

ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA.  
SOLICITA PLENARIO.  
INCONSTITUCIONALIDAD. AFECTACION DE PRINCIPIOS NE BIS  
IN IDEM. CULPABILIDAD E INOCENCIA.  
AMICUS CURIAE.  
RESERVA DE RECURSO EXTRAORDINARIO.  
PRESENTACION PRO BONO

Exma

Suprema Corte de  
Justicia de la Provincia.

Quienes suscribimos esta presentación, y cuyos datos personales surgen de la planilla que se adjunta, somos internos alojados en la Penitenciaría de Mendoza, y contamos con el patrocinio del abogado Carlos Varela Álvarez, se presentan y a V.S. expresan

I. DOMICILIO LEGAL. Que todos los firmantes constituyen domicilio legal en Capitán de Fragata Moyano 165 de Ciudad.

II.- OBJETO: En tiempo oportuno y legal forma venimos a solicitar esta Suprema Corte declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal<sup>1</sup>, conforme los antecedentes que expondremos, en función de la aplicación del art.3 del CPCCM<sup>2</sup>.

III. COMPETENCIA. . La acción declarativa de inconstitucionalidad aparece como el único medio legal para poner término a los perjuicios que derivan de la falta de certeza sobre la constitucionalidad. . Para interponer esta acción no es necesario el agotamiento de vías previas y así lo entienden la doctrina y la

---

<sup>1</sup> Art. 14.- La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

<sup>2</sup> ART. 3o - ACCION DECLARATIVA. EL PODER JUDICIAL INTERVIENE, AUN SIN LA EXISTENCIA DE LESION ACTUAL, PARA DECLARAR LA NORMA CONCRETA APLICABLE EN EL CASO PLANTEADO, SIEMPRE QUE EL PETICIONANTE OSTENTE UN INTERES LEGITIMO.

jurisprudencia (cfr. Juan Lima, Fernando E., “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, JA 2003-I-1200; en igual sentido: Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 29/3/01, in re “Luna, Jorge A. c/ GCBA s/ acción meramente declarativa”, inédito).

A partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Santiago del Estero”(LL 1986-C-117, comentado por Morello, en “La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de inconstitucionalidad”, en nota al fallo, JA 1985-IV, 257.) se admite la acción directa de inconstitucionalidad a través de la acción de mera certeza como instrumento de control preventivo.

Esa doctrina fue posteriormente ratificada por la Corte Suprema “in re” “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina v. Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”, Fallos 320: 690 y en “Roberto Colombo Murúa y José M. De Estrada, incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del decreto 2125 del P.E.N.”, entre muchos otros).

Los extremos necesarios para la procedencia de la acción aquí intentada, vale decir: (i) la existencia de una relación jurídica y de un caso judicial y (ii) el estado de incertidumbre, se encuentran ampliamente configurados como veremos en esta presentación.

Respecto del primero de ellos, se dan la existencia de dos partes que ostentan intereses contrapuestos y el objeto de este proceso es lograr que el órgano judicial declare la inconstitucionalidad de una norma y que, como consecuencia de ello, ésta no sea aplicada por el demandado (cfr. Toricelli, Maximiliano, “El sistema de control

constitucional argentino, la acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela”, Editorial LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 244).

**Competencia originaria:** Corresponde conforme lo expresado la competencia originaria y exclusiva de esta Suprema Corte Suprema *ratione personae*, toda vez que se encuentran nominal y sustancialmente involucrada la Provincia de Mendoza. Por ello la única manera de saldar la discusión constitucional es sustanciando la acción en esta instancia ya que también *razone materia* se encuentra habilitada la competencia originaria y exclusiva de este máximo Tribunal, al ponerse en crisis el cumplimiento de tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (en especial los principios de *bona fide* y *pacta sunt Servando*, art. 103 de la Carta de Naciones Unidas) y la responsabilidad internacional de nuestro país derivado de su incumplimiento (Fallos: 305:441; 308:2054; 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 322:190; 323:702 y 1110. Ver además el dictamen de la Procuradora Fiscal Dr. María Graciela REIRIZ del 17 de mayo de 20001 y el voto del Dr. Antonio BOGGIANO en el caso “*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa de certeza*” del 12 de marzo de 2002).

Como es público y notorio la Cárcel de Mendoza se encuentra bajo Medidas Provisionales y Cautelares de la Corte Interamericana y Comisión Interamericana de Derechos Humanos respectivamente. También la Corte Nacional a través de su decisión en “Lavado D.j y ots. P. acción declarativa de Certeza”<sup>3</sup> se pronunció e intimó

---

<sup>3</sup> L. 733. XLII. ORIGINARIO Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza. Buenos Aires, 13 de febrero de 2007.

a las autoridades provinciales sobre las condiciones carcelarias. Finalmente este Tribunal ha ordenado en diversas circunstancias la especial atención sobre los el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el país tanto en materia de legislación internacional como respecto de tribunales internacionales. Es de recordar que el Comité contra la Tortura y el Grupo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas como el Premio Nobel de la Paz, Amnesty Internacional se han expedido en relación a esta Penitenciaría.

En esta ocasión se acude a este Tribunal por la inseguridad jurídica que se produce por la existencia de fallos y tribunales locales a favor de la constitucionalidad del Art.14 del CPA y otros que luego me referiré. Los distintos estándares jurídicos y otros que no lo están. Eso incide en el otorgamiento o no de la Libertad Condicional, y que provocan en la población penitenciaria una legítima sensación de injusticia. En efecto quien tiene la suerte de ser atendido en su reclamo apelatorio por ejemplo en la Cuarta Cámara del Crimen o en la Sala Unipersonal de la Cámara Primera, puede ver que su reclamo de inconstitucionalidad será escuchado mientras que si sucede en otras Cámaras ello no acontecerá. Será entonces el sorteo quien decida que criterio se aplica y no si tiene o no tiene el derecho que peticiona.

