho. En todo caso, es también efectista porque se comparan hechos de escasa o discreta gravedad y no revulsivos, uno de los cuales da lugar a reincidencia, con hechos gravísimos que además son objeto de elevada repulsa social, pero se silencia que a esa gravedad, o a esa valoración, corresponde un mínimo legal mucho más grave que los primeros, y que el autor para pretender la libertad condicional, deberá sufrir las dos terceras partes de una pena privativa de libertad sensiblemente más larga. También se silencia que la imposición o superación del mínimo legal involucra un pesaje más complejo para la fijación de la medida de la pena, que no depende de la existencia o inexistencia de reincidencia. No hay pues posibilidad de comparación practicable.

C) La alegación de que el art. 14 se apoya en una asunción de peligrosidad contraria al principio de culpabilidad por el hecho.

La defensa recurre a la cita de la sentencia de la Corte IDH que declaró que *“la invocación de la peligrosidad [...] constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido”* (caso “Fermín Ramírez v. Guatemala”, rto. 20/06/2005); y también a la del caso de Fallos: 329:3680 (“Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”), en cuanto se sostuvo allí que la peligrosidad *“carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor”* (fs. 16/16 vta.).

Para decidir el punto es impertinente la cita recortada que la recurrente trae de ciertos pasajes de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala” (sentencia del 20 de junio del 2005, Serie C, n° 126). En particular reproduce los siguientes pasajes de dos párrafos de esta sentencia: *“...una expresión del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido....sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho ... por el Derecho penal de autor...”* (§ 94), también el que expresa que *“...la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”* (§ 96).

Sin embargo el recorte saca de contexto las afirmaciones, y deja de lado el alcance de lo que había sido llevado a examen de la Corte IDH. Se trataba allí de un condenado a muerte por el delito de “asesinato”, a tenor del art. 132, segundo párrafo, del Código Penal de Guatemala, que establecía que *“Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de*

realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente” (vide § 54.15). Es claro que allí la peligrosidad era tomada en cuenta para sustituir la pena privativa de libertad temporal por la pena de muerte. No se trataba del valor o relevancia que pudiesen darse a ciertas cualidades del agente para establecer el modo de ejecución de una pena.

De esa jurisprudencia no puede extraerse ninguna conclusión para decidir un caso como el presente en el que la escala penal amenazada permanece inmutable aunque exista reincidencia.

D) La alegada infracción a la prohibición *ne bis in ídem*.

Sostiene asimismo la defensa que el art. 14 del C.P. también implica infracción a la prohibición *ne bis in ídem* -cita los arts. 33 C.N., 14.7 PIDCP y 8.4 CADH- en tanto “*se perjudica al condenado con la supresión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, teniendo en cuenta para la declaración de ‘reincidente’ la circunstancia de haber cometido otro delito (respecto del cual ya fue condenado y cumplió pena privativa de la libertad)”* (fs. 16 vta. /17).

Nuevamente la objeción pasa por alto que se trata siempre de la pena de prisión que debe ajustarse al injusto culpable. La magnitud de esa pena se fija y se expresa, en las penas divisibles, en unidades de tiempo que establecen un límite a la duración de la privación de libertad física. Si se ha respetado la regla de que el límite de toda pena está definido por la medida del injusto culpable, entonces, que se ejecute la pena totalmente no implica una infracción a la prohibición *ne bis in ídem*.

Incluso cierta doctrina que formula objeciones constitucionales al art. 50, y a los efectos que la existencia de reincidencia acarrea, ofrece análogos argumentos para rechazar la infracción a la prohibición *ne bis in ídem*, al expresar que “*el hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente”* (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal*

penal, 2^a. Edic., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, tomo I, p. 643) aunque sin distinguir, como se propone aquí, los problemas específicos de la medición de la pena, de la decisión sobre sus modalidades de ejecución, y de la extensión de la pena por una medida extraordinaria (arts. 41, inc. b, 14 y 52, respectivamente).

En este sentido evoco lo expresado por el juez Petracchi “[...] *si bien es cierto que esta Corte ha autorizado 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) sin ver en ello una violación al non bis in idem, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 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*” (Fallos: 329:1680, consid. 14).

