

"BENITEZ AGUSTIN O.R. -HOMICIDIO SIMPLE- S/ EJECUCION DE PENA"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,
Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra el fallo Casatorio, (fs. 1387/1404), confirmatorio del de fs. 1369/1374 del Magistrado de Ejecución Dr. Rossi, deduce Impugnación Extraordinaria la defensa del penado Benítez, (confr. fs. 1408/1419vta.; mejora de fs. 1432/1440 vta.).-

Insiste la Defensa en su argumentación de que la restricción del art. 14 CP a la libertad condicional es inconstitucional al quebrantar Derechos Fundamentales, -ne bis in idem y culpabilidad-, con cita de fallos que así lo han resuelto y no obstante los precedentes de la CSJN, -en especial "Arevalo", del 27/5/2014).-

II.- La situación *sub examine* es susceptible de tratamiento de V.E. en el marco del art. 521 y sig. CPP, toda vez que atañe a la compatibilidad del art.14CP con los Derechos Fundamentales, tema sobre el que V.E. tiene nomofilaquia vertida, (confr. in re "FALCONI, Carlos Roberto -Legajo de Ejecución de Penas- S/ APELACION", del 24/11/2011), la que se ha puesto en entredicho, mas allá de lo resuelto ulteriormente por la CSJN o en la evolución del legislador, sobre todo en la ley de

Ejecución penal, (Ley 27.357).-

Y si bien hemos de propiciar la confirmación del resolutivo en crisis, ello no obedece a que no sigamos considerando contrario al orden Constitucional vigente al art. 14 CP, sino a que la situación del penado Benítez es un caso de persistente empeño por no alcanzar los requisitos normativos de admisión de las alternativas parciales al encierro o específicamente los del art. 13 del CP.-

III.- Benítez fue condenado por la Cámara del Crimen de Concordia, (confr. testimonio de fs. 1/11), a la pena de Quince años de prisión y accesorias legales, por el delito de Homicidio, arts. 79, 45 y 12 CP, la que según el cómputo de fs. 12, se agotaba el 28/1/2021, fallo confirmado por V.E. en Casación, (confr. in re "*BENÍTEZ, Agustín O. R. - Homicidio simple - REC. DE CASACIÓN*", del 23/3/2007).-

Ahora bien, como luce en los autos de Ejecución, se fugó del establecimiento carcelario, en fecha 13/5/2008, siendo recapturado el 10/6/2010, por lo que se le realizó un nuevo cómputo descontando los días en que permaneció en tal condición, (confr. fs. 153/54), por lo que en virtud del nuevo cómputo cumple su pena en 23/2/2023,(confr. cómputo de fs. 175).-

También consta que al momento de ser detenido, el nombrado Benítez realizó otros ilícitos penales, razón por la cual fue nuevamente condenado, ahora en Juicio Abreviado,

ante el Tribunal unipersonal de Concordia, por los delitos de Tenencia Ilegítima de Arma de Guerra y de Uso Civil en concurso real, a la pena Unica de Quince años de prisión y accesorias legales, comprensiva de aquella que se hallaba cumpliendo, declarándose su reincidencia, (confr. testimonio de fs. 1347/1353).-

Y pese a que la Magistrada sentenciante argumenta bien que se trata de una Unificación de Penas, previsto en la segunda parte del art. 58 CP, es decir de quien comete otro delito después de haber sido condenado, -mientras cumple dicha pena-, le aplica el acuerdo de partes que mantiene la pena dictada en la condena anterior.-

Es decir resuelve como si se hubiese tratado de unificación de condena, -concurso real-, en el sentido de que se condena a una persona que cumple pena, pero por un injusto anterior a dicho pronunciamiento, (primera parte del art. 58 CP).-

Como hemos dicho desde hace muchos años, en coincidencia con V.E., y en criterio seguido por la actual Cámara de Casación Penal, en la unificación de penas contemplado en la segunda parte del art. 58 C.P., la pena total debe integrarse a partir de un mínimo consistente en el mínimo de la escala penal del delito que corresponde juzgar, o en la parte de la pena que aún le resta cumplir al condenado, según sea mayor, y un máximo, -aspersión-, formado por la acumulación de lo que le resta cumplir mas el máximo de la escala prevista para el segundo delito, siempre con el límite del art. 55

