

AMICUS CURIAE.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Mario Alberto Juliano, D.N.I. N° 11.416.894, en los autos N° 93.267 que por ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA tramitan ante la Sala II del tribunal, con el patrocinio letrado de Pablo Gabriel Salinas Cavallotti, constituyendo domicilio procesal en Rivadavia 680 de la ciudad de Mendoza, me presento y digo:

1. PERSONERIA.

Que vengo a realizar esta presentación en mi condición de Presidente de la Asociación "Pensamiento Penal", con domicilio social en Dorrego N° 813 de la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, condición que surge de los estatutos sociales que se encuentran a su disposición para el caso de estimarlo necesario.

2. OBJETO

Que en el carácter invocado vengo a presentar un "*amicus curiae*" en respaldo de los derechos de los internos alojados en la Penitenciaría de Mendoza, en el que se sostendrá en forma coincidente con los mismos, la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal Argentino, por contrariar el principio de culpabilidad y la prohibición de persecución múltiple, garantías implícita en los artículos 16, 18, 19 y 75.22 de la Constitución Nacional.

3. LEGITIMACION DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA

EFFECTUAR ESTA PRESENTACION

La Asociación "Pensamiento Penal" es una entidad civil, sin fines de lucro, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución Nacional en su artículo 75.22 en particular.

Desde la Asociación que represento se han tomado diferentes medidas tendientes a salvaguardar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, como ejemplo puede citarse el seguimiento activo de los hechos acaecidos el 7 de noviembre de 2007 en la Provincia de Santiago del Estero, donde se sucedieron episodios que tuvieron como trágico resultado la muerte de más de 33 personas privadas de su libertad.

También participamos activamente junto a otras organizaciones no gubernamentales en la delineación de proyectos tendientes a la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, previstos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

En igual sentido, la Asociación Pensamiento Penal es responsable de la edición de una revista electrónica (www.pensamientopenal.com.ar) en la cual se publican quincenalmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. Todas estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal.

Por esta razón, desde la Asociación Pensamiento Penal, consideramos que en nuestro carácter de institución constituida con el fin de la promoción y salvaguarda de los derechos humanos, y debido a la importancia que posee la cuestión en debate, nos presentamos ante esta Corte, con la intención de incorporar a la causa información trascendente sobre el fondo de la misma.

Por último, es dable destacar que esta presentación es en miras del bien común y se proyecta paralelamente con la "Acción Declarativa de Certeza", presentada por los internos que se encuentran alojados en las cárceles de Mendoza. En esa misma

presentación, hacen mención a la invitación de distintas organizaciones de la sociedad con conocimiento en el tema a expresarse sobre el tema a través de *amicus curiae*.

4. ADMISIBILIDAD DE ESTE TIPO DE PRESENTACIONES.

El instituto denominado *amicus curiae*, o “amigo del tribunal” ha sido introducido en nuestro país a través de distintos tribunales nacionales y federales¹ que, atendiendo a la gravedad e interés de las causas en las que se han presentado, han decidido admitirlos a los fines de obtener una sincera y especializada posición, tercera a las partes del proceso, que ayude a concluir con una decisión mejor fundamentada.

Además de ser reconocido ampliamente por varios antecedentes jurisprudenciales, se ha establecido legislativamente para ciertas materias y temas, y se ha regulado expresamente a través de la Acordada n° 28/04 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para ser aceptada ante las causas que tramiten ante esa misma Corte.

Esta expresa aceptación, acordada por nuestro máximo tribunal judicial, ha consagrado este instituto novedoso, otorgando una valiosísima herramienta a la sociedad, a los fines de obtener una mayor participación ciudadana, logrando democratizar el Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Acordada que regula este instituto ha dicho: “...La figura del amigo del tribunal es un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”.