Se queja también de que se viola la prohibición de doble valoración; con cita de doctrina sostiene que “*el art. 41 por un lado, ordena al juez a tomar en cuenta la reincidencia al graduar la pena, mientras que el art. 14, por otro lado, dispone que el reincidente no podrá obtener la libertad condicional*”, y que entonces, “*si el elemento ‘reincidencia’ ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, porque se trata de un hecho al que corresponde una culpabilidad más grave, esta especial culpabilidad no podrá ser considerada nuevamente para agravar el monto al tomar en cuenta las circunstancias relevantes según el art. 41*” (cita ZIFFER, Patricia, *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 7, Ad Hoc, pág. 115/118) . Agregó que “*las razones que llevan a considerar dos veces el factor ‘reincidencia’ son las mismas en el art. 41 y en el art. 14: la presunción de una mayor gravedad en el hecho cometido por quien ya sufrió una pena, y la consecuencia de la*

dobles valoración es la misma en las dos normas: un aumento en el tiempo de la pena de prisión” (fs. 18 vta.).

Sin perjuicio de observar que la defensa no demuestra que en la especie se hubiese tenido en cuenta la reincidencia en la determinación de la pena, en todo caso, debería demostrar también que ésta fue considerada de un modo agravante para autorizar la imposición de una medida de pena que excede la proporción con el injusto culpable. En otros términos, que se le ha impuesto una pena que excede la culpabilidad por el hecho. En ese caso, entonces, no estaría en juego la prohibición *ne bis in idem*, sino directamente el principio de responsabilidad por el hecho, lo que en todo caso debió ser objeto de impugnación por las vías disponibles contra la sentencia de condena que estableció la medida de la pena.

E) La incompatibilidad de la finalidad del art. 14 con los fines de la pena establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, C.N.

También afirma la recurrente que *“la cancelación del beneficio de la libertad condicional en abstracto y por el mero hecho de haber sido declarado reincidente [...] atenta contra los fines de la pena tal y como son definidos por la ley 24.660 y los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN), ello por cuanto si bien la pena no puede superar el rango determinado por la culpabilidad del hecho, las necesidades preventivo especiales pueden tornar oportuna su liberación antedatada en base a su conducta durante el período de detención -falta de necesidad de un tratamiento- o bien conforme las perspectivas futuras del sujeto” (fs. 17 vta.).*

El Art. 5.6 CADH declara que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*; y el art. 10.3 PIDCP que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la*

reforma y readaptación social de los penados”.

Cualquiera que sea el alcance que se asigne al término “*finalidad esencial*”, de esas disposiciones no se infiere, derechamente, que ellas proscriban la ejecución total de las penas privativas de libertad en régimen cerrado, ni tampoco, que los Estados estuviesen obligados a incluir en sus sistemas domésticos, un régimen de libertad condicional, ni menos aún, cuáles deberían ser las características de ese régimen. Los Estados deben diseñar y ejecutar las penas privativas de libertad orientándose a los fines de los arts. 5.6 y 10.3, para lo cual tienen un margen de discreción relativamente amplio.

A este respecto es útil evocar la observación del Comité de Derechos Humanos, en el caso “*Michael Jensen v. Australia*” (Com. No. 762/1997, de 22/03/2001, U. N. Doc. CCPR/C/71/D/726/1997). El autor se quejaba de infracción al art. 10.3 PIDCP porque se le había denegado al condenado, en varias oportunidades, su petición de libertad bajo palabra (§ 2.12), a pesar de que había seguido tratamientos específicos para delincuentes sexuales y sostenía que no se habían tomado en cuenta los resultados y los progresos obtenidos; en particular afirmaba haber seguido tratamiento intensivo en la prisión, y que los informes psicológicos mostraban la improbabilidad de reincidencia. Argumentaba que, “*la continuación del encarcelamiento, después de estar listo para ser rehabilitado y reintegrado en la sociedad, por ofensas ocurridas diez años antes, era perjudicial para su rehabilitación*” (§ 3.5). El Comité declaró que “*en lo que concierne a los reclamos del autor según el artículo 10, párrafo 3, de que la aplicación del sistema penitenciario no ha tenido como objetivo esencial su rehabilitación y reforma, el Comité toma nota de los diversos programas y mecanismos establecidos en el sistema penitenciario del Estado Parte destinados a ese objetivo*” y concluyó que “*el autor no ha demostrado que la evaluación del Estado Parte sobre los progresos de rehabilitación del autor, y sobre las consecuencias que deberían fluir de*

ésta, planteen problemas de cumplimiento de las exigencias del artículo 10, párrafo 3” (§ 6.4) . En otros términos, es el sistema y los instrumentos del sistema, los que deben estar orientados a la finalidad de reintegración y “reforma”, y no un instrumento en particular, de modo que la denegación de la libertad condicional no plantea problemas frente al art. 10.3 PIDCP.

