

San Isidro, 29 de agosto de 2013.-

### **AUTOS Y VISTOS**

A fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 40/42 por el Sr. Agente Fiscal, Dr. Luis Manuel Angelini, mantenido por el Sr. Fiscal Departamental, Adjunto Fiscalía de Cámaras, Dr. Rodrigo Fernando Caro, a fs. 70, contra la resolución obrante a fs. 11/38 de la presente incidencia, en la que el Sr. Juez de Ejecución, Dr. Gabriel Alejandro David, resolvió: "**DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14 del C.P...**"

### **Y CONSIDERANDO:**

Sometida al acuerdo la presente causa a efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal y practicado el sorteo de rigor, resultó el siguiente orden de votación: en primer lugar el Dr. Ernesto A. A. García Maañón y en segundo término el Dr. Duilio A. Cámpora. Seguidamente los Sres. Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Es admisible la impugnación planteada?**
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

### **A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:**

Que el recurrente resulta legitimado *ex lege* para la interposición del recurso en cuestión, poseyendo interés directo en su resolución, como surge de las constancias del presente. Asimismo, deviene adecuado el remedio impugnativo intentado en relación a la resolución atacada y jurídicamente posible por integrar el catálogo de pronunciamientos jurisdiccionales materia del recurso de apelación.

Ha cumplido también el recurrente con la indicación específica de los agravios que le causa la decisión del *a quo*, consignando su respectiva fundamentación.

En consecuencia, observados los presupuestos de legitimación subjetiva y objetiva a examinar, se advierten asimismo abastecidos los requisitos de tiempo, lugar y forma del presente por lo que, a la primer pregunta del epígrafe, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** (Arts. 168 de la

Const. Pcia. de Bs. As. y 439, 442, 446 *a contrario sensu*, 498 y concordantes del C.P.P.)

**A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:**

Hago propios los motivos y fundamentos esgrimidos en su voto por mi distinguido colega preopinante, Dr. García Maañón, por lo que a la primera cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 106 del C.P.P.).

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:**

I. Que el Sr. Juez de Ejecución, Dr. Gabriel Alejandro David, resolvió "**DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14 del C.P...**", en función de diversos argumentos, a los que me remito en razón de brevedad.

II. Contra dicho pronunciamiento el Sr. Fiscal, Dr. Luis Manuel Angelini, interpuso recurso de apelación.

En su escrito, destacó que analizando la cuestión a la luz de la ley de ejecución penal, no puede considerarse que la reincidencia esté en pugna con el art. 18 de la Constitución Nacional, puesto que no se impone un nuevo castigo por el mismo hecho, sino que se tiene en cuenta que en el transcurso de la pena anterior, la persona en su vida intramuros no ha logrado alcanzar el fin resocializador que impone la norma.

Por este motivo, al no existir remisiones al hecho anterior, expresa que el "*ne bis in idem*" no se encuentra afectado.-

En relación al derecho de igualdad ante la ley, cita jurisprudencia sobre ello, aclarando que no se vulnera este derecho por dar tratamiento diferente a aquellos que se encuentran en distintas circunstancias.-

En segundo término, expresa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado por la constitucionalidad de la norma en cuestión, citando jurisprudencia sobre el particular.-

A ello agrega que, el precedente "Gramajo" que se destaca en la resolución puesta en crisis, se refiere a un caso diverso al aquí planteado, por lo que no tiene relevancia su cita.-

Cuestiona además que, se utilice para fundamentar la decisión, un voto minoritario del máximo tribunal, teniendo en cuenta que no se ha modificado el criterio sostenido desde hace tiempo.-

En consecuencia de ello, considera que no existen motivos, para modificar el temperamento que mantiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema puesto en debate.-

**III.** Examinado que fuera el recurso de apelación interpuesto, adelanto que los agravios del Sr. Agente Fiscal, tendrán favorable acogida, por lo que el auto en crisis debe ser revocado.-