C.P.-

El Tribunal que unifica, si bien no puede hacer desaparecer la condenación, puede modificar la determinación punitiva sin estar obligado a la suma o mera acumulación, sino al sistema de la aspersion (confr. por todos Zaffaroni, P. General, V, 415 y sig.; idem en DP, año 1978, edpalma, pag. 512 y sig.; idem en su voto en el plenario "*Hidalgo*" de la entonces CCryCC; idem V.E. in re "*FLORES, HUGO RICARDO M. - ROBO CALIF. POR USO DE ARMA DE FUEGO - RECURSO DE CASACION*", del 9/7/08; "*BERON DANIEL C. – BERON RAMÓN E. s/HOMICIDIO – RECURSO DE CASACIÓN*", del 1/8/12; idem "*CAPANDEGUY, Cristian A. s/Unificación de penas s/RECURSO DE CASACIÓN*", del 30/12/2013, que sigue la doctrina desde "*Lago*", y con la particularidad de que en el primero de ellos el planteo llegó en Queja a la CSJN que lo rechazó).-

Con claridad lo expresó Zaffaroni al analizar los problemas dogmáticos que acarreó la hipersimplificación de nuestro legislador originario sobre la fórmula de Zanardelli, en la distinción de la unificación de condenas (1er. párr. del art. 58 CP, donde cede la cosa juzgada porque el delito se cometió antes: concurso real); y el 2do párrafo donde se trata de juzgar a alguien que cumple pena por un delito cometido *a posteriori* de la primera. -

En este segundo supuesto no hay razón alguna para que caiga la cosa juzgada, "...porque ello implicaría beneficiar al que comete un hecho después de una condena, lo que,

según todo el sistema del código (especialmente los arts. 41 y 51 -de ese entonces- nunca puede ser motivo para un beneficio..." (ob. cit. pag. 417).-

Ambas iniquidades pretenden evitarse: la de una absurda acumulación matemática -la pena anterior y la nueva-, y la segunda igualmente absurda, de que, vgr. quien comete un homicidio a pocos días de cumplir la pena por otra muerte dolosa anterior, reciba la misma pena. Ello ocurrió en el conocido caso Lago, en la que éste cometió un segundo homicidio en ocasión de robo, en una salida transitoria otorgada por este entendimiento del "*cómputo originario*", y a los pocos días de la condena se hallaba nuevamente gozando de salidas, (confr. ig. ob.cit. pag.415).-

De aquí el claro yerro del segundo fallo en el *sub examine*, -no importa si inducido por el acuerdo de partes, pues los límites normativos no se hallan disponibles para las partes-, en el sentido que el marco penal para la nueva penalidad era el tiempo que le quedaba por cumplir a Benítez, -8 años, 4 meses y 27 días-, obviamente mayor que el mínimo de los delitos endilgados y su máximo la asperjación en la suma de aquel y el tope legal de los delitos contra la Seguridad común o Pública atribuidos.-

Aunque se hubiese optado por el mínimo, -lo que le restaba cumplir-, el régimen progresivo de la pena para Benítez comenzaba nuevamente porque se trata de una nueva penalidad y no simplemente un suceso "de cómputo", como

expresamente V.E. resolvió en el citado "*Capandeguy*".-

Por supuesto que el fallo aludido, -de 2013-, se halla firme y con autoridad de cosa juzgada desde entonces, pero igualmente cabía dejar a salvo que era competencia del penado comenzar nuevamente su régimen, con todos los deberes de sujeción a su cargo para alcanzar los beneficios de salidas transitorias o, como ahora de libertad condicional.-