Precisamente ahí radica la incerteza o la incertidumbre legal que motiva esta presentación, pues es este Tribunal quien está en condiciones de establecer de una manera clara o definitiva como ya lo ha hecho en otras ocasiones, como por ejemplo en materia de Prescripción de la Acción Penal, si la norma del art.14 del Código Penal es contrario al bloque constitucional de derechos humanos como propugnamos o si por el contrario debe mantenerse la disposición. Como

veremos esta discusión tiene también alcances nacionales pues en muchos tribunales se ha planteado este tema.

El listado de personas privadas de libertad firmantes es sólo un muestrario de las actuales circunstancias pues no se ha pedido la participación de penados de Cacheuta o de Gustavo André, o de San Rafael o Mujeres. Se ha planteado una discusión sólo con algunos pabellones de la Cárcel de Mendoza, por una cuestión de tiempo material y de ese grupo de personas se han identificado a los firmantes con esa situación de reincidente que le impide acceder a la Libertad Condicional. Por eso la Acción Declarativa de Certeza que no requiere como sostuve agotar los recursos internos es el único medio idóneo hallado para terminar con la incertidumbre jurídica que implican diversas y encontradas resoluciones judiciales sobre derechos constitucionales o del derecho penal sustantivo.

### **Obligatoriedad y Responsabilidad**

**internacional:** Es de recordar que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en numerosos precedentes, entre los que cabe destacar *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992), *Girolodi* (1995), *Bramajo* (1996), *Acosta* (1998), *Felicetti* (2000), *Cantos* (2003) y *Espósito* (2004) la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH.

Por otra parte la Corte IDH ha sostenido que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación *erga omnes* de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también respecto a las actuaciones de particulares (Caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartado*, supra nota 1, considerando décimo; *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, supra nota 1, considerando noveno; y *Caso Eloisa Barrios y otros*. Medidas

Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2004, considerando décimo segundo).

En circunstancias similares a la del presente caso, también la Corte IDH ha considerado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas (Caso *Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 129; Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”, *supra* nota 1, párr. 152; y Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 98.)

Finalmente en el punto 10 de los considerandos de la Resolución del 30 de marzo de 2006 en el Caso de *Penitenciarías de Mendoza s/ Medidas provisionales* la Corte IDH señaló claramente “*Que la disposición establecida en el artículo 63.2 de la Convención confiere un carácter obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que le ordene este Tribunal, ya que según el principio básico del Derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (pacta sunt Servanda). El Incumplimiento de una orden de adopción de medidas provisionales dictadas por el Tribunal durante el procedimiento ante la Comisión y ante la Corte puede generar responsabilidad internacional del Estado (Cfr. Casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2006, considerando séptimo. Casos Hilarire, Constantine, Benjamín y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94, párrs. 196 a 200. Ver también Caso James y otros. Medidas Provisionales. Resolución de 25 de mayo de 1999. Serie E n° 2 2(b); Resolución de 14 de junio de 1998 y 29 de agosto de 1998 y 25 de mayo de*

1999; Resolución de 16 de agosto de 2000. Serie E n° 3, visto 1 y 4; y Resolución de 24 de noviembre de 2000. Serie E n° 3, visto 3) ”.

Resultando, entonces, que todas las decisiones y/o resoluciones de la Corte IDH, están equiparadas a las sentencias en cuanto a su carácter obligatorio para nuestro país (Cfr. Casos de incumplimiento de Surinam en los casos *Aleboete*, *Gangaram Panday* y *Caesar vs Trinidad y Tobago*, 11 de marzo del 2005).

Allí mismo se genera la situación de incertidumbre que solicitamos sea revertida con la declaración de certeza requerida.

Por otra parte esta Corte Suprema de Justicia, en su resolución del 3 de mayo de 2005, en la causa caratulada “*Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*” V.E hizo un análisis de instrumentos y jurisprudencia internacionales relativa a condiciones de detención, y realizó una serie de consideraciones que por la similitud fáctica resultan aplicables al caso de marras. En tal sentido se expresó:

*“[...] Que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ella, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija (art. 18 de la Constitución Nacional).*

*[...] Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa*

*resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario.*

*[...] Que la situación no controvertida de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.*

*Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad. [...]*

*Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas – si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal – se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.*

*...] Que ante esta situación es indudable que esta Corte no puede resolver todas las cuestiones particulares que importa, dadas las dificultades antes señaladas y el número de casos y variables posibles, pero es su deber instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.*

*[...] Que no escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda”.*

Por otro lado en materia ya del derecho público provincial contamos con el refuerzo en materia de competencia para que esta Suprema Corte decida, con la concurrencia del art.144 de la Carta Magna en su inciso Tercero y por su inciso Octavo por el que le delegan todo el régimen penitenciario, en este caso por ejemplo lo concerniente a la ejecución de la Pena como de las condiciones carcelarias.