Habida cuenta de ello, el remedio aparece deficientemente fundado, a lo que se agrega que la defensa tampoco demuestra que en el caso concreto la denegación de la libertad condicional solicitada en favor de Miguel Ángel Actis sea frustrante de las finalidades señaladas en esa disposición convencional, máxime a la luz de todos los restantes instrumentos orientados al mismo fin provistos por la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (en particular arts. 1, 5, 6, 7. 12 a 30, 35 a 56, 106 y concordantes, 114 y concordantes, 133 y concordantes, 153 y concordantes, 158 y concordantes, 168 y concordantes, y 188, entre otros, de la ley 24.660).

En síntesis, no se deriva de modo necesario de las disposiciones invocadas que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el art. 13 C.P., ni que otras formas de ejecución con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención.

F) La impugnación de irrazonabilidad del art.14 y la alegación de frustración del fin de reintegración.

Argumenta también la defensa que *“es el Estado quien carga con la obligación de resocializar al condenado, por lo que la reincidencia significa castigar al individuo por la falta del Estado en su tratamiento”, y que “el incremento del castigo responde únicamente al ejercicio del perfeccionismo violatorio del principio de autonomía de la persona”.*

Sostiene que, *“a la luz del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución, la aplicación de la reincidencia (con las consiguientes supresiones al acceso a la libertad condicional) conlleva a una aplicación más intensiva de un tratamiento a cargo del Estado que ya ha fracasado”* y concluye que *“denegar la libertad condicional por el mero hecho de haber sido declarado reincidente, no sólo importa cegar la posibilidad que el magistrado juzgue el caso concreto, sino que atenta contra el fin de la pena”* (fs. 19).

El argumento, tal como viene planteado, aparece desprovisto de todo fundamento concreto con arreglo a las circunstancias del condenado del que aquí se trata.

Pasaré por alto la tesis del “incremento del castigo” porque sobre ella me he ocupado más arriba al señalar que la medida del “castigo” está fijado en la magnitud de la pena impuesta, y no en las eventuales modalidades de ejecución. Sentado ello no se demuestra cómo es que la imposibilidad legal de conceder la libertad condicional podría afectar en general el fin de la pena, ni tampoco cómo lo afectaría en el caso del condenado en favor de quien aquí se recurre.

En cuanto a lo primero, la afirmación no identifica suficientemente cuál es el fin de la pena afectado. Si por relación con el contexto de argumentaciones anteriores se infiriese que se refiere a un aspecto de los fines preventivo especiales que es legítimo perseguir en la ejecución de la pena, en particular, posibilitar la integración, o la reintegración social del condenado, entonces no demuestra cómo, un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad complejo, que no consiste solamente en la libertad condicional sino que está provisto de una serie de medidas o instrumentos para ayudar al condenado a integrarse en la vida social libre, sería irracional -o contrario al principio de razonabilidad de las leyes fijado en el art. 28 CN- por frustrar ese fin.

En lo particular, porque lo que la defensa dice en el recurso,

está desprovisto de toda correlación concreta con la situación y evolución del condenado Miguel Ángel Actis, a quien se identifica con el nombre en el escrito de articulación del pedido de libertad condicional (fs. 1/4), y en el de interposición del recurso de casación (fs. 11/19), pero de cuyas circunstancias personales, evolución y situación actual nada se dice. Se afirma en el recurso, del modo en que se afirma en el discurso de ámbitos académicos, que la exclusión de la libertad condicional frustra el fin de la pena, pero no se muestra cómo la imposibilidad legal de conceder la libertad condicional a Miguel Ángel Actis habría frustrado en concreto toda posibilidad de ejecución de la pena que a él se le ha impuesto de un modo que favorezca su integración o reintegración social.

En el fondo, en este aspecto del recurso transpira una disidencia acerca de la utilidad teórica de la libertad condicional, y de las objeciones teóricas sobre su prescindencia, y más profundamente, una diversa valoración sobre la conveniencia de que exista o no una regla que de modo general excluya la libertad condicional.

-V-

En suma, concluyo que la impugnación de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal no debe ser de recibo.

En virtud de lo dicho, propongo al acuerdo rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Miguel Ángel Actis a fs. 11/19 vta., sin costas (arts. 530, 531 y concordantes, C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores **W. Gustavo Mitchell** y **Guillermo J. Yacobucci** dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa Nro. 12.212-Sala II-
“ACTIS, Miguel Angel s/ rec.
de inconstitucionalidad”

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Miguel Ángel Actis a fs. 11/19 vta., sin costas (arts. 530, 531 y concordantes, C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo: Dres. Guillermo Yacobucci -Luis M. García -W. Gustavo Mitchell-. Ante mí: Dr. Gustavo Alterini