

Tres cuestiones sobre la individualización de la pena.

1.- La decisión en Garrone.

El 6 de marzo de 2007, en el fallo Garrone, la mayoría de la Corte formada por los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni adhirió al dictamen del Procurador que postulaba hacer lugar a un recurso extraordinario en el que se habían cuestionado las circunstancias agravantes tenidas en cuenta para condenar a Ángel Bernardo Garrone por la comisión de dos hechos de robo en poblado y en banda reiterado, uno de ellos en concurso ideal con lesiones leves, ocurridos el 25 de octubre de 1990.

En el dictamen se había sostenido que, si bien conforme la doctrina del tribunal, las cuestiones de individualización de la pena no están incluidas dentro de las previsiones del art. 14 de la ley 48, en este caso, con base en la doctrina de la arbitrariedad se había violado la garantía de defensa en juicio y del debido proceso.

Con ese fundamento cuestionó la individualización de la pena realizada por el Tribunal de juicio en cuanto a la peligrosidad del autor, la valoración de otras condenas dictadas a su respecto, la falta de conocimiento de visu del acusado y la forma en que se valoraron ciertas características del hecho que servirían para agravar la pena.

En relación con la peligrosidad, dijo el Procurador acudiendo a la cita textual de Maldonado, "que aún cuando se admitiera por hipótesis dentro de nuestro sistema constitucional, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico." Sostuvo, además que los informes personales utilizados para elevar la pena de Garrone eran insuficientes, habida cuenta del largo período de tiempo transcurrido pues habían pasado 15 años de cometido el hecho y 12 de la condena que revisó la Cámara. También cuestionó "la supuesta "peligrosidad" extraída solamente de la modalidad del hecho". Dijo que carecía de fundamento subjetivo pues aún registrando una nueva condena en ese ínterin, debía tenerse en cuenta la "cambiante evolución del ser humano".

Con respecto a lo segundo, la mayoría de la Corte, a través de las palabras del Procurador, señaló que nunca puede tomarse como antecedente penal en perjuicio del imputado a una condena por otro hecho cometido luego de aquél que se juzga en la causa. De lo contrario, una segunda condena serviría para elevar la pena de la primera no firme, lo que fue calificado en el fallo de "irracional", pues no sería un antecedente, "sino un delito futuro con efectos retroactivos gravosos, más allá de lo que permite la ley penal (v.gr. artículos 58 o 50 del C. Penal)".

Respecto de la entrevista personal en Cámara, la Corte volvió al criterio sentado en Maldonado en cuanto a "la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena", según lo establece el artículo 41, inciso 2, *in fine*, del Código Penal". Se trata de una regla destinada a garantizar el derecho a ser oído antes de la condena y asegurar que "una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación." Con cita de Maldonado se afirma que "desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada".

En cuanto a las circunstancias del hecho, el Tribunal entiende que no debe tenerse en cuenta para agravar la pena, aquellas que no forman parte de la descripción de la materialidad. En el caso se mencionaba que los autores habían arrojado a un hombre del tren a toda marcha, mientras lo golpeaban salvajemente, "cuando dichos términos no surgen de la descripción realizada en la sentencia." Según el dictamen del Procurador al que remite la mayoría, para apartarse de la descripción en perjuicio del acusado, la Alzada debió consignar "los fundamentos adecuados".

En el presente comentario analizaré solamente las tres primeras cuestiones luego de un breve comentario a la dogmática de la individualización de la pena. Realizaré una sintética reseña de otros antecedentes de la Corte fallados en los últimos años en los que analizó cuestiones atinentes a los estándares previstos en los arts. 40 y 41 del C.P. y a otros que inciden también en la individualización de la pena.

Luego de referirme al valor de las decisiones del más alto tribunal del país para generar un criterio uniforme en los demás órganos judiciales, focalizaré mi atención en el concepto de peligrosidad, efectuaré una breve reseña de los antecedentes legales y de la jurisprudencia tradicional del Tribunal con un breve comentario a una posible lectura alternativa del instituto. Me referiré también a la crítica realizada con relación a los "antecedentes" que por ser posteriores al hecho no son tales.