IV.- Pues bien, pese a esta situación, como dijimos, durante todos estos años de prisonización Benítez ha mantenido una constante inobservancia a los reglamentos intramuros, con innumerable cantidad de sanciones por reyertas o posesión de objetos punzantes, que ha determinado además traslados a distintas unidades penitenciarias de la provincia, como asimismo a la vecina provincia de Santa Fe, por esa imposibilidad de convivencia sin disturbios, (confr. nuestro dictamen y V.E. en el rechazo a la oposición a un traslado, que lucen a fs. 783/786).-

Esta persistente contrariedad al deber de sujeción se patentiza en las denegatorias reiteradas a distintos beneficios, sea en su calificación conductual o en salidas transitorias, pese a la esforzada tarea del defensor oficial Dr. Ledesma, (confr. fs. 906/908vta.; 952/954; 1089; 1125/1133; 1193/1197 denegatoria esta confirmada por la Cámara de Casación, fs. 1239/1240).-

La conclusión negativa de los informes criminológicos y del equipo técnico judicial se han reiterado en el

tiempo dando motivo, -junto a las sanciones disciplinarias-, a las denegatorias aludidas y a los sucesivos traslados, incluso en el último ante la petición de libertad condicional, (confr. fs. 1339/1344).-

Pese a este continuo incumplimiento de las Normas del sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, que han obstado a todo beneficio, tanto el Fiscal Coordinador como el Magistrado, (fs. 1364; 1369/1374) fundan la denegatoria en su calidad de reincidente y lo dispuesto por el art. 14 CP, según la doctrina de la CSJN en el referido fallo "Arevalo", y en "Cabail Abad" posteriores al de V.E. como dijimos *supra*.-

La Casacion, al confirmar el fallo, invoca el consabido carácter de máximo intérprete de la Constitución Nacional que contiene un deber de adecuar las resoluciones a sus fallos cuando no surjan elementos que justifiquen el apartamiento, además de coincidir en la tesis del "desprecio por la advertencia", -seguida por el máximo Tribunal-para negar afectación a los principios de legalidad y culpabilidad.-

Igualmente hacen hincapié en que aún dentro de los fundamentos del precedente de V.E. -"Falconi"-, en absoluto podrían darse los requisitos para la libertad condicional por los quebrantos continuos al régimen penitenciario.-

En suma, con independencia del tema de la compatibilidad o no del art. 14 CP con los Derechos Fundamentales, sobre lo que hemos de argumentar *infra*, el penado ha incumplido

reiteradamente los reglamentos elementales del régimen progresivo de la pena, que están dentro de su competencia para acceder a un paulatino retorno a la vida libre, por lo que no corresponde hacer lugar a su petición, sin perjuicio de que pueda eventualmente comenzar con las alternativas de salidas transitorias, en caso de merecerlas.-

V.- No obstante nuestro parecer contrario a la concesión del beneficio del art. 13 CP a Benítez, no podemos obviar tratar la cuestión sobre lo que entendemos, -desde antaño-, incompatibilidad del art. 14 CP en su restricción objetiva a la libertad condicional a los reincidentes, con el principio de culpabilidad y del "*ne bis in idem*" (confr. con cierto detenimiento los comentarios "*La multirreincidencia calificada del art. 52 CP a la luz de la Ley 23057*"; idem. "*La libertad Condicional y la Reincidencia*", en JER, nº 6 y 8; idem. en JA, 1984 III y IV; reiterando la evolución de su pensamiento, el erudito voto en disidencia de Zaffaroni en CSJN "*Álvarez Ordoñez, Rafael Luis*", del 5/2/13, -la mayoría aplicó *certiorary*; idem en Der. Penal, pag. 1008 y sig. ed. ediar; antes, en DP, T.V, 356 y sig.: idem Ziffer, P. en CDJP ed.ad hoc, año III, Nº 7, pag. 105 y sig.; idem.Magariños, M. en el mismo tomo, pag. 87 y sig.).-

En términos simples, un derecho penal de acto y culpabilidad como el nuestro, genera dificultades argumentales insalvables para justificar consecuencias agravantes fijas para una segunda punición provenientes de una condena

anterior ya sufrida, -aunque sea parcialmente-, sobre todo cuando dicha agravación fija significa restringir de modo automático el derecho a cumplir la última parte de la segunda pena en libertad -con los demás requisitos y restricciones del art. 13 CP-.-