Añado también las disposiciones de los arts.148 y 149 que van el sentido pro homine dado que permite la aplicación de los principios generales del derecho en ausencia de una ley al respecto. Es decir si no existe el medio legal, no puede eso ser óbice para la obtención del derecho. Rechazar el planteo formal de la procedencia de la Acción Declarativa de Certeza sobre el art.14 del Código Penal es un mal mensaje para la sociedad que espera una discusión amplia y democrática. Por otro condenaría a todas las personas en esas condiciones a hacer una presentación individual en un estéril desgastamiento de los juzgados de ejecución y cámaras de apelaciones, cuando es necesario poner claridad y reglas claras en aspectos esenciales que hoy merecen una discusión profunda.

IV. SOLICITUD DE PLENARIO. Dado la importancia institucional del tema a tratar y sus consecuencias institucionales es que solicitamos que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tenga a bien a expedirse bajo la modalidad de Plenario a fin que la totalidad de sus miembros expresen su posición al respecto.

V. INVITACION DE AMICUS CURIAE.

También por la importancia de la resolución es que solicitamos que la sociedad se exprese a través de Amicus Curiae que puedan elaborar las Facultades de Derecho, las Organizaciones Civiles, el sistema representativo y en definitiva quien crea tener una opinión fundada al respecto en el plazo que este Tribunal ordene.

VI- LA CUESTION DE LA REINCIDENCIA Y LA LIBERTAD CONDICIONAL.

ANTECEDENTES: Los internos firmantes, hemos sido condenados a diversas penas, y por aplicación de los principios de reincidencia, se nos ha aplicado el art. 14 del Código Penal por lo que no podemos acceder al Régimen de Libertad Condicional contrariando los arts.16, 18, 28, 31 y 33 de la Carta Magna.

Más allá de que las circunstancias de cada uno de nosotros deban ser consideradas de manera puntual, creemos sin embargo que pesa sobre todos la declaración de reincidencias que no se condicen con el respeto de derechos amparados por nuestra Constitución Nacional, a partir de la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos del año 1.994, por lo que consideramos que corresponde se dejen sin efecto tales reincidencias.

Conforme los cómputo efectuados, cumplimos con los tiempo de condena requeridos para que se nos otorgue la libertad condicional (art. 13 del C.P.). Pero aún así e independientemente de los mismos, lo que sabemos es que en la Provincia existen Tribunales

con distintos criterios al respecto y algunos de nosotros accederemos al derecho de la libertad condicional si la competencia recae en aquellos que consideran que la reincidencia es inconstitucional y otros veremos denegados ese derecho si el Tribunal es partidario de la constitucionalidad del art.14 del CPA.

En recientes fallos nacionales podemos ver cómo ha ido evolucionando hacia la integración con el respeto de los tratados internacionales, y así dos fallos del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea exhiben por ejemplo los siguientes argumentos al respecto; “La reincidencia resulta ser un instituto que abrevia en el derecho penal de autor y que, como tal, colisiona con los principios basilares de nuestra Constitución ... el reincidente demuestra con los hechos ser mas ‘vulnerable’ que otras personas a recaer en el delito y que, en función de esa debilidad, su situación debiera ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez. Desde el ángulo de quienes cuestionan la justificación de la reincidencia -dentro de los cuales me enrolo- se han articulado diversas objeciones: a) que importa una trasgresión al principio del *ne bis in idem* (o prohibición de persecución múltiple), b) que implica una *doble valoración de un mismo hecho* (ya que, además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del art. 41 del CP sirve para graduar la pena aplicable), c) que se crea un *delito autónomo (ser reincidente)*, accesorio al tipo penal infringido y d) que violenta el *principio de culpabilidad*, al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando a él cuestiones que le son ajenas. En tren de definir mi postura al respecto, dejo sentado que, por la vía de la aplicación del instituto de la reincidencia, principalmente se violenta el *principio de culpabilidad*, que, como se dijese antes, constituye una garantía implícita consagrada en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En efecto, considero que la valoración de los antecedentes penales del imputado, a los

finis de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido (principio de legalidad y tipicidad) e, independientemente que tal consideración haya sido incluida por el legislador en el catálogo punitivo, ello no empecé a la existencia de una contradicción manifiesta con los principios generales del derecho, de la teoría del delito y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional” (del voto de Mario A. GULIANO, en la causa Giménez, del 4 de junio del año 2002).

Para situarnos en un escenario donde podamos establecer claramente de las instituciones de las que estamos hablando nada mejor que intentar definir las. Para ello apporto lo que ha expresado el autor Gustavo L. Vitale, que <sup>4</sup> muy pedagógicamente nos lo explica. La llamada “reincidencia” es un supuesto de reiteración delictiva que, sin embargo, suele no contentarse con la mera repetición de ilícitos penales (y en Argentina no se contenta con ello), sino que, por ser una categoría legal, exige, además, la concurrencia de otras condiciones.

En el Código Penal argentino, esas condiciones consisten en:

1) el dictado de una condena a pena privativa de libertad; 2) la existencia de una condena anterior por un delito, sin que haya transcurrido el plazo del art. 51 del Código Penal; 3) que esa condena anterior haya impuesto pena privativa de libertad; 4) que la pena impuesta en esa condena anterior haya sido efectivamente cumplida como tal, aunque sea en una parte que pueda ser considerada, legalmente, suficiente para contramotivar al condenado y cumplir los proclamados fines de “reintegración social” [cf. arts. 50 y 13 del Código Penal (la citada en último término es la única disposición legal referida al tema)]; 5) que dicha pena anterior no haya sido cumplida por “delitos políticos”, por delitos previstos exclusivamente en el

---

<sup>4</sup> Inconstitucionalidad de la Reincidencia, Dos fallos Ejemplares, ver en Pensamiento Penal.