En primer término, ingresando liminarmente al estudio de la cuestión, debo decir que siendo la libertad condicional un beneficio al que, bajo ciertas condiciones, puede acceder una persona que se encuentra privada de su libertad en cumplimiento de una condena a pena de prisión, no existe óbice constitucional para impedir tal posibilidad a las personas que hayan sido declaradas reincidentes, un impedimento justificado de estas características no puede reputarse violatorio de la norma fundamental, ni aún efectuando un contralor convencional a la luz de todos los pactos incorporados en el art. 75 inc. 22 C.N., en ninguno de ellos se ha incluido una cláusula de esta naturaleza.-

Ahora bien, la cuestión central del presente debate radica sobre la imposibilidad de las personas declaradas reincidentes, de acceder a la libertad condicional, en función del art. 14 del C.P. que lo prohíbe expresamente.-

Sobre ello, el *a quo* sostiene que tal disposición es violatoria de los art. 16,18, 19, 72 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, por afectar los derechos de igualdad de trato, el principio de "*ne bis in idem*" y el derecho penal de acto.-

Como ya he adelantado, me inclino por la constitucionalidad de la norma cuestionada, puesto que no vulnera ninguna de las disposiciones mencionadas, como seguidamente lo desarrollaré.-

Previamente aclaro que, para lograr una mayor claridad expositiva me abocaré en primer lugar al tratamiento del derecho de igual de trato, luego abordaré el principio de "*ne bis in idem*", y por último lo relativo al derecho penal de acto.-

a.- Parece necesario aclarar, ante la cuestión debatida, que toda las condenas a pena de prisión de efectivo cumplimiento, son dictadas para ser cumplidas por todo el plazo de duración impuesto, sin existir una manda constitucional que imponga la obligatoriedad de implementar la libertad condicional como beneficio tal como la conocemos.-

Esta afirmación se afianza en la letra de nuestra Constitución y de las convenciones incorporadas a ella que otorgan pautas y una plataforma basal de derechos, de ellas se obtiene cual es la finalidad de la pena, pero no imponen modos de ejecución determinados, así el art. 5.6 C.A.D.H. reza que "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*", similar criterio se adopta en el P.I.D.C.P. "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*" (art. 10.3 ).-

Estos son los parámetros que han absorbido nuestras leyes de ejecución, por un lado la Ley nº 24.660, complementaria del Código Penal y, en el ámbito provincial, la ley nº 12.256, ambas disposiciones establecen la implementación de una serie de institutos que benefician las condiciones de ejecución de los condenados, para que en función del grado de adaptación que van adquiriendo durante el curso de la pena, logren acceder a beneficios que permitan alcanzar el fin resocializador que propugnan, verbigracia, en los art. 1 y 6 de la ley 24.660 y el art. 4 de la ley 12.256, en consonancia con las convenciones antes citadas.-

Ahora bien, estos beneficios, como la libertad condicional, no son otorgados de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo previsto para cada instituto, por el contrario cada uno de estos plazos, son requisitos meramente objetivos, los que solo se cercioran en primer término, para luego evaluar medularmente si existe o no la necesidad de incorporar al penado en cada uno de ellos.-

Esta forma de implementar la ejecución de la pena, con un análisis personal y particularizado de cada interno, aleja cualquier cuestionamiento que pueda intentarse respecto al derecho de igualdad de trato, puesto que cada persona en su vida intramuros recibe un tratamiento acorde con sus necesidades.-

Si bien todos los penados deben recibir los medios suficientes para lograr su readaptación, cada uno puede encontrarse en un momento diferente dentro de todo el abanico tratamental que la progresividad ofrece en las leyes de ejecución.-

En este marco, la ley nº 24.660, otorga diferentes beneficios a los condenados, los que tampoco son otorgados por el mero transcurso de un determinado tiempo de detención, sino que se adicionan una serie de requisitos que deben cumplirse para ser obtenidos.-

Así, durante el período de prueba, el penado puede incorporarse a las salidas transitorias o a un régimen de semilibertad, para lo que requiere, además de los plazos previstos en el art. 17, poseer conducta ejemplar o el grado máximo que pueda alcanzarse en el servicio y merecer del organismo técnico criminológico concepto favorable respecto de su evolución, y no podría sostenerse respecto de los que no logran alcanzar esos requisitos que vean vulnerado el derecho de igualdad de trato, como intenta argumentarse sin éxito, respecto a los reincidentes que no cumplen las exigencias para acceder a la libertad condicional.-