Es que el llamado régimen progresivo de la pena y las alternativas al encierro, son aspectos que derivan del fin Convencional de readaptación, -prevención especial positiva o no desocialización-, que suponen un deber estatal y un derecho del penado en tanto cumpla con los esfuerzos, -competencia- para alcanzar los requisitos conductuales.-

Un obstáculo objetivo, -aunque se trate de la reincidencia real, genérica y prescriptible como la del art. 50 CP-, que rige aún cuando existiese un óptimo cumplimiento del esfuerzo preventivo especial por el condenado, va de contramano con las comprobaciones científicas unánimes de la sociología criminal sobre los efectos deletéreos del encierro.-

Mas que una cuestión normativa con basamento constitucional, confundiría el instituto con la "gracia" que preveía el Código de Baviera elaborado por Feuerbach y que Tejedor tomara como modelo.-

El mismo Kant morigeraba el rigor draconiano de su pena talional, como "fin en sí" por el quebranto del imperativo categórico, con la "gracia" del soberano. Obvio es señalar que estas posturas ya no son compatibles con el objetivo constitucional de readaptación social de la ejecución de la pena

privativa de libertad y la libertad condicional como parte de dicho mandato (confr. por todos, Zaffaroni, reiterando su postura del T. V del Tratado, en Der.Penal, pag. 915; sobre la "gracia" en Kant, su "Metafísica de las Costumbres", trad. de A.Cortina Orts, ed. tecnos).-

Como hemos dicho en varias ocasiones, la noción de "culpabilidad material" da fundamento a la legitimidad Normativa. Dicha legitimidad, es siempre provisional y por ende *derrotable*, -no solo su legalidad-, y se funda en la justificación republicana de la autoridad del Derecho, es decir que quien es hecho responsable puede ser imaginado en el doble rol de persona como *status* de ciudadano y persona en derecho.-

Esto, que Günther siguiendo a Habermas denomina "*personalidad deliberativa*", entrelaza la posibilidad de participación en los discursos públicos y en el espacio reglado. Como ciudadano él puede controvertir y perseguir la modificación o derogación de la norma, pero no puede invocar ese derecho para eximirse de seguirla. Y esto solo es posible si esta Norma puede ser tomada como propia, es decir hablada como su propio lenguaje.-

Este "ser responsable" por el quebrantamiento de deber no requiere que el ciudadano se "motive" en las razones morales de la Norma ni que coincida con ellas, -principio de neutralidad-. Pero tampoco puede abrigar algún derecho a no soportar las consecuencias legítimas de dicho quebrantamiento, lo que Günther denomina "*atribución derrotable*

de normalidad personal" (confr. por todos, "Schuld und kommunikative freiheit", -klosterman-Frankfurt, 2005).-

En virtud de este principio de autonomía y neutralidad moral, es que no es legítima una norma que rezara: *"Debes llevar una vida sin delitos"*, de allí que el intento de Armin Kaufmann de que detrás de la reincidencia del entonces vigente paragr. 48,-y del 20 aStrGB-, se hallaba una norma que obligaba a no *"...dejar arraigar en ti la tendencia a cometer delitos"* no era plausible, (confr. su *"Legendiges und Totes in Bindings Normentheorie"*, trad. de Bacigalupo y Garzón Valdés, depalma, 1977, pag. 283 y sig.).-

Pues bien, no caben dudas que la reforma del reinicio de la vida democrática de la Ley 23.057, dió racionalidad al régimen antiguo de la reincidencia, -y multirreincidencia-, en sus arts. 50 y 52 CP. El anterior, al establecerla en una modalidad ficta y genérica, en un burdo peligrosismo y defensismo social propio del siglo XIX, generaba situaciones de enorme iniquidad en presos "de por vida", por recidiva en delitos de menor cuantía, amén del art. 80 CP, que remedaba aquella "inocuidación" del programa de Marburgo de Von Liszt.-