Por otro lado, los “*amicus curiae*”, consisten en presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, a fin de expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes

¹ Entre los numerosos antecedentes jurisprudenciales locales que han reconocido esta figura podemos mencionar, por ejemplo, la causa “ESMA”, en la que la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial en calidad de *amicus curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Human Rights Watch Americas. Otro antecedente fue el presentado en la causa “Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva” ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal. Al momento de resolver la causa, el magistrado destacó el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país. Y en cuestiones de libertad de expresión e información, cabe citarse el precedente de un reciente caso en que se presentó un memorial —“Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002”— que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal.

de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.²

De la mano del derecho internacional, esta institución ha dado recientemente su último gran paso al convertirse también en una costumbre incipiente en países que antes no la acogían. En estos casos, se trata de causas en las que se debe decidir judicialmente sobre la vigencia de distintos derechos esenciales. La fundamental trascendencia del litigio para la constitución del Estado de Derecho lleva a distintas organizaciones a presentarse espontáneamente, de modo tal de intentar que no se restrinja ningún derecho fundamental. Muchas de estas presentaciones se centran en la voluntad de poner en conocimiento de un tribunal local cuáles son los principios del derecho internacional de los derechos humanos relevantes para la sustanciación de la causa.³

Uno de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, incorporado en el artículo 75.22 de la CN, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya adopción por parte de la Nación incluyó la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Reglamento de la misma establece la posibilidad de presentarse en calidad de *amicus curiae* ante dicho tribunal.⁴

Por lo tanto, es que consideramos que dicha presentación debe agregarse y tomarse en cuenta a la hora de resolver esta delicada situación, que puede acarrear graves consecuencias, o bien, el reforzamiento institucional de los derechos humanos.

5. FUNDAMENTOS DE ESTA PRESENTACIÓN

En nuestra invocada condición de “amigos del tribunal” evitaremos incurrir en la reiteración de los argumentos dados por los peticionarios con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal. Compartimos esos argumentos, pero nos proponemos dar un nuevo enfoque de la misma cuestión: el control de

2 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) INFORME SOBRE EL INSTITUTO DEL “AMICUS CURIAE”. Pag 1 (www.cels.org.ar/common/documentos/informe_cels_sobre_amicus.doc)

3 Idem. cita 1.

4 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Art. 62.3: “El presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.”

convencionalidad del instituto de la reincidencia.

a) En diversos pronunciamientos⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido los fundamentos normativos y axiológicos del **control de convencionalidad** tendiente a establecer la compatibilidad de las disposiciones de derecho interno aplicables al caso bajo juzgamiento y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la interpretación que de las mismas ha hecho la Corte y, en general, las normas convencionales internacionales en materia de Derechos Humanos.

Dicho control debe practicarse incluso de oficio, tal como se hizo en el reciente fallo de la Corte en el caso "**Kimel v. Argentina**"⁶, en cuya virtud se juzgaron como contrarios a la Convención los artículos 109 y 110 del Código Penal Argentino.

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha aplicado el mencionado criterio hermenéutico bien sea invocándolo expresamente⁷ o sin nombrarlo como tal⁸.

b) Desde esta base conceptual, estamos convencidos de que el artículo 14 del Código Penal resulta violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales en la materia, con jerarquía constitucional. Intentaremos demostrarlo.

La norma cuestionada prescribe: "**La libertad condicional no se concederá a los reincidentes**" (Código Penal, artículo 14, 1ra. parte). La sola consideración de la literalidad de la norma remite a una categoría, a una clase de personas⁹.

⁵.CIDH, sentencia C-154, 26 de septiembre de 2006: "**Almonacid Arellano y otros v. Chile**" (ver considerandos 124 y 125); CIDH, sentencia C-158, 24 de noviembre de 2006: "**Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)**" (ver considerando 128 y votos razonados de los Jueces García Ramírez y Cançado Trindade); CIDH, sentencia C-162, 29 de noviembre de 2006: "**La Cantuta v. Perú**" (considerandos 173 y 174).

⁶.Sentencia C-177, 2 de mayo de 2008, considerandos 61 y 62.

⁷.CSJN, 13 de julio de 2007: "**Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recursos de casación e inconstitucionalidad**", Fallos 330:3248, considerando 21.

⁸.CSJN, 4 de septiembre de 2007: "**Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional**", ver considerando 8º y la jurisprudencia internacional allí citada.

⁹.A los que **von Liszt** consideraba como estado mayor del "ejército de enemigos básicos del orden social" ("La idea

La interpretación histórica nos revela el mismo criterio. Rodolfo Moreno al fundamentar la disposición legal precisaba: “la libertad condicional supone la corrección del penado y la conducta de los reincidentes supone lo contrario. La sociedad tiene interés en estos casos, en defenderse, y no en colocar a los sujetos peligrosos en condiciones de dañarla”.