Luego extenderé mi análisis a ciertas cuestiones relacionadas con las condiciones personales del condenado que prevé el art. 41 del C.P., especialmente en lo que respecta a la conducta posterior al hecho y continuaré con el análisis de la entrevista personal exigida por el código. Después, antes de las conclusiones, me detendré en una variante no tratada en este caso, pero relacionada a las circunstancias posteriores al hecho que inciden en la persona del autor: el valor que pueda adjudicarse a las condiciones de detención en la individualización de la pena.

2.- Algunas cuestiones relativas a la individualización de la pena.

Señalaba Maier en el prólogo a un libro sobre determinación de la pena fechado en mayo de 1993, la casi inexistencia de esfuerzos analíticos para racionalizar la medida de la reacción estatal contra el delito¹. Bellagio, Castro y Garibaldi, fueron quizás quienes llegaron más lejos en la propuesta de un método uniforme para explorar lo relativo al punto de ingreso en la escala penal², el valor de los agravantes o los atenuantes, la necesidad de que en el marco de un procedimiento acusatorio unas y otras deban ser debatidas por las partes y fundadas sus razones para que el Tribunal

¹ Del prólogo del libro "Determinación judicial de la pena,". AAVV, Julio Maier, . Compilador, Editores del Puerto, Bs. As. 1993. pag. 12.

Reflexiones similares con relación a la escasa profundización de lo atinente a la individualización de la pena puede verse en Magariños. Mario "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en DP, año 15, 1992-B, Ed. Depalma, Bs As, pag. 325/6; en Zysman B. de Quirós, Diego, en "Determinación judicial de la pena y recurso de Casación" NDP 1997/A, Ed. Del Puerto, Bs. As., pag. 335; o Bellagio, Castro y Garibaldi en "El Juicio Criminal y la determinación de la pena bajo el presupesto del acusatorio", Ed Ad Hoc, Bs As, 2004, pag. 71.,

² A pesar de la falta de un criterio uniforme resulta interesante que el proyecto de código de 1891 estableciera expresamente que debía ingresarse por el punto medio de la escala. Zaffaroni Arnedo, pag. 544, tomo 2.

esté habilitado a recurrir a ellas. Como señalan los autores mencionados pareciera que luego de un debate en el que acusadores y defensas se han concentrado en debatir materialidad, calificación o autoría, en el momento de cuantificar la pena, la discusión se desvanece para dar paso a un terreno amplísimo en el cual los jueces llevan adelante un proceso inexplicable a partir del cual cuantifican la más grave afectación que el estado de derecho inflige a una persona.³

El reciente interés por la discusión de las cuestiones relativas a la individualización de la pena se vincula, según señala Diego Zysman Quiros, con la problemática anglosajona de un modelo de *sentencing* basado en la resocialización y las penas individualizadas⁴. Para el autor citado, los problemas y debates actuales de mayor relevancia en la materia son: la discrecionalidad y arbitrariedad en la imposición del castigo (de manera que “más de un siglo de debates sobre la teoría del delito no han sido acompañados por definiciones que permitan obtener una determinación de la pena racional; es decir, previsible, coherente y fundada”), el cuestionamiento a los mínimos legales, la necesidad de fundamentar y controlar la pena impuesta, la cesura del juicio, la prueba de atenuantes y agravantes. Y la disparidad de penas y su discriminación.

Si bien la Corte ha sostenido de manera más o menos constante el criterio de que las cuestiones relativas a la individualización de la pena son resorte exclusivo de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, es posible rastrear algunos antecedentes de los últimos años en los que efectivamente ingresó, basada en la doctrina de la arbitrariedad. En ese marco es que resulta auspicioso que en los fallos que se mencionan, el máximo Tribunal del país haya señalado algunos parámetros que permiten sentar líneas interpretativas aplicables a la fijación del tiempo que una persona deba estar en prisión por haber sido condenada a raíz de la comisión de un delito.