Tal como quedó redactado el art. 50 CP en su interpretación solo supone una opción legislativa por una reincidencia real, genérica y prescriptible, sin que importe un mandato de agravamiento de la pena.-

Ahora bien, si como dice la CSJN en antiguos

precedentes, -"Gómez Dávalos" y "L Eveque" a los que se remite en "Arévalo", -al igual que el dictamen del Procurador-, el agravamiento de la pena al reincidente se funda en el "*mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio por la pena...*" pese a haberla sufrido; una "*...insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal ...*", esta afirmación que remeda al derogado parágrafo 48 del StrGB, lejos está de tener el respaldo argumental que aparenta, sobre todo si como vimos no existe tal manda de agravación en el art. 50 CP, -a diferencia del derogado texto alemán, (confr. sobre el mismo, aún vigente, la 3ª .ed. del Tratado de Jeschek, y las notas de los traductores , Muñoz Conde y Mir Puig, T.II, pag 1221 y sig., ed. Bosch, 1978; ídem luego, Jakobs, G. "Derecho Penal, I, pag. 587 y sig.; ídem. Maurach, Gössel, Zipf, Derecho Penal, T.II, pag. 783 y sig., ed.astrea, 7a. ed., 1995, por todos).-

En efecto, como toda cuestión de culpabilidad por el injusto, que es graduable, su cuantificación, -al igual que el ilícito que le da sustento-, pertenece a la teoría de la determinación de la pena, y como tal en orden a los arts. 40 y 41 CP deben debatirse en juicio, dentro del ámbito de la "unificación de penas" o "determinación de la pena total", tal como hemos arguido supra, -sistema de asperjación-.-

Es que aquí se ve clara la relación "secante" que tienen entre si la "reiteración" y la "reincidencia", si se las incluye dentro de la pluralidad delictiva, en tanto ésta última

supone una condenación efectiva anterior, en tanto la primera es un concurso real, -art.55CP.-

La eventual mayor reprochabilidad por hacer caso omiso al mensaje condenatorio anterior necesariamente debe meritarse en la nueva pena total, -sea que falte cumplir parte de la anterior o aún cuando ella se hubiere extinguido-, pues ella es la que corresponde a la segunda o ulterior infracción de la Norma de conducta penalmente relevante.-

Esto no cambia si se entiende a la reincidencia como agravante del injusto por mayor afectación expresiva o simbólica al orden jurídico, al modo de Pawlik, (confr."L Libertad Institucionalizada", pag. 105 y sig., 105 y sig., 2010) .-

Obvio que esta disputa deberá efectuarse dentro del "*due process*", con toda la garantía de la Defensa para refutarlo. Para dar ejemplos de su diversidad posible según los casos, difícilmente alguien que haya sufrido una pena efectiva en virtud del art. 84 bis CP y luego afronta un delito formal Tributario, tenga igual grado de reproche que quien reincide en un Robo violento con armas, o en delitos de abuso sexual, magüer la "recidiva" en todos ellos.-

Lo que queremos enfatizar es que todo el reproche por el Injusto de la segunda condena, -aún incrementada en orden al art. 50 CP-, se agota allí, si se quiere dentro del límite del marco de la "*spielraumtheorie*". Todo lo que acaece con el penado luego de la firmeza de esta condena, es

régimen progresivo de la pena, que por definición es *ex post* a la declaración de culpabilidad.-

La restricción del art. 14 CP que imposibilita una de las mas importantes y antiguas herramientas de prevención especial positiva, -reasimilación a la vida libre-, sin importar el grado de acatamiento al sistema de reglas que posibiliten su goce pleno de la calidad de persona, no puede por definición pretender fundarse de nuevo en una "gravedad de la culpabilidad" que ya se definió en el fallo condenatorio, como si se tratase de una "sui generis" prohibición flagrante de doble valoración ultraactiva, (confr. por todos, Ziffer, P., "Lineamientos de la Determinación de la pena", pag. 156 y sig, ed ad-hoc ; idem en opinión análoga a la nuestra, Omar Palermo en la colectánea "Reincidencia y Concurso de delitos ", ed. BdF, 2016, pags. 146 y sig.).-