La interpretación tradicional de nuestros Tribunales reconoce similar paradigma:

“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” (CSJN, 16 de octubre de 1986: “**Gómez Dávalos, Sinforiano**”, Fallos 308:1938, considerando 5°).

“El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas, que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta” (CSJN, 16 de agosto de 1988: “**L'Eveque, Ramón Rafael**”, Fallos 311:1451, considerando 9°).

La idea central reflejada en las citas precedentes remite claramente a un derecho penal de autor. El fundamento del incremento de la reacción punitiva radica en rasgos de carácter que trazan una etnocéntrica frontera entre nosotros y los peligrosos, los insensibles, los irredimibles... ¿los enemigos?¹⁰

Desde este punto de vista, la disposición de derecho interno se encuentra en insalvable contradicción con el Principio de Legalidad establecido por el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

La interpretación que del principio hizo la Corte Interamericana de Derechos

del fin en el derecho penal”, p. 116)

¹⁰.Jakobs – Cancio Meliá: “Derecho penal del enemigo”, p. 32.

Humanos expresa: “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de *las características personales del agente y no del hecho cometido*, es decir, *sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho*, propio del sistema penal de una sociedad democrática, *por el Derecho Penal de autor*, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (CIDH, sentencia C-126, 20 de junio de 2005: “**Fermín Ramírez v. Guatemala**” – considerandos 94 y 95-).

Denunciamos, en consecuencia, la anticonvencionalidad¹¹ del artículo 14 del Código Penal, respecto al principio de legalidad (Artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

c) Desde otra perspectiva, la Convención en su artículo 8.2 y la Declaración en su artículo 10 establecen como garantía de toda persona inculpada de un delito a la “plena igualdad” procesal, groseramente vulnerada por la aplicación mecánica y sin posibilidad alguna de contradicción de la declaración de reincidencia.

La mayor peligrosidad, la insensibilidad o el desprecio señalados como fundamentos de la agravación de la reacción penal son extremos fácticos, aunque se ubiquen en la interioridad del sujeto, que necesariamente deben ser sometidos a discusión durante el proceso, con amplias posibilidades de argumentación y prueba para ambas partes en condiciones de “plena igualdad” y con la necesidad de ser establecido más allá de toda duda razonable y nunca por preponderancia de evidencia.

La disposición de derecho interno que impugnamos despoja al proceso penal de su matriz democrática y lo reemplaza por un *coup d’authorité* que permite presumir *juris et de jure* que todos aquellos males residen en “el reincidente”, a quien –oblicuamente, por cierto- se le impide probar lo contrario, durante el juicio y durante la etapa de ejecución penal.

¹¹. El neologismo corresponde al Juez Dr. García Ramírez.

Se violan, además, las garantías que dan contenido al derecho de defensa (artículo 8.2, incisos b, c, d, e y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque a pesar de su contenido agravante al imputado al imponérselo de los cargos que pesan en su contra, no se le informa que puede ser declarado reincidente, ni se le permite controvertir tan gravoso extremo, pues está previsto como de aplicación mecánica, acrítica, sin más fundamento que la escueta mención del antecedente. Dos renglones bastan para incrementar en más de 1/3 el tiempo efectivo de cumplimiento de pena.

El artículo 14 del Código Penal resulta, por ende, violatorio del principio de igualdad de armas, del que es corolario el derecho de defensa en juicio.

d) La siguiente transgresión representa tal grado de oprobio que nos autoriza a llamarla “el timo de la resocialización”.

Los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El régimen de ejecución de la pena establecido por ley 24.660 (complementaria del Código Penal) reproduce aquel loable propósito:

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” (artículo 1).

Este interesante programa, que constituye una garantía para la persona privada de su libertad, no se cumple respecto a “los reincidentes”. No importa –en nuestro derecho interno- que el penado se haya reformado, que haya alcanzado niveles importantes de readaptación social, ni que haya adquirido la capacidad de comprender y respetar la ley, eso es irrelevante porque el legislador lo ha considerado *a priori* y con reduccionismo determinista como “irrecuperable”. Ni siquiera se tendrán en cuenta actos heroicos o altruistas que realice, ni las calificaciones que el propio Estado –a través del servicio penitenciario- le asigne, ni las recompensas que merezca (artículo 105 de la ley 24.660). Para el reincidente sólo valdrá el para-sistema de inocuización establecido por el artículo

14 del Código Penal que afecta –por ende- la garantía convencional del fin resocializador de la pena.