Código de Justicia Militar, por delitos amnistiados o cuando ellos fueron cometidos cuando el autor era menor de dieciocho años; 6) que entre el cumplimiento de la pena anterior y el momento en el que se considera la posible “reincidencia” no se hubiera cumplido el plazo de “prescripción de la reincidencia” (previsto en el art. 50 último párrafo del Código Penal).

El Código Penal argentino atribuye a la “reincidencia” el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado. Ello se produce de tres formas: a) contemplándola expresamente como pauta para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y 41, C.P.); b) asignándole el poder de impedir la libertad condicional del condenado (art. 14, C.P.); y c) posibilitando la imposición de la llamada “reclusión por tiempo indeterminado”, como accesoria de la última condena (art. 52, C.P.).

En verdad, el único efecto que, constitucionalmente, podría producir la “reincidencia” es la de *atenuar* la pena por el último delito, pues normalmente es demostrativa de una mayor predisposición a delinquir y, con ello, de un *menor grado de reprochabilidad por el hecho*. En un derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho, la pena debe ser fijada de conformidad con los principios que la ley fundamental impone a los diferentes órganos estatales. Uno de esos principios es el de “culpabilidad por el hecho” (al que me refiero en el apartado V, 1), según el cual no hay pena legítima sin posibilidad del autor de contramotivarse en las normas penales, de lo que se deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de contramotivación posible del autor. De este modo, a *menor* posibilidad de contramotivación en la norma penal le corresponderá una *menor* reprochabilidad por el hecho cometido. Y precisamente, quien ha participado en la comisión de varios hechos delictivos habrá demostrado con ello, en general, un *mayor* condicionamiento de su conducta (lo que es

lo mismo a decir que ha tenido *menores* posibilidades de no delinquir), por lo cual es *menos* culpable en términos normativos.

Sin embargo, la ley penal argentina ha previsto la “reincidencia” como circunstancia *agravante* a considerar en la determinación de la pena en el caso concreto, pues ello se deriva de una interpretación intrasistemática, dada por el aumento del poder punitivo proyectado en los citados artículos 14 y 52. Por eso debemos sincerarnos en el sentido de saber si la declaración de reincidencia en realidad como reconocen algunos autores es un plus por el fracaso de la pena anterior. Si esto es así entonces estamos en el camino errado no sólo en política criminal sino también respecto del respeto de principios constitucionales; como el de culpabilidad, inocencia, persecución múltiple o *ne bis in idem*.

### **Algunas posiciones doctrinarias**

**nacionales;**

Independientemente que en el transcurso de este alegato volveremos sobre algunos autores, presentamos posiciones de destacados juristas que comparten nuestra posición como; *Eugenio Raúl Zaffaroni*, para quien "un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el 'ser' de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana" (*Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 73). A ello añade, junto con *Alejandro Alagia* y *Alejandro Slokar*, que “sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que ... conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es” (*Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, Parte General*, p. 1012). Asimismo, junto a *Benjamín Sal Llargués*, expresa que “desde los orígenes de las disposiciones relativas a la reincidencia, ésta resulta inexorablemente unida al concepto de

habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir ... Esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina, que (sobre la base dada por los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional) sienta toda su estructura en el derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor” (*Zaffaroni - Sal Llargués, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ps. 222/3).

Es también el caso de *Edgardo Alberto Donna*, quien afirma claramente que "todo el sistema de la reincidencia ... es inconstitucional por atentar contra el principio de culpabilidad ... " (*Reincidencia y Culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, p. 77).

Del mismo modo, puede citarse la calificada opinión de *Julio B. J. Maier*, para quien la reincidencia violenta el principio de culpabilidad por el hecho, creando delitos especiales impropios en los que la razón de la agravante de pena la constituye una característica del autor consistente en haber cometido delitos anteriormente (*Maier, Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Ne bis in idem*, ps. 454 y ss.).

Igualmente puede mencionarse la postura de *Miguel A. Arnedo*, quien sostiene que "aumentar la culpabilidad por la reincidencia, significa violar el principio de culpabilidad" (*La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, p. 929).

En idéntico sentido se pronunció *Carlos A. Elbert*, para quien “parece imposible demostrar que la agravación de la pena por reincidencia, no es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de una conducta concreta ... el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incurrible' ... la ley del rigor tras el

fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió ... se está atribuyendo ... una especie de enfermedad incurable al actor ... considerando al hombre como una naranja mecánica según la obra de Burgess ... *La reincidencia choca frontalmente con la psicología, con los principios de una política criminal racional, y especialmente con el principio de culpabilidad*. Estamos, en consecuencia, ante un caso concreto en el que se demuestra la colisión de reglas positivas de derecho penal con principios básicos de derecho penal, originados en la Ley Suprema. Tal conflicto no puede sino dirimirse en favor de la vigencia de esta última" (ver su voto en el fallo dictado en la *causa Varela, Luis R.*, resuelta por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI, del 27 de diciembre de 1985, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal -E.D., 118-147 o J.A., 1987, I, 194-).

En sentido concordante se expidió, recientemente, *Abel Fleming*, quien, por razones análogas a las aquí expuestas, sostuvo incluso que "corresponde tener por derogada la previsión del art. 52 del Código Penal, por sanción posterior de la reforma de la Constitución Nacional, al incorporar por el art. 75 inc. 22, con el rango allí indicado, la ... normativa de derecho internacional comprendida en la previsión constitucional" (conf. su voto en la causa *Bonilla, M. A.*, expte. 17422/03, resuelta el 10 de julio del 2003 por la Cámara Primera en lo Criminal de Salta).