3.- Antecedentes cercanos de la Corte para la individualización de la pena⁵.

En **Viñas**, del 13 de agosto de 1992 (fallos 315:1658), al tribunal le tocó decidir una causa en la que, entre otras cosas, se cuestionaba el aumento de una pena de tres años en suspenso a tres años y seis meses de prisión, realizado por la Cámara. En la primera instancia se había tenido en cuenta a favor de Viñas la naturaleza y modalidad de los hechos, la personalidad de la acusada (su juventud, la integración al núcleo familiar, sus deseos de estudiar, su inserción social y la buena impresión causada), además de la colaboración prestada durante el proceso. La Cámara se había limitado luego a considerar el injusto de las conductas y el daño patrimonial causado. La Corte consideró insoslayable tener en cuenta también las pautas subjetivas y señaló que en este caso la mujer había estado encarcelada preventivamente seis meses y luego había sido excarcelada en base a que, en caso de condena, era posible la aplicación de una

³ ob. cit. Pag. 72.

⁴ “Algunas reflexiones sobre el *sentencing* y sus problemas actuales” de Diego Zysman Quiros, *Pena y Estado*, año 6, nro. 6, ediciones del instituto, Inecip, Bs. As., 2005, pag.142 y 156 a 165.

⁵ Dejo fuera de este comentario la cuestión relativa a la revisabilidad en casación de la individualización de la pena, que es materia de comentario en este mismo número, con relación al fallo Reinoso.

pena en suspenso; que a la fecha del fallo final el proceso había durado seis años en los que, además la imputada había visto limitada su libertad por las reglas impuestas en la excarcelación; que en todo ese tiempo no había cometido delitos y se había sometido a la jurisdicción; que del informe socioambiental surgía que se trataba de una mujer joven e inexperta, que había delinquido ocasionalmente y que era “plenamente recuperable”. Sostuvo la Corte que la Cámara debió evaluar aquellos elementos subjetivos favorables que el juez de la instancia había tenido en cuenta⁶.

En **Miara**, del 15 de julio de 1997 (320:1463), la mayoría entendió equivocado que la segunda instancia agravara la pena impuesta “sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento en lo que refiere a la individualización de la pena (Fallos 315-1658); y que fue posible merced a una consideración fragmentaria y aislada de las pautas a valorar”. Refirió la mayoría que la individualización de la pena no es un mero cálculo matemático o una estimación dogmática y que deben apreciarse los aspectos objetivos del hecho y las calidades del autor, lo que “permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal”. En su ratificación de lo actuado en la primera instancia la Corte señaló que el Juez debe tener en cuenta pautas ordenadoras para aplicar penas, afirmó el valor de la entrevista personal, la falta de antecedentes condenatorios del acusado e, incluso, la ausencia de procesos en trámite. También reafirmó el valor atenuante de la pérdida de un hijo meses antes del hecho y el encierro efectivo que constituyó una agravante innecesaria, teniendo en cuenta que desde 1989 el proceso se había desarrollado en libertad para una procesada, mientras que el otro condenado había sufrido seis años y dos meses de prisión preventiva. Agregó con cita del Juez de primera instancia que “la finalidad de la pena, debe atender al bienestar y resocialización del reo, razón por la cual, el encierro de los nombrados *en nada apuntalaría dichos conceptos*”. Reafirmó también en dicho fallo, entre todas las pautas del art. 41 la importancia de las condiciones personales que “demuestran la mayor o menor peligrosidad y que en definitiva se traducen -en el caso- en la determinación de no someterlo a un régimen de penado, para el futuro”⁷.