El análisis total del sistema de libertad condicional revela otros aspectos del argumento expuesto. Como venimos comentando no se concede “a los reincidentes” (artículo 14 CP); aún cuando no se reúna esta condición y aunque estén cumplidos los requisitos temporales, puede no acordarse si no se hubieren observado los reglamentos carcelarios o si los informes técnico criminológicos son desfavorables (artículo 13); puede ser revocada por la infracción al deber de residencia (artículo 15); puede disponerse que no se compute como cumplimiento de condena toda o una parte del tiempo en libertad si hay infracción a las demás reglas de conducta (artículo 15).

Como puede advertirse, un extenso catálogo que contempla como supuesto fáctico que el beneficiario actuará mal. No existe, salvo la previsión genérica, una sola disposición que adjudique consecuencias favorables a situaciones excepcionales de resocialización. Una asimetría que debe permitir advertir su naturaleza prejuiciosa, una presunción “*contra hominem*”.

e) En directa relación con las consideraciones precedentes, debe repararse en que uno de los presupuestos filosóficos que dan soporte a la Convención es la falibilidad de las sentencias. “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” (cfr. en sentido similar Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.5).

De ello es ejemplo reciente el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “**Kimel v. Argentina**” en cuya virtud se anuló una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal que atravesó tres instancias (cfr. considerandos 121/123 del fallo).

Debe concederse que es posible que la sentencia que sirve de antecedente a la declaración de reincidencia sea errónea. Por lo tanto, dicha declaración y sus efectos conculcatorios del derecho a la libertad condicional, vendrían a intensificar de manera insoportable las consecuencias de aquel primer error.

Incluso en un sistema normativo que tiene por fundamento la infalibilidad de su máxima autoridad, Juan Pablo II debió admitir que la sentencia del Santo Oficio

del 22 de junio de 1633 contra el científico Galileo Galilei había sido errónea. El reconocimiento del error judicial se produjo el 31 de octubre de 1992. Tarde, demasiado tarde¹².

Puede argumentarse que conjura o limita el riesgo de la sentencia errónea la existencia del recurso de revisión, previsto en los ordenamientos procesales. Sin embargo, existen límites normativos (CPPN: artículo 480; CPP Mendoza: artículo 496) que impedirían controvertir por ejemplo el carácter de cumplimiento efectivo asignado a la pena impuesta por la primer sentencia.

Existen también otros límites que no pueden soslayarse: sería insensato suponer que una persona privada de su libertad, con escasos recursos materiales, podrá probar fácilmente alguno de los extremos que autorizarían la revisión de una sentencia injusta.

Resulta anticonvencional el artículo 14 del Código Penal en cuanto autoriza la mecánica profundización de los efectos de una primera sentencia que puede ser injusta, en contra de los presupuestos filosóficos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

f) Siguiendo con el examen anterior, el burocrático modo como se aplica la agravante de reincidencia, que tiene efectos cancelatorios de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, afecta la garantía de independencia judicial (artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Analicemos la cuestión.

En los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial se establece: “Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, **libre de cualquier influencia ajena**, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, **provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón**” (Principio 1.1).

En los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Magistratura (Resolución 40/32 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) se precisa:

¹².Con tardíos efectos, ver también la ley 24.233, por la que se de-sagravia la memoria de Santiago Mainini, Reclus de Diago y Pascual Vuotto **por la injusta sentencia que los condenó a reclusión perpetua**.

“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y **sin influencias**, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, **de cualesquiera sectores o por cualquier motivo**” (Principio 2).

La declaración de reincidencia fenomenológicamente está precedida de la agregación (generalmente de oficio, sin instancia de parte) de documentos que acreditan la sentencia condenatoria precedente y el efectivo cumplimiento de pena, que torna obligatorio el incremento sustancial de la reacción punitiva.

Como ya hemos aludido al agravamiento en varias ocasiones, resulta necesario –a manera de excursus- mensurarlo, para que no se piense que es de una tercera parte de la condena. Supongamos que una persona fuera condenada a seis años de prisión. Si todo va bien, podrá acceder a la libertad condicional a los cuatro años de cumplimiento. Si, en cambio, es “un reincidente” (en los términos del artículo 14 del Código Penal), deberá cumplir un plus del cincuenta por ciento (dos años más hasta agotar la pena) o, en el mejor de los casos, un plus del treinta y siete por ciento (un año y seis meses más) en el supuesto que accediera al régimen de libertad asistida.