*Esteban Righi y Alberto A. Fernández*

también cuestionan la constitucionalidad de la reincidencia como agravante de pena desde la óptica del principio de culpabilidad por el hecho, pues, para ellos, "el endurecimiento penal para reincidentes sólo es factible mediante construcciones propias de un sistema de culpabilidad por 'la conducción de la vida' o 'de carácter', incompatibles con la idea del

estado de derecho” [*Righi – Fernández, Derecho penal (La ley. El delito. El proceso y la pena)*, p. 507].

Para *Gonzalo D. Fernández*, en este caso autor uruguayo y actual Canciller, de modo semejante, la agravación de pena por reincidencia “supone una flagrante violación a los Derechos Humanos” y, en tal sentido, “es una vía de escape al derecho penal de autor, que relega a segundo plano la relación estricta con el reproche por el hecho cometido” (*Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 127).

También es éste el caso de *Martín Clemente* (*Invalidez constitucional de la reincidencia*. Una aproximación a la cuestión como consecuencia de los recientes fallos plenarios sobre la materia); de *Mario Magariños* (*Reincidencia y Constitución Nacional*); de *Francisco Castex* (*La reincidencia en casación*), de *Norberto R. Aued* y *Mario A. Juliano* (*La probation y otros institutos del derecho penal*, p. 115 y ss.). También se expide críticamente *Juan Manuel Sansone* (*La extremaunción de la reincidencia*). A ellos puede agregarse, entre otros, el viejo trabajo de *Roberto Bergalli*, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, en la que propone “la abolición lisa y llana de cualquier endurecimiento, prolongación o substitución de la consecuencia jurídica prevista sólo en forma retributiva para el autor reincidente” (p. 83). *Luis de la Barreda Solórzano* es, también, otro de los contundentes enemigos de la “reincidencia” (*Los jinetes de la peligrosidad*). Una vez establecido el concepto, su ubicación dentro del contexto del derecho constitucional y acompañado de las opiniones pre citadas, podemos sí entonces ahondar en nuestras razones de porqué solicitamos su declaración de inconstitucionalidad.

VII.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 14 DEL CODIGO PENAL<sup>5</sup>: Solicitamos a V.S. declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal conforme lo resuelto por la Excelentísima Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza en autos N° 990/J, caratulado “*GUZMAN JIMENEZ, LUIS ALBERTO P/EJECUCIÓN DE SENTENCIA*”, con fecha 12 de Abril de 2.007 y en los autos Nro.1380/C “*MOLINA JOSE ANIBAL P/EJECUCION DE SENTENCIA*” con voto en disidencia de Julio Carrizo, Diciembre de 2007.

En la primera sentencia mencionada, el tribunal expreso: “*la prescripción contenida en el artículo 14 del Código Penal en cuanto no permite la libertad condicional a los reincidentes viola la Constitución Nacional en su artículo 18, continente del principio de culpabilidad por el hecho; viola el principio de racionalidad republicana contenido en los artículos 1° y 28 de la Constitución Nacional; viola el principio “non bis in ídem” y una expresión de éste principio, la prohibición de doble desvaloración*”.

Desde el comienzo del cumplimiento de la ejecución de la pena, el condenado, al estarle privada su futura libertad condicional por reincidente, no se ve estimulado a un régimen progresivo de reinserción, lo que resulta contrario al régimen constitucional que nos rige. La inherente dignidad del ser humano, reconocida expresamente por los tratados mencionados y por otros, lleva aparejado necesariamente un trato respetuoso de tal dignidad, lo que implica la ilegalidad de que el encierro solamente pueda consistir en un castigo debido a la reincidencia. Ello aún cuando el encierro lleve consigo una pérdida de derechos para el condenado; solamente en ese sentido un “*castigo*” mas nunca podría validarse por sí mismo, sin el trato con objetivo resocializador al que está

obligado el país y lo requiere el fortalecimiento de su sistema constitucional democrático. Aras. 18, 19 CN. Art. 29.2 DUDH; art. 12.3 PIDCP.

Citando a JOSÉ I. CAFFERATA NORES, el tribunal dijo: “...*Toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal...*”. (Corte Internacional de Derechos Humanos. “Neira Alegría”, 19-1-95). Se trata de garantizar el derecho del penado de “... *recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad (art. XXV, DADDH), respetuoso de la dignidad inherente al ser humano*” (art. 10.1 PIDCP). Según la normativa supranacional, “...*la pena, o más bien su ejecución, tiene por fin esencial la reforma y la readaptación social del condenado*” (art. 5.6, CADH; art. 10.3 PIDCP)”. “...*La autoridad judicial no puede desentenderse del logro de uno de los objetivos declamados: procurar que el penado (por convencimiento y no por escarmiento) no cometa nuevos delitos...*”. (JOSÉ I. CAFFERATA NORES: “Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”. Buenos Aires. CELS. 2000. Pág. 199/202)

Asimismo, citando a Cesano, se expresó: “...es evidente, en tal sentido que vedarle al reincidente (con criterio absoluto), el acceso a la libertad condicional constituye un reconocimiento, a priori, de que la última pena impuesta, que se está ejecutando, no podrá cumplir con las finalidades que establece la ley fundamental; prognosis que, constitucionalmente, resulta inadmisibles”. Más adelante: “...los pactos internacionales constitucionalizados han fijado como objetivo de la ejecución penitenciaria, la readaptación social. Es evidente que no se garantiza aquella finalidad constitucional si la ejecución de la pena de encierro admite la posibilidad concreta de que sea a perpetuidad...”.