El 7 de diciembre de 2001, en **San Martín** (fallos 324:4170), la mayoría de la Corte adhirió al dictamen del Procurador en una causa en la que el Fiscal se quejaba de la escasa pena impuesta a dos autores de un secuestro extorsivo. Se reclamaba que el órgano judicial no había dado respuesta a los reclamos de la acusación en cuanto a: la minoría de edad de la víctima, los posibles daños psicológicos que le podría producir el

⁶ El Procurador había sido más preciso en cuanto a señalar que luego de exacerada la imputada había constituido pareja estable con la que había tenido dos hijas, además de la que ya tenía y que la decisión de la cámara la obligaba a la volver a la cárcel después de haber reencauzado su vida social y familiar.

⁷ La mayoría sostuvo también que “el desmesurado aumento de la pena a los procesados Castillo y Miara, a más de haber sido producto de una deficiente valoración de los elementos a tener en cuenta, que permitió de esa forma arribar a un resultado arbitrario -conforme lo ya señalado- aparece como un caso de significativa gravedad, en tanto importa disponer el encierro de los enjuiciados; aspecto este de suma relevancia, teniendo en cuenta la falta de fundamentación de tan gravosa medida, que excede el marco propio de la finalidad perseguida en la condena”.

hecho y el trato seviciante sufrido durante el cautiverio por producir un sufrimiento que excedía la mera producción del hecho.⁸

En **Maldonado** (citado dos veces en Garrone) del 7 de diciembre de 2005 (fallos 328:4343), la Corte sostuvo que la medida de la pena no puede exceder la del reproche por haber escogido el ilícito cuando el autor tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma. La pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, la cual “se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia.”

Consideró que por mandato constitucional, toda pena privativa de la libertad está dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario debe orientarse a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP). Ello “exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”, lo que en el caso de menores debe ser juzgado con mayor cuidado por lo cual, debe fundamentarse la necesidad de la privación de libertad en miras a la posible resocialización, ponderando los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

Según la Corte, la idea de peligrosidad en la fijación de penas es de cuño positivista, tiene su raíz en las peores teorías racistas del siglo XIX, preparó el camino al genocidio en el siglo XX y es contraria a la concepción del ser humano de la Constitución. Citó a la Corte IDH para la cual la peligrosidad funda la pena en características personales del agente y no en el hecho cometido. Señala el tribunal internacional que “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” sancionando al sujeto por lo que es y no por lo que ha hecho (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95).”

Afirmó la Corte Federal en Maldonado que aún admitiendo hipotéticamente a la peligrosidad dentro de nuestro sistema, “el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico.” Igualmente en ese caso, es una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que nada puede decir de manera fehaciente con relación al sujeto pues tratándose de porcentajes, nunca sabemos en cuál de las alternativas debe ser ubicado el caso particular. Según la Corte, “aumentar la pena por la peligrosidad siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, y que nadie puede saber con certeza si lo pensará y ejecutará alguna vez en su vida.”

⁸ Si bien Petracchi rechazó en minoría el recurso, entendió en un obiter relevante a los efectos de este comentario que se trataba de un hecho sumamente grave en el que se había privado de la libertad a un adolescente de 14 años cuando iba al colegio bajo el pretexto de “un procedimiento antidrogas”, y se prolongó por aproximadamente veinte días con la exigencia de mucho dinero como rescate. También señaló -a pesar de rechazar el recurso- que era relevante a su criterio las particulares características de los autores -uno de ellos era abogado- y la ausencia de necesidad económica”.

Dijeron los jueces de la CSJN en el fallo que aún cuando no compete a la Corte definir la “peligrosidad” del art. 41 del C.P., dicha expresión no debe habilitar valoraciones contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*.⁹

En cuanto a la valoración del año de tratamiento de un menor de edad previsto por el art. 4to de la ley 22.278, sostuvo el tribunal que en los intentos de reintegración de un menor procesado a su medio social se encuentra ínsito el peligro de que cometa delitos y en esos casos, “tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida”. El Juez debe valorar las concretas condiciones de contención social en que se llevaba adelante el tratamiento.