Ahora bien, aquellas certificaciones, pese al valor totémico que les asigna el régimen de reincidencia en nuestro derecho interno, determinan una de las cuestiones esenciales y gravosas del último proceso, sin que haya estado precedida de la valoración de los hechos y comprensión consciente de la ley por parte del Tribunal que produce la declaración de reincidencia.

Lo que no sería lo peor.

La valoración que de las mencionadas constancias hicieran los jueces del Tribunal que conociera el segundo proceso podría llevarlos a la firme convicción de que en el primero (que culminó con la sentencia condenatoria que sirve de antecedente) se violaron las garantías constitucionales del imputado, o se valoró irrazonablemente la prueba, o se produjo una aplicación indebida del derecho, o se impuso una condena de cumplimiento efectivo con exceso de la discrecionalidad mensurativa. En tales casos, debieran guardar en un lugar recóndito de sus conciencias aquella convicción y declarar la condición de

reincidente del juzgado, con desdén a sus consecuencias (la cancelación de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, en cuanto acá importa).

No hay, en verdad, seguridad jurídica al costo de sacrificar la independencia judicial y el valor justicia al que propende. Dos disidencias encomiables avalarán este aserto:

“El suscripto estima que la mera posibilidad verosímil de que un ciudadano haya sido condenado por un tribunal incompetente a sufrir una pena de privación de la libertad, justifica que se dejen de lado las objeciones de carácter formal a fin de examinar la cuestión de inconstitucionalidad que el recurso plantea” (CSJN, 17 de abril de 1959: “**Pucci, Vicente (hábeas corpus)**”, Fallos 243:306, disidencia del Juez Dr. Orgaz).

“Existen circunstancias excepcionales en las que la necesidad de corregir graves violaciones al principio constitucional del debido proceso, autoriza a reconocer la validez de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme, ya que lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque **salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible**” (CSJN, 18 de febrero de 1988: “**Pucheta, José Angel y otros**”, Fallos 311:133, disidencia del Juez Dr. Bacqué).

No habría en sentido sustancial (aunque se salven las apariencias) soporte moral para la declaración de reincidencia (con sus severos efectos) por jueces que no conocieron, ante los que no se controvertió, probó y argumentó sobre el hecho que es antecedente funcional de aquella declaración.

La disposición de derecho interno afecta también con los alcances indicados la garantía de independencia judicial, prevista en las normas convencionales.

g) El requisito convencional de vencimiento de la presunción de inocencia de un imputado es la prueba de “**su culpabilidad**” (artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.2 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Este requisito, no sólo es el fundamento normativo de la imposición de una pena, sino también el límite de la intensidad de la reacción penal.

Por lo pronto, no podrían considerarse para determinar el grado de culpabilidad

factores tales como la insensibilidad, el desprecio por las normas, ni cualquier otro que fuera reductor de la autodeterminación.

Existe, como la literatura especializada lo demuestra, un factor criminogénico de primer orden que es el efecto deteriorante provocado por el encerramiento carcelario y, en general, por las instituciones totales o de secuestro¹³.

Este efecto y los demás que resulten del fracaso del tratamiento penitenciario previo, ¿es justo cargarlo a cuenta de quien ha sufrido los efectos deteriorantes y el fracaso del programa resocializador?

No es para nada tranquilizador saber que el Estado se desentiende de estos “daños colaterales” con el sencillo expediente de incrementar las consecuencias sancionatorias a los emblemas vivos de aquellas fallas. Y, por lo demás, la estolidez estatal es antirrepublicana (Preámbulo, artículos 1º y 28 de la Constitución Nacional) y se hace palmaria en la tonta idea de incrementar las dosis punitivas de cuyo fracaso la reincidencia es la mayor prueba.