En realidad estamos convencidos que bajo el eufemismo del "mayor reproche", a la reincidencia, -aún que se la postulase como específica y para delitos dolosos graves-, se oculta una visión de sociología de la vida cotidiana que supone que aquel que es sancionado y luego vuelve a quebrantar cualquier regla, -sea jurídica o moral vgr. en el ámbito educativo-, merece una reprimenda incrementada.-

Y mas allá de la discusión propia de la sociología sobre estos tópicos, -vgr. la comprobación científica de lo deletéreo para la psicología de la niñez del castigo corporal

"educativo"-, lo cierto es que cuando esta visión se ha trasladado a lo Penal, que por esencia se reserva para los hechos mas graves e intolerables contra la coexistencia, estas tesis de la "vida cotidiana", si no se criban con los datos Normativos y científicos pertinentes, se traducen en una simplificación notoria de la complejidad de la cuestión.-

A falta de profundizar en los datos culturales que se hallan imbricados, -o mientras ello se produce-, se insiste en la respuesta incrementada desde la penalidad, y se reaviva la discusión sobre el empleo de las "medidas de seguridad post delictivas", a modo de las reglas de eliminación americanas, conocidas por su nombre vulgar proveniente del beisbol, -"*three strikes your out*"; o las "*selective incapacitationn*" frente a los "high risk offenders" de Gran Bretaña, o la "custodia de seguridad" (Sicherungsverwahrung), del art. 66 del StrGB, que se puede imponer aún luego de agotada la pena, (confr. nuestro trabajo "*Límites Temporales al poder penal del Estado?*", en el X Encuentro de la AAPDP, ed.infojus, 2013, pag.301 y sig. y sus referencias; idem "*El anteproyecto de Ley de Reforma , Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) y la Determinación Judicial de la Pena*" , en EIDial,21/10/14).-

Por eso la cita de viejísimos precedentes de la CSJ de los EEUU, que el dictamen del Procurador en "Arévalo" trae de "L Eveque", nada aportan pues el ámbito anglosajón nunca distinguió entre penas y medidas, desde su práctica del "*sentencing*"

indeterminado, o la idea de "*strict Liability*".-

Esta tendencia global se puede ver en las recientes reformas a la ley penal y a la ley de Ejecución penal, -ley 25892 y 27.375- que intensifica los recaudos o elimina prácticamente las alternativas al encierro en el ámbito de la progresividad para delitos graves, por lo cual no es aventurado imaginar la sanción de regímenes de doble vía, es decir penas más medidas de seguridad para el aseguramiento cognitivo de delincuentes peligrosos.-

Estas reflexiones no obedecen solo a necesidad u obstinación en modos de pensar o posturas fruto de reflexiones añejas, ya que creemos con Taruffo en que "*solo los estúpidos no cambian nunca de opinión*" (confr. el "Epílogo" de la traducción de "La Prueba de los Hechos", trota, 2002, pag.530), sino reconocer que los cuestionamientos constitucionales a la agravante fija del art. 14 CP, no han sido refutados con mejores razones, y que el fallo "*Falconi*" de V.E. goza de lozanía argumental.-

Ahora bien, no quedan dudas tampoco que la CSJN es, en nuestro ordenamiento jurídico, el organismo Institucional que decide en última instancia la interpretación Constitucional, y que, como vimos, ha decidido mantener la doctrina antigua de constitucionalidad del art. 14 CP, de modo que es razonable que el Tribunal de Casación haya seguido esta tesis, -aunque más no sea por economía procesal-.

Y si bien por una cuestión de cautela institucional respetamos las decisiones del máximo Tribunal, seguimos instruyendo al MPF a que priorice en los dictámenes sobre peticiones del art. 13 CP en los requisitos conductuales y de acatamiento a reglas.-

VI.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que V.E. debe rechazar el recurso extraordinario por los argumentos vertidos en el punto III).- y IV).-, sin perjuicio de nuestro parecer desarrollado en el punto V).-.-

PROCURACION GENERAL, 30 de abril de 2020.-