Claramente, quien recibe pena de encierro por primera vez se encuentra en una situación diferente de aquel que regresa al sistema penitenciario, este último ya ha transcurrido por el proceso de ejecución de una condena anterior. En consecuencia, la lógica estructura del sistema de progresividad establecido por la ley, impone respuestas distintas para quienes se encuentran en diferentes posiciones, por si mismo esto no puede afectar el derecho de igualdad de trato, debido a que cada particularidad tiene consecuencias distintas.-

Así es que nuestra Constitución no establece una fórmula determinante respecto al derecho de igualdad, ya lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en inveterada jurisprudencia,

manifestando lo siguiente: *"En efecto, cabe recordar que el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos 320: 1166 aunque ello es así-en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346)"* E. 280. XLIV. REX 11/06/2013.

En esta tésis, la ley de ejecución nacional, ha adoptado un sistema tratamental según las necesidades de cada sujeto, en efecto, la inclusión del penado en estos beneficios será efectuada en el contexto personal de cada individuo, el art. 7 de la ley 24.660, dispone que: *"El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente"*, bajo el mismo lineamiento, el artículo siguiente establece que: *"...Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado"* art. 8 in fine Ley 24.660.-

En consecuencia de ello, el obstáculo establecido para que las personas declaradas reincidentes no puedan ser incorporadas al régimen de libertad condicional, no puede afectar el art. 16 de la Constitución Nacional, quien cumple una segunda condena por otro hecho, se encuentra en una situación diversa de quién ha sido detenido por primera vez.-

Esto se debe a que quien ya ha sido institucionalizado en el servicio penitenciario en cumplimiento de una pena de ejecución efectiva y pese ello, vuelve a cometer un delito recibiendo una nueva condena por ello, demuestra un mayor desprecio por el sistema normativo de su sociedad.-

En este sentido, si el interno ha reingresado por la condena por la comisión de un nuevo delito denota su necesidad de transcurrir la

nueva pena impuesta durante todo el tiempo de su duración, debiéndose lograr mediante un debido control judicial, que pueda recorrer progresivamente todos los institutos que consagran las leyes de ejecución. En este marco, la sentencia por un nuevo hecho, permite arribar a la conclusión de que indudablemente, en el proceso anterior, no ha podido internalizar adecuadamente las normas necesarias para vivir en sociedad, en consecuencia, debe reforzarse el tratamiento penitenciario abastecido con las herramientas que otorga la ley de ejecución.-

Por esta razón, no puede considerarse afectado el derecho de igualdad, a través del obstáculo que impone el art. 14 del C.P., se otorga trato diferente para condenados que no están en la misma condición, quienes son declarados reincidentes ya han transcurrido por el sistema de progresión de readaptación a la sociedad y no obstante han vuelto a cometer un delito.-

Retomando lo que manifestara anteriormente en relación a que no existe ninguna barrera constitucional, para la prescindencia de la libertad condicional en el régimen de ejecución, debido a que no hay ninguna disposición de la norma fundamental que imponga obligatoriamente su implementación, no puede entonces concluirse que se encuentre en pugna con la Constitución Nacional un impedimento instaurado sólo en función de la particular situación de algunos condenados, en el caso los reincidentes.-

Dentro de esta órbita, quienes promueven su inconstitucionalidad, olvidan que la libertad condicional, debe ser otorgada bajo una serie de exigencias que la misma ley impone y que su concesión no se erige solo mediante el recorrido de un plazo fatal al que se arriba por el mero transcurso del tiempo, sino que el penado deberá someterse a determinadas reglas de comportamiento dentro del servicio penitenciario, las que gradualmente le irán otorgando un régimen de mayor libertad, solo que quienes sean considerados reincidentes tendrán un catálogo más acotado de beneficios que aquellos que no han vivenciado una condena anterior, sin que esto vulnere ninguna cláusula constitucional.-