Según la Corte, la inmadurez emocional del niño impone que el reproche penal de culpabilidad no sea el mismo que el del adulto. Sostuvo que es obligatorio, por la previsión misma del art. 41 del C.P. y en el caso de niños y adolescentes por el art. 40 inc. 1 de la Convención de los derechos del Niño, la atenuación de la pena en base a la minoría de edad. Las especiales circunstancias que puedan incidir en la culpabilidad de un menor de edad¹⁰ deben ser examinadas indefectiblemente.

En Maldonado se resolvió que es inválido considerar como agravante aquello que ya está inscripto en la formulación del tipo y que la valoración de un proceso en trámite viola el principio de inocencia. Incluso si hubiera condena en hecho posterior corresponde aplicar el art. 58 del C.P. pero no agravar doblemente.

En la valoración del hecho no deben agregarse circunstancias para agravar que “en modo alguno se desprenden de la descripción fáctica realizada por la sentencia”.

La audiencia de visu es una regla impuesta a los jueces “claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación.” Si no se escucha lo que el condenado tiene para decir, la condena no puede tenerse por bien determinada.

Las penas absolutas, que no requieren de valoración en cuanto atenuantes o agravantes, son en principio admisibles.

En **Silva**, del 1ro de abril de 2008, la mayoría adhirió al dictamen del procurador que atacaba la utilización de ciertos agravantes por el tribunal de juicio. Entendió que debía ser renovada una sentencia de segunda instancia que no había respondido a los cuestionamientos de la Defensa en cuanto a la justificación de que la nocturnidad, los motivos que pudieron llevar al autor a delinquir, los antecedentes penales o la condición de reincidente debían ser tomados en contra del condenado. La Casación se había limitado a señalar nuevamente las circunstancias mencionadas por el tribunal oral, sin examinar los planteamientos de la parte. Para la Corte, “la mera repetición de

⁹ En **Gramajo**, comentado en el tomo II de esta colección, se declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado a reincidentes, se afirma que la peligrosidad utilizada con fines penales carece de base científica, pues es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario. La calificación de peligrosidad a una persona en el contexto de los arts. 52 y 53 del C.P. es una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes y que no es más que un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de la persona. Señalaba que la peligrosidad es en derecho penal un concepto vacío de contenido verificable, carente de seriedad científica.

¹⁰ Sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado por impulso o a instancias de sus compañeros.

los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión de la pena, pero no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio". La materia del fallo es de índole procesal, pues la Corte no afirma su coincidencia con el criterio de fondo de la Defensa, sino que revoca una decisión en la que no se respondió a las razones defensistas. Lo que tal vez pueda extraerse implícitamente es que una misma circunstancia, la nocturnidad, por ejemplo, puede ser tenida como agravante o atenuante de acuerdo al caso. Si ello no fuera así parece difícil entender por qué el máximo Tribunal abrió el recurso y se expidió en una causa en la que se cuestionaban estándares de agravación que no podían ser entendidos de modo diferente a como lo había hecho el *a quo*.

4.- Otras cuestiones relacionadas con la individualización de la pena en la sentencia.

La Corte ha ingresado en cuestiones que si bien no tienen directamente que ver con los arts. 40 y 41 importan una demarcación de las facultades de los jueces en el momento de decidir una pena en la sentencia.

En **Verbitsky** del 3 de mayo del 2005 (fallos 328:1146) sostuvo la tesis del marco mínimo. Conforme el criterio sentado por todos los jueces del tribunal, las provincias se encuentran habilitadas a mejorar la legislación penitenciaria con relación a la Nación aunque no pueden empeorarla con relación al condenado.

En **Squilaro**, del 8 de agosto de 2006 (fallos 329:3006) sostuvo que el Tribunal debe fundar los motivos por los cuales no aplica una pena de ejecución condicional cuando ello es formalmente admisible por el quantum de prisión fijado en una primera condena.

En **Gramajo**, del 5 de septiembre de 2006, (fallos 329:3680) dijo que es inconstitucional la reclusión por tiempo indeterminado con relación a multirreincidentes.

En **Gorosito Ibáñez** del 11 de septiembre de 2007 y **Esquivel Barrionuevo