También resulta aplicable el siguiente razonamiento: “...*Tal contingencia importaría tanto como sostener una presunción, “iuris et de iure”, de ineficacia del tratamiento, posición que resulta incompatible con la tendencia resocializadora hacia la cual se orienta, en cumplimiento del programa constitucional, la ejecución penitenciaria.*” (G. ABOSO. M. ALVERO. G. AROCENA. J. CESANO y otros: “Reformas al Código Penal. Análisis doctrinarios y praxis judicial”. Montevideo – Buenos Aires. IB de F. 2005. p. 321 y ss.)

La prescripción del art. 14 se ha visto superada y descalificada, ahora con mayor contundencia, por normas constitucionales incorporadas con posterioridad a la vigencia de aquella. (Artículo 75 inciso 22 CN) Siendo oportuno destacar, que conceder el beneficio de las “salidas transitorias” no es suficiente. Que el interno pueda acceder a otra forma de libertad, menor en extensión que la libertad condicional, no satisface un derecho a la mayor libertad que podría lograr con su debido comportamiento. Resulta evidente que no es lo mismo obtener una libertad que otra, no es lo mismo estar diez o quince o un día más en la penitenciaría cuando se puede tener derecho a estar un día menos.

El principio de respeto a la dignidad inherente a la persona, reiteradamente destacado en forma explícita como fundamento del estado de Derecho por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, debe ser privilegiado y “*tomado en serio*” si queremos revertir para bien el estado actual de nuestra sociedad hacia una paz social. Y no es este un principio de política criminal indebidamente señalado por una sentencia judicial sino que es un objetivo de nuestro sistema constitucional democrático que debe servir de guía para la interpretación del derecho positivo

Conforme al Principio de reserva y garantía de autonomía moral de la persona, consagrado en el art. 19 Constitución Nacional, en ningún caso el fundamento de la pena será la personalidad sino la conducta llevada a cabo.

Según el análisis realizado por las Cámaras que han condenado, si nosotros hubiéramos sido condenados solamente por el delito que dio lugar a la segunda sentencia, tendríamos acceso a la libertad condicional. Pero como hemos cometido un delito con anterioridad, se nos niega la posibilidad de la libertad condicional, olvidando así que ya nos fue impuesta una condena por nuestro primer delito.

Aquí entra en juego el concepto y aplicación de la “*peligrosidad*” de la persona como fundamento único o parcial de la negación de libertad contenida en el artículo 14, sobre el cual pueden verse las manifestaciones contrarias a su aplicación que han efectuado los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la conocida Sentencia del caso “Gramajo”: “...*la peligrosidad, considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad por tiempo indeterminado* –en el caso se analiza el artículo 52 del CP-. *pero tampoco se trata de esa peligrosidad; la que menciona nuestro Derecho Penal carece de base científica, se trata de un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario...*”. (Parágrafo 22).

Agregó la CSJN citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante voto compartido: “...*La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas,*

*se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado”.* (CIDH, Serie C N° 1236 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). En consecuencia, *“no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona con independencia del nomen juris que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual.”* (Parágrafo 23, tercer párrafo).

Se produce a las claras una contradicción entre dos leyes, nuestro Código Penal, por un lado, y la ley 24.660 por el otro, y nuestra Jurisprudencia se ha expedido sobre el tema: *“El conflicto entre los artículos 1 y 12 de la Ley 2466, del régimen de progresividad, y el 14 del Código Penal, debe ser resuelto a favor de los primeros, atento al principio “pro homine” vinculado con el “pro libertatis”, que indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma.”* (Scorza Horacio Alberto s/ homicidio simple s/ casación, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 4/2/2004, MJJ7414).

Creemos que, sencillamente, el art. 14 del Código Penal ha sido derogado por la Ley 24.660, que consagra la progresividad de la pena para todos los delitos, por ser una norma posterior y complementaria del Código Penal, y por otro lado, dicho precepto es

inconstitucional por ser contrario a normas de jerarquía superior e igual a nuestra Constitución Nacional, como son los art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”* y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.”*

La CSJN, ha expresado: *“En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad”* (CSJN, caso “Gramajo, Marcelo E.”, Sentencia del 05 de Septiembre de 2006, párrafos 18/19)

Por lo tanto, tal distinción de tratamiento justificadas por el desprecio a la pena, deben ser consideradas contrarias no solo al art. 16 de la Constitución Nacional, sino también al art. 19 del mismo cuerpo.

Finalmente otro aspecto a tener en cuenta y en relación a lo que venimos sosteniendo es que nos encontramos con que la sentencia de Reincidencia y su consecuencia de prohibición de libertad condicional constituye una violación del principio de derecho penal conocido como *nem bis in idem* y que la sentencia de la 4º Cámara del Crimen lo menciona y es importante destacar ello pues estamos claramente dentro del derecho constitucional en ese aspecto. Si como decíamos

anteriormente, se tiene en cuenta el factor peligrosidad, la reincidencia es por tanto una **doble pena o una nueva pena sobre hechos ya juzgados**. Cada vez que se declara reincidente a una persona se toma en cuenta la pena anterior y por tanto hay una suma o escala nueva que lleva a vulnerar el principio penal que estamos ante una presencia de justicia de actos y no de personas, pues no podría valorarse conductas o penas anteriores para la nueva pena, porque precisamente de esa manera se viola el principio de una pena por delito y no de la multiplicidad de penas por un solo delito como acaece actualmente en nuestros tribunales.