Concluyendo respecto al derecho de igualdad, advierto lógico coherente y respetuoso del mandato constitucional que el legislador por cuestiones de política criminal, decida no incluir a los reincidentes en el sistema de la libertad condicional y exigirles la demostración de un mayor apego e internalización de las normas de la sociedad.-

Además de todo ello, pongo de resalto que los reincidentes no están imposibilitados de recibir todo el tratamiento de progresividad con fines de obtener una adecuada readaptación promovido por las leyes de ejecución, solo se ven impedidos de obtener la libertad en forma condicional transcurrido un determinado plazo de la condena, pero no tienen vedados todos los institutos regidos por la normativa aplicable para lograr su resocialización.-

b.- El otro cuestionamiento efectuado en la resolución puesta en crisis, es que el obstáculo impartido por el art. 14 del Código Penal, afecta el principio de "*ne bis in idem*" consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.-

Sin embargo, ese reproche constitucional no puede resistir el menor análisis, debido a que lo que impide dicho principio es que una persona reciba un nuevo juicio por un hecho ya debatido en un proceso anterior, situación que dista largamente del tema aquí traído, con la declaración de reincidencia, no se impone un nuevo castigo al condenado por el hecho ya juzgado, sino que sólo se le prohíbe el acceso a un beneficio, debiendo cumplir la pena recaída en su totalidad.-

Es así, ya que sólo se trata de reglamentar legislativamente y controlar judicialmente, de un modo diferente a aquellas personas que hayan reiterado una conducta contraria a la norma que merezca pena de prisión, no se le impone una pena más grave o más severa por ello, sólo se le deniega un beneficio en forma justificada, a través del mismo diagrama resocializador que la propia ley otorga, debiendo cumplir los mismos años de condena, solo que se los priva de una modalidad de ejecución.-

En el ámbito provincial por ejemplo, la ley nº 12.256 en su art. 100, establece diferentes requisitos para lograr la inclusión en el régimen abierto y de salidas transitorias, las que no son otorgadas a todos los



internos, sino sólo a aquellos que estén en condiciones de acceder a estos beneficios, sin embargo respecto a ellos no se sostiene que se vulnere el principio "*ne bis in idem*", esto se debe a que, como en el caso de los reincidentes, no se los vuelve a juzgar por el mismo hecho, sino que se observa su conducta intramuros posterior y se establecen determinadas exigencias sólo relativas a la ejecución de la pena.-

Similar procedimiento ocurre con los artículos 101 y siguientes ley 12.256 que refieren a la libertad condicional y a la asistida, sobre ambas se exige la remisión al Juez de Ejecución de los antecedentes e informes de los internos, aquí el legislador dispone de mayores requisitos para aquellos que hayan reincidentido en su conducta delictiva, debido a que deberán desarrollar un mayor esfuerzo para reflexionar sobre lo acontecido, sin agravarles la pena, cumplirán el tiempo de condena estatuido en la sentencia.-

Es dable reiterar que, no se sostiene al estudiar la viabilidad de que un condenado alcance el régimen de salidas transitorias que se esté vulnerando el principio de "*ne bis in idem*" al analizar su conducta intramuros, debido a que no se valora el hecho por el que fuera condenado, si no su conducta posterior durante su estadía dentro del servicio penitenciario, para corroborar la forma en que internaliza la normas necesarias para lograr su egreso y que tenga un comportamiento adecuado que le permita demostrar ello, sin analizar su conducta anterior ni el hecho que motivara su encierro.-

De la misma forma, el impedimento que recae sobre los reincidentes para la concesión de la libertad condicional, tampoco puede afectar el principio citado *retro*, puesto que el hecho anterior por el que fuera condenado no ingresa a estudio y solo se constituye en óbice para la concesión de la libertad condicional, como modo de ejecución de la pena.-

Encuentro oportuno destacar que citando al precedente "*Valdéz*" de la C.S.J.N. (fallo de fecha 21 de abril de 1988), la Sala III del Tribunal de Casación Penal, en similar razonamiento al aquí empleado, ha expresado: "*El impedimento establecido en el artículo 14 del Código Penal, de no conceder la libertad condicional a los reincidentes, no viola el*