Salvo que el público discurso que menciona “insensibilidad”, “desprecio”, “peligrosidad”, pretenda embozar un irracional retribucionismo que desbordaría incluso una reacción talional. Tal embuste sería también antirrepublicano y anticonvencional (artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

h) La comisión de un delito autoriza la injerencia del Estado en la vida de las personas y la consiguiente restricción de algunos de sus derechos convencionalmente amparados. También permite la limitación de algunos de los derechos de los familiares de quien ha infringido la ley (cfr. por todos artículo 9.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El límite mayor de tal intervención estatal es la imposición de una pena y de su cumplimiento coactivo al infractor. Se prolonga hasta el mediodía del día en que el infractor cumple con la totalidad de la pena impuesta y coetáneamente cesa la autorización del Estado para limitar los derechos del ex infractor. La condena cumplida, su doloroso recuerdo, su irreparable saldo, pasan a quedar al amparo de la garantía de privacidad (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

¹³. Zaffaroni – Alagia – Slokar: “Derecho Penal – Parte General”, p. 63).

Cualquier recrudescimiento de la injerencia estatal basado en la comisión de un delito por el que ya se purgó pena (hasta su agotamiento) importaría, pues, una injerencia en la vida privada de quien **ha cumplido una pena coactivamente impuesta** por el Estado, que vulneraría garantías convencionalmente reconocidas.

i) En estrecha relación con el concepto anterior, debe advertirse que el mantenimiento de los antecedentes que luego darán lugar a la declaración de reincidencia, mucho más allá del tiempo en que se agotó la pena impuesta por la primer condena, importa la afectación de la dignidad de las personas. Lo que hasta hace unos doscientos años era la marca con un hierro ardiente sobre el hombro derecho, conserva sus vestigios estigmáticos con las anotaciones en el Registro Nacional de Reincidencia.

El fundamento de ese anacronismo es circular: subsiste para poder declarar reincidente a quien, con tal motivo, inscribirá un nuevo baldón en el mismo registro. Algo muy similar a lo que hacía el hombre serio y exacto que habitaba el cuarto planeta que visitó el Principito: “Las cuento y las recuento una y otra vez —contestó el hombre de negocios—. Es algo difícil. ¡Pero yo soy un hombre serio!”¹⁴.

Otra consecuencia inexorable de la declaración de reincidencia y de su corolario: la cancelación del derecho a la libertad condicional, es la afectación de la garantía convencional de igualdad ante la ley.

Supóngase, para acentuar la demostración del agravio, que dos personas son coautoras de un hecho delictivo y que, con su ejecución, exteriorizan similares grados de culpabilidad, pero uno es “reincidente”. En tal caso, el tiempo de pena que uno y otro deberían cumplir sería marcadamente diferente.

Considérese, también como ejemplo, que dos personas por la comisión de sendos delitos reciben penas de igual término, pero que uno de ellos articula todos los recursos disponibles hasta hacer que el tiempo de prisión preventiva cumplido equivalga al de la condena impuesta. A éste, el antecedente no le sería computable a los fines de la declaración de reincidencia.

Finalmente, a guisa de ejemplo, que dos coautores de un delito reciben condenas a sendas penas privativas de libertad. Mientras el primero cumple rigurosamente la condena que le fuera impuesta, el segundo se fuga y permanece en tal condición por un término

¹⁴.Saint-Exupéry: “El Principito”, capítulo XIII.

equivalente al de la condena (artículo 65, inciso 3º del Código Penal). Pues bien, a los fines de la declaración de reincidencia y sus draconianas implicancias, el primero (que cumplió la pena) estaría en peor condición que el segundo (que se sustrajo a la acción de la justicia).

Si, como se supone, la igualdad ante la ley implica el tratamiento homólogo de quienes se encuentran en idénticas circunstancias, ¿tienen el mismo disvalor la reincidencia homogénea y la heterogénea? ¿influye en algo el tiempo de cumplimiento de la primera condena o el grado alcanzado en el tratamiento penitenciario? ¿devenga diferencias la mayor o menor proximidad del segundo delito respecto a la extinción de la condena por el primer delito, habida cuenta del plazo de diez años previsto por el artículo 51, inciso 2 del Código Penal?

Estas situaciones que revelan indisimulables diferencias son resueltas por un irracional y autoritario plumazo: el artículo 14 del Código Penal, que suprime la necesidad de análisis y los requerimientos de justicia.

Mantenemos, en consecuencia, que la citada disposición de derecho interno vulnera las garantías de dignidad de las personas (artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Preámbulo del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos) e igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención y 3º del Pacto).

Además estarían nulificadas por aquel principio, ya mencionado, según el cual la estolidez estatal es antirrepublicana. Veamos.