Por ello hemos dicho que se violan al menos tres principios que tienen que ver con el derecho constitucional con la actual redacción e interpretación del art.14 del CPA; El autor Vitale nos dice que se viola el principio de culpabilidad de autor La regulación argentina del instituto de la “reincidencia” no toma como base (para agravar la pena) la culpabilidad del autor *por el hecho que se juzga*, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación a *otros* delitos distintos al juzgado. Por ello, *viola el principio de culpabilidad por el hecho*, según el cual *no hay pena sin que el autor de un hecho pueda haberse contramotivado en la ley penal para no cometerlo*. Tal principio es una consecuencia necesaria del *principio de legalidad penal*, que exige, como condición de legitimidad constitucional de la pena, la descripción del delito y de la pena efectuada en una *ley anterior* al hecho del proceso (art. 18, C.N.). Es una consecuencia lógica de este principio, porque la ley penal *anterior* se exige, precisamente, *para posibilitar su conocimiento y comprensión* y, por ello, *para acordar a las personas la posibilidad de contramotivación en ella* (que es lo que da contenido al principio de culpabilidad por el hecho).

La transgresión al *principio*

*constitucional de culpabilidad por el hecho* se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel) se fundamenta, realmente, en la “peligrosidad” que se dice “demostrada” y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de este modo).

Al fundarse la mayor severidad del trato legal *no en la conducta que es materia de juzgamiento*, sino en conductas *anteriores* de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de otra pena), *el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es* [o, más propiamente, lo que *fue*, pues se valora el delito anterior (o la pena que *antes* debió cumplir por ese delito) como un síntoma de peligrosidad]. De esta manera, se está instaurando una forma de “*derecho penal de autor*” (a través de la “*culpabilidad de autor*”), lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 de la C.N.) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un “derecho penal de acto” o “de acción” no sólo a nivel del juicio de *culpabilidad* (que es un juicio de reproche por el hecho juzgado), sino a su vez a nivel del juicio de *tipicidad* (por lo que el legislador debe prohibir sólo acciones). Precisamente son *esas* acciones prohibidas (y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior, ni tampoco lo que autor “evidencie” ser a través de ellas) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar.

En relación al principio de presunción de *inocencia*, por el cual el Estado debe probar los presupuestos de punibilidad y no el acusado su inocencia, resulta la Reincidencia una provocación al mismo. Ello se produce 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 probabilidad 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*", al que ya hemos hecho referencia, aunque no la tenga o demuestre no tenerla (?). Se produce con ello, en nuestro derecho penal, 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*. No obstante resultar ilegítimo cualquier intento de aumentar la pena por una mayor "peligrosidad" del autor, cabe señalar que la mera circunstancia de haber cumplido penas anteriores tampoco prueba necesariamente el mayor riesgo de volver a delinquir [el que, en todo caso, sólo podría deducirse como probable en virtud de los efectos nocivos que produce el cumplimiento efectivo de cualquier pena carcelaria (y no de una presumida "decisión delictiva" más firme del autor)]. En virtud de tan ilegítima presunción, un condenado a un año de prisión por haber cometido un hurto de un oveja (art. 163 inc. 1, C.P.) que, a su vez, tuviera una condena anterior por daño de un vidrio (art. 183, C.P.), no tendría la posibilidad de demostrar que es menos "peligroso" que un autor "primario" de tortura o de robo de un bebé. Para la ley penal argentina, el primero de estos casos daría lugar a la declaración de "reincidencia" y, por ello, su autor podría sufrir una pena mayor al mínimo legal y, además, ver impedida su libertad condicional una vez que cumpla la parte de la pena legalmente exigida para ello. Mientras tanto, el autor de los graves delitos del segundo caso brindado tendría todas las posibilidades de ser condenado al mínimo legal y, una vez cumplida parte de su pena, obtener la libertad condicional. Ella es una de las tantas consecuencias irrazonables del régimen legal argentino actual sobre el instituto de la "reincidencia".

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).

Finalmente queremos destacar qué sucede con el **principio *non bis in idem* al que brevemente hice referencia anteriormente.**

El principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un mismo hecho se ha reconocido sin dificultad alguna, primeramente como garantía no enumerada, pero que nace del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno (art. 33 C.N.) y luego como garantía expresamente consagrada, a partir de la jerarquización constitucional de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos (producida por el actual art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el aludido principio en sus dos componentes: nadie puede ser *juzgado* dos veces por un mismo hecho (aspecto procesal) y nadie puede ser *sancionado* dos veces por un mismo hecho (aspecto material). Su texto literal dice: "nadie podrá ser juzgado *ni sancionado* por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme ..." (art. 14, ap. 7).

Si hoy pudiera un condenado *ser tratado más severamente* al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior, pues otro entendimiento del principio restringiría su acepción sólo al aspecto procesal, con lo cual se desconocería su segundo componente, que prohíbe *sancionar* a la misma persona (en otro juicio) por un hecho anterior ya juzgado. Si "sancionado" quisiera decir lo mismo que

"juzgado", no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, por el cual nadie, por el mismo hecho, puede ser vuelto a juzgar y, además, como un aspecto diferente, nadie puede (en un nuevo juicio por un hecho distinto) ser *sancionado más severamente* por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de nuevo juzgamiento.

Si al sujeto que se declara

"reincidente" se le impone una pena *mayor* a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido [o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito (por ejemplo impidiéndosele el ejercicio del derecho a la libertad condicional)], considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos *antes* de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior. Se está volviendo a "sancionar" al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay una *múltiple valoración* de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado.