*"non bis in idem", pues el mismo solamente puede violarse al pronunciarse la condena, pero no después. Dicho de otra manera, el principio prohíbe una nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero esto no significa que exista veda para considerar la anterior condena a fin de establecer el modo de cumplimiento de la siguiente"* Causa nº 45.344 del 20/09/11 Sala III Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.-

Los motivos expuestos, fundamentan adecuadamente el criterio que sustento, además, como lo desarrollaré *infra*, la C.S.J.N., no ha variado el temperamento adoptado en el precedente que se citara en el párrafo anterior, con lo que entiendo resuelta la cuestión en relación al principio *"ne bis in idem"* que el *"a quo"* desacertadamente encuentra afectado.-

c.- El restante ataque al sistema de reincidencia se funda en considerar que este impedimento de acceder a la libertad condicional, se basa en un derecho penal de autor, violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional y que responde a una corriente del positivismo criminológico en auge al tiempo de la sanción del Código Penal.-

No encuentro asidero en esta afirmación, solo la entiendo como un artilugio argumental para restar jerarquía constitucional a la reincidencia, edificada con claridad dentro de un sistema penal de acto y sostenida por el legislador en función de la política criminal que considera acertada con el objeto de lograr la readaptación social de los condenados.-

No se trata de analizar y cuestionar la personalidad de quien ha cometido uno o varios delitos, solo se toman como dato de la realidad los hechos cometidos, sin realizar juicios apriorísticos sobre la persona cuestionando su espíritu ni su forma de conducirse en la vida, ni presumiendo en abstracto los hechos que cometerá en el futuro, solo se mensura la pena y en razón de ella, se establece un modo de ejecución.-

Cabe citar aquí, un precedente de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, en el que se expresa que: *"En este orden de ideas, debe señalarse que el mayor reproche al autor reincidente se fundamenta en el desprecio que manifiesta por la pena privativa de*

*libertad quien, pese haberla sufrido con anterioridad y de forma efectiva, vuelve a cometer un delito amenazado también con esa clase de pena...De ello se desprende, que el mayor castigo no se encuentra en un juicio moral por una particular conducción de vida, sino lo que aquí interesa, es que al momento de cometer el nuevo hecho ilícito el sujeto no haya tenido en cuenta las graves consecuencias que una pena de prisión importa. De ahí entonces, la necesidad de un mayor reproche en la nueva condena (art.14 del C.P.)", del voto del juez Dr. Gustavo M. Hornos, en causa nº 13.628, Sala IV, autos: "Martínez, Carlos Alberto s/ recurso de casación".-*

De igual forma, y más allá de lo precedentemente expuesto, tengo en cuenta que esta discusión es de larga data, y solo nos encontramos reeditando una cuestión ya zanjada tanto por juzgados de ejecución, tribunales, cámaras de apelaciones y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los que en sentido mayoritario se han pronunciado en el lineamiento aquí expuesto, criterio enarbolado por doctrinas consolidadas que no han podido ser refutadas debido a que se encuentran aferradas al texto constitucional.-

Me permito entonces citar la obra del prestigioso jurista Sebastián Soler, quien efectuando una crítica a un fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa "*Varela, Luis R.*" de fecha 27 de diciembre de 1985, la que, con el voto de dos de sus integrantes, los Dres. Zaffaroni y Elbert, declaró la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal. Sobre el tópico en cuestión, citando jurisprudencia contraria a la inconstitucionalidad de la norma, concluyó: "*Este fallo de la Cámara, produjo una verdadera conmoción y generó numerosas críticas, existiendo con posterioridad a él otros pronunciamientos judiciales de diferentes tribunales que afirmaron enfáticamente la doctrina correcta, destacándose entre ellos, los dictados por las Salas II y III de la misma Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en las causas "Reyes de Medina, M" y "Grassi, Osvaldo", respectivamente en donde la primera dijo, entre otros atinados conceptos, que estimaba desorbitada la facultad judicial que por sí y ante sí se consideraba autorizada a modificar las bases esenciales de*