El artículo 14 del Código Penal cancelaría la posibilidad de acceder a la libertad condicional a quien hubiera cumplido pena por los delitos de adulterio (derogado por ley 24.453 –B.O. del 7 de marzo de 1995-), desacato (derogado por ley 24.198 –B.O. del 3 de junio de 1993-) o tenencia de munición de guerra (derogado por ley 25886 –B.O. del 4 de mayo de 2004). También de quien hubiese cumplido pena privativa de libertad por delitos de injurias o calumnias en las mismas condiciones que el periodista Kimel, según el fallo ya mencionado.

j) Tanto la Convención (artículo 9º) como el Pacto (artículo 15) establecen la siguiente garantía: “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de **la comisión del delito**”.

De ello se sigue que la gravedad de la pena sólo puede determinarse en función al

delito cometido y, de ningún modo, intensificarse a una pena privativa de libertad ya cumplida.

La restricción impuesta por el artículo 14 del Código Penal no tiene por base el “delito cometido”, cuya pena fue convenientemente individualizada en la segunda sentencia, sino la pena privativa de la libertad previamente cumplida.

También esta garantía se ve vulnerada por la disposición de derecho interno.

De la misma norma convencional puede inferirse como garantía el principio “*non bis in ædem*” y *a fortiori* los principios “*non ter in ædem*” y “*non quater in ædem*”, groseramente vulnerados por el sistema de reincidencia previsto por el Código Penal.

En efecto, quien comete un delito recibe una condena en la que se valoran (negativamente) la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad exteriorizado con su comisión, que –aparentemente- queda saldada con el cumplimiento (doloroso cumplimiento) de una pena privativa de libertad, habitualmente extensa.

Sin embargo, en una segunda condena ya no sólo se computará la magnitud del nuevo injusto y culpabilidad por el nuevo hecho, sino que –además- se sumará al reproche la pena que ha cumplido (quizás de manera adecuada) hasta su extinción. Vale decir, no algo que haya hecho libremente, sino algo que le fue impuesto (el cumplimiento de la primera pena). Se le sumará (*bis in ædem*) al momento de graduarle la pena (artículo 41.2 del Código Penal).

Pero la fruición punitiva estatal tampoco quedará saciada con esta segunda valoración negativa, sino que impondrá al Juez de Ejecución (culesquiera fuesen sus convicciones) el privar a este “enemigo” del derecho a la libertad condicional (sólo porque cumplió la pena, si se hubiese fugado estaría en mejores condiciones), porque así lo determina el artículo 14 del Código Penal (*ter in ædem*).

Si el segundo delito fuese alguno de los mencionados por el artículo 56 *bis* de la ley 24.660 el causante no podría acceder siquiera a la libertad asistida (*quater in ædem*), lo que llevaría el panorama inocuizador a su antirrepublicano paroxismo, tornando el sistema en anticonvencional (artículo 29, incisos c y d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Excursus: Menuda tarea la de juzgar. Grave responsabilidad la de declarar la

anticonvencionalidad de una disposición de derecho interno, tal como propiciamos. Nos anima una ausencia, un vacío, si se nos disculpa el oxímoron... el atronador silencio de los argumentos capaces de seguir sosteniendo conceptualmente al actual sistema de reincidencia.

Lo demás es, simplemente, afianzar la justicia.

6. SOLICITUD DE PLENARIO.

Considerando la fundamental importancia del tema en cuestión, como así las futuras consecuencias que puede llegar a aparejar la decisión de un tema trascendental como es el presente, es que solicitamos se convoque la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en plenario, a los fines de poder obtener una solución definitiva a la situación que sufren los detenidos en las cárceles de esta provincia.

La solicitud de que se adopte dicha decisión en plenario no es injustificada, ya que la consideramos necesaria para conocer a través de una resolución en conjunto de esta Suprema Corte, el pensamiento de todos los jueces y juezas que integran el máximo tribunal provincial.

7. PETITORIO

Por lo antes expuesto es que solicitamos se nos tenga por presentados en condición de *amicus curiae*, por constituido el domicilio legal, y atendiendo los argumentos dados por los peticionarios, más los aquí aportados, oportunamente se decrete la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal.

Tener presente lo expuesto

Mario Alberto Juliano

Presidente A.P.P.