Si se advierte que en Argentina la situación punitiva se agrava

por reincidencia de tres modos distintos (como se trató en el apartado II), la consideración como agravante dentro de la escala penal (art. 41, C.P.) sería una *segunda valoración* de los delitos antes juzgados (pues la primera se llevó a cabo al momento de haber sido condenado por ellos), mientras la prohibición de la libertad condicional (art. 14, C.P.) sería una *tercera valoración*, constituyendo, por último, la posibilidad de aplicar la monstruosa pena accesoria por tiempo indeterminado (art. 52, C.P.) una manera de valorar por *cuarta vez* la misma circunstancia. Las consecuencias de un delito ya juzgado no pueden resucitar en la vida de una persona, pues ello constituiría un impedimento para el logro del fin de

“reintegración social” de la respuesta punitiva, significando un modo de hacer presente el estigma de la condena anterior, configurativo de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas (arts. 1, 18 y 75 inc. 22, C.N.).

Este principio "prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio" (*Edgardo Alberto Donna*, Reincidencia y culpabilidad, cit., p. 31). Para Donna, entonces, la reincidencia "es inconstitucional ... por atacar el principio de non bis in idem" (*Donna*, cit., ps. 77 y 32).

La violación al referido principio, que entendemos irrefutable, ha hecho reflexionar sobre el tema y cambiar de opinión a penalistas de reconocido prestigio internacional, como es el caso de *Eugenio Raúl Zaffaroni*, quien manifiesta que "toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)" (*Zaffaroni*, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 718). Para este autor también, entonces, "la agravación por reincidencia es inconstitucional, porque hasta este momento no hay teoría capaz de fundarla en forma convincente sin afectar la intangibilidad de la cosa juzgada. En consecuencia ... toda agravación de pena en razón de la misma prevista en la ley positiva es contraria a la C.N." (*Zaffaroni*, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 723). Ello lo reafirma, en su obra conjunta con *Alejandro Alagia* y *Alejandro Slokar*, al sostener que, de las explicaciones que se ha ensayado para legitimar la agravación punitiva por reincidencia, “ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble

punición. Luego, la idea tradicional de la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional” (*Derecho Penal, Parte General*, p. 1009).

También se suma a esta objeción constitucional a la reincidencia *Miguel A. Arnedo*, quien no presta su adhesión al mantenimiento de la reincidencia en el Código Penal, por entender "que básicamente se viola con ello el principio non bis in idem ..." (La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia, p. 929).

En conclusión, solicitamos se declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal, por ser incompatible con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, al violar el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el derecho penal de acto, el principio que prohíbe la persecución penal múltiple y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

**PENA O TRATO INHUMANO.** Como colofón no podemos dejar de pasar por alto las reales condiciones de detención en los que se ha cumplido nuestra condena. El lugar donde se nos ha depositado es inmundo, frío en invierno, extremadamente caluroso en verano, con pésima calidad de comida, encierros prolongados, requisas que destruyen todo lo que tocan, con riesgo cierto de contagio de enfermedades, con inexistente atención médica adecuada, sin acceso a sanitarios en las noches, defecando años en bolsas y orinando en botellas plásticas, con muy poco acceso a talleres y educación, qué tipo de pena es la que nos han establecido entonces?. Si esto no creen que es un castigo menos es resocialización. Para que tengan Uds una idea no existe a la fecha un Reglamento del Interno, donde se establezcan rutinas, derechos y obligaciones. Ello sin contar los vejámenes a las visitas como la violencia carcelaria de la que venimos saliendo y sobreviviendo. En definitiva qué

ser humano devuelve el Estado a la sociedad en su paso por la Cárcel de Mendoza?. Para el caso que sobrevivamos a todos los riesgos y obstáculos mencionados salimos en la miseria, sin oportunidades laborales, generalmente con familias divididas y estigmatizados. Esa es nuestra realidad que se agrava aún más con la afectación de reincidentes sin acceso a la libertad condicional. Por eso en voz alta preguntamos; ¿qué tipo de pena tenemos?. Cuántas condenas debemos cumplir entonces además de la que se establece en cada caso por cada Tribunal?.- ¿Quién puede rehabilitarse entre el estiércol y la chuza? Sin libros ni herramientas, ni con tratamientos psicológicos adecuados o con acceso libre a los cultos religiosos.

En síntesis Ustedes pueden incidir y decidir sobre cómo puede cumplirse una condena y también en las condiciones en que debe hacerse, y deben tener en cuenta, más allá de todas las opiniones favorables y desfavorables a esta solicitud, que cientos de personas convivimos aquí con las mismas necesidades y sueños que el resto de la sociedad. Pero no por condenados podemos ser objetos de mayores discriminaciones o desafectados de derechos, pues precisamente una sociedad democrática se mide por la calidad de justicia que brinda.

IX.-PRO BONO. Las acciones legales intentadas están dentro del marco profesional Pro Bono por tanto ningún letrado actuante percibirá ni reclamará costas u honorarios de las partes intervinientes.

X. CASO FEDERAL. Para el evento que nuestros reclamos no sean aceptados dejamos expresa reserva de Caso Federal de conformidad con los arts. 14 y 15 de la ley 48.

PETICIÓN: Por los argumentos antes expuestos a V.S. solicitamos:

1.- Hacer lugar a la acción declarativa y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal en cuanto impide conceder la libertad condicional a los reincidentes.

Proveer de Conformidad.

ES JUSTICIA.-