*la política criminal del país, cuando tal atribución pertenece exclusivamente al congreso nacional...mientras que la Sala III, puntualizó al respecto: ..."Con el art. 14 del C.P. el legislador marca una pauta de política penitenciaria, conforme a la cual en caso de reincidencia no se puede dar la excepcional circunstancia permitida en el art. 13 de ese Código. Ello no tiene nada que ver con el "non bis in idem" porque tanto la condena anterior como la siguiente que hizo reincidencia, son normas particulares elaboradas como culminación de debidos procesos. El art. 14 C.P. manda que no pueden existir excepciones a la regla natural y lógica del sistema, que indica que las penas individualizadas por el tribunal que juzgó el caso deben cumplirse como fueron dictadas. La segunda pena no convierte en más gravosa a la primera, porque aquella, la segunda, es donde el tribunal hizo todas las valoraciones necesarias incluida la reincidencia; y el hecho que no exista posibilidad de libertad anticipada es cuestión neta de política criminal que evalúa los mejores medios de resocialización.-*

*Hemos advertido nuestro parecer adverso al criterio sustentado por el fallo de la Sala VI, de la CNCC, que originó todo este debate. Ello así, por cuanto como se ha dicho acertadamente, la libertad anticipada es una modalidad que, dentro del sistema progresivo que adopta nuestra ley, asume la pena privativa de la libertad y es perfectamente lícito y constitucional que el legislador haya dispuesto cuáles son las condiciones y requisitos que ese beneficio necesita para ser concedido. Además de ser legítimo y razonable privar de ese privilegio a quien con su conducta ha demostrado no ser merecedor de él, parece entonces válida la crítica de que los tribunales no pueden por su cuenta y riesgo, arrogándose facultades que no tienen, modificar un importante aspecto de la política criminal delineada por el legislador".Derecho Penal Argentino Tomo II, Sebastián Soler, Actualizado por Guillermo Fierro Editorial Tea, año 1989 pág 444/5.-*

En sentido similar al expuesto, el jurista alemán Reinhart Maurach, ve a la libertad condicional como una cuestión relativa a la modalidad en la que el Estado entiende que debe hacerse efectiva la pena estimando que "...constituye un acto de la ejecución penal..., el cual,

*desde una perspectiva política-criminal...Mediante la liberación anticipada de la ejecución penal, el sujeto liberado deber ser incentivado a cumplir las expectativas puestas en él, por su buena conducta en el medio libre, para así ganar la remisión de la pena luego del exitoso transcurso del período de prueba. De este modo, al igual que la remisión condicional de la pena, todo este instituto jurídico se encuentra orientado hacia la prevención especial..."* .-Derecho Penal Parte General Tomo II Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires Año 1995, Pag. 841.-

En este orden de cosas, la reincidencia constituye una pieza más de esta política criminal que el legislador se ha reservado para si, sin vulnerar garantías ni derechos de rango constitucional ni convencional.-

Como lo mencionara anteriormente, esta cuestión lleva ya un largo debate, al que se arriba luego de pronunciamientos de los tribunales de todo el país refiriéndose a la cuestión, así la causa "*Díaz, Gustavo Ariel s/ejecución pena privativa de libertad- Recurso de Inconstitucionalidad*" (Expte. "D", 47/11), sentencia número setenta de fecha 19/04/2012 el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en pleno, expreso que: "*Al respecto, compartimos la jurisprudencia que estima que "no se deriva de modo necesario de las disposiciones invocadas que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el art. 13 CP, ni que otras formas de ejecución con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención"(CNCP el 9/2/2001 en los autos "ACTIS, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad"). No pierde vigencia la opinión de un jurista de fuste emitida con anterioridad a la incorporación con jerarquía constitucional de dichas normas. Al respecto, Bidart Campos afirmó que la libertad condicional prevista en el Código Penal es una opción hecha por el legislador en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad, pero que podría haber obviado lo cual no resultaría inconstitucional en sí. Del mismo modo, éste tiene la facultad -ejercida razonablemente- de excluir a ciertos supuestos del beneficio, no luciendo*

*arbitraria la distinción entre reincidentes (exceptuados del beneficio) y no reincidentes (habilitados para obtenerlo) (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Libertad condicional y reincidencia, ED, 118, 146; en igual sentido CREUS, CARLOS, Derecho Penal. Parte General, 4ta. edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, p. 505). La incorporación del instituto como impedimento del mentado beneficio puede ser observado desde el punto de vista de la elección político criminal efectuada por el legislador, mas desde la perspectiva constitucional no ocasiona perjuicio alguno (DE LA RÚA, JORGE, Código Penal Argentino. Parte General, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 229; CREUS, CARLOS, ob.cit., p. 505)".-*

Si bien es cierto que el "a quo" funda su resolución apoyándose entre algunos otros aislados, en jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, que con voto del Dr. Alejandro Slokar ha objetado la constitucionalidad del art. 14 del C.P. en causa, 19.423 caratulada "*Rearte, Mauro Germán s/ Recurso de Casación*", lo cierto es que esta resolución se edifica en contradicción a la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "*Valdéz*" y "*L'Eveque*" -Fallos 311:1451 y Fallos 311:552, respectivamente.-

En estos sendos precedentes de nuestro máximo tribunal, se ha diagramado una línea argumental fundada en los mismos cimientos constitucionales aquí expuestos, por lo que entiendo no corresponde hacer lugar a la pretendida inconstitucionalidad del art. 14 del C.P.-

No paso de soslayo que los fallos citados datan del año 1988, contexto histórico diferente en la interpretación de los preceptos constitucionales que aún no habían recibido la oxigenación y ampliación de los derechos, principios y garantías allí consagrados, con la incorporación de los pactos internacionales que han sido introducidos en la reforma constitucional del año 1994, en su art. 75 inc. 22, pero de cualquier forma como he podido analizar a lo largo de la presente, no han variado los elementos de análisis relativos a esta cuestión.-

Esto se debe a que tanto el derecho de igualdad de trato, el principio de "*ne bis in idem*" y el derecho penal de acto, se encuentran inalterables desde la sanción de nuestra carta fundamental, y por lo

demás, las convenciones introducidas, al menos respecto a este tema, no han virado la situación de análisis, sino que han contribuido a afianzar los conceptos vertidos en la leyes de ejecución estructuradas en el derecho interno, tanto nacional como en el ámbito de nuestra provincia, sin modificar, reitero, en sustancia la plataforma jurídica que debe cotejarse al tratar la libertad condicional y sus requisitos.-

Con precisión, la Corte nacional, expresa en el precedente "Valdéz" que: *"...el recurso es infundado pues tales agravios no demuestran adecuadamente...de que modo la norma en examen, al tornar más riguroso el cumplimiento de la pena impuesta en la condena que motiva la reincidencia, conculca la autoridad de cosa juzgada de la anterior sentencia condenatoria. Al margen de tal objeción el principio constitucional enunciado, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal..."*

Este criterio, como lo sostiene el recurrente, no ha sido modificado por nuestro máximo tribunal, manteniendo su tesis allí expuesta, pese a que exista un vano intento de demostrar lo contrario.-

En este sentido, el antecedente que intenta mostrarse como modificadorio de aquel criterio, es un voto del Dr. Zaffaroni, en causa 10.154 "Alvarez, Ordoñez, Rafael Luis, s/ Recurso de Hecho" de fecha 05/02/2013, sin embargo, tal pronunciamiento no podría considerarse siquiera como un voto efectuado en disidencia respecto a la cuestión de fondo, puesto que la C.S.J.N., no ha ingresado al tratamiento de la cuestión, allí por mayoría se resuelve declarar inadmisibile el recurso intentado.-

El mismo temperamento ha adoptado el máximo tribunal en causas "Perez Carlos Elias y Luna Jose Mariano" "Polerat, Miguel Angel" causa n° 14811 P. 798. XLVII. RHE 21/02/2013, 21/02/2013 "Quintana Ignacio Nestor y Otro" Causa N° 12066 Q. 23. XLVII. RHE, "Rivero Villasante Walter Hugo" CAUSA N° 7805 R. 823. XLIII. RHE 21/02/2013,

"Martinez Oscar Ramon" Causa N° 9530- M. 67. XLV. RHE 26/02/2013 y "Nassel Karina Patricia" Causa n° 12748 II. RHE 21/02/2013, entre muchas otras, la más reciente, de fecha 14 de agosto de 2013 "Venegas Henriquez, Rodrigo Hernán" causa n° 149102 V. 595. XLVIII. RHE 14/08/2013, en las que ha mantenido incólume su tesitura de no ingresar en la cuestión debatida, motivo por cual, no puede más que sostenerse que ha fijado su posición en los precedentes "Valdéz" y "L'Eveque", los que mantienen inalterable el criterio que se inclina por la validez constitucional de la norma.-

Lo sentado precedentemente, en relación a la constitucionalidad del art. 14 del C.P. y la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, guarda estrecha relación con un reciente pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, que expresó en fallo de fecha 07 de mayo de 2013 lo siguiente: "*De conformidad con lo precedentemente expuesto y con la doctrina del leal acatamiento de la jurisprudencia de la C.S.J.N., en atención al valor institucional que revisten sus fallos, dado su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (cfr. doctrina de fallos: 307:1094 y 312:2007, entre muchos otros) corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia que formuló la defensa...(art. 14 y 50 del Código Penal) - causa n° 15278 Sala IV "Lopez Enrique Alberto S/ recurso de casación e inconstitucionalidad".-*

Finalmente, corresponde recordar que según doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a una judicatura y tiene dicho en reiterados pronunciamientos que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como "*ultima ratio*" del orden jurídico, en consecuencia sólo puede acudir a esta solución cuando resulta el único modo de salvaguardar los derechos que la norma fundamental protege - Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 301:962, 904; 305:1304; 311:394; 312:72; 324:920, 3345; 327:5147; 328:2567; 330:2981; 331:2068; 333:447-, lo que no se advierte en el presente análisis y me llevan a sostener



la constitucionalidad de la norma atacada, debiendo de tal modo revocarse el auto en crisis.-

Por lo tanto y en consideración a lo expuesto precedentemente, propongo al acuerdo revocar la resolución obrante a fs. 11/38 de la presente incidencia, en cuanto resuelve declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. y **ASI LO VOTO**. (arts. 16, 18, 19, 75 inc. 22 C.N. arts. 11 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 106 del C.P.P. y 1,100 s.s. y ccdtes. de la ley 12.256, 1, 4 s.s. y cc ley 24.660, ).-

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:**

Hago propios los motivos y fundamentos esgrimidos en su voto por mi colega preopinante, Dr. García Maañón, por lo que adhiero al mismo. **ASI LO VOTO**. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 106 del C.P.P.).

Por ello, el Tribunal;

**RESUELVE:**

**I. DECLARAR ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto a fs. 40/42 por el Sr. Agente Fiscal, Dr. Luis Manuel Angelini, contra la resolución obrante a fs. 11/38 de la presente incidencia, por los motivos expuestos en el considerando (Arts. 168 de la Const. Pcia. de Bs. As. y 439, 442, 446 *a contrario sensu*, 498 y concordantes del C.P.P.).-

**II. REVOCAR** la resolución obrante a fs. 11/38 de la presente incidencia en cuanto resuelve "**DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del Art. 14 del C.P....**", por los motivos expuestos en el considerando (arts. 16, 18, 19, 75 inc. 22 C.N. arts. 11 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 106 del C.P.P. y 1,100 s.s. y ccdtes. de la ley 12.256, 1, 4 s.s. y cc ley 24.660)

Regístrese, notifíquese al Fiscal General y devuélvase al Juzgado de origen encomendando a su Secretario efectuar las notificaciones que correspondan, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Fdo:** Ernesto A. A. García Maañón - Duilio A. Cámpora.  
**Ante mí:** Bernardo Hermida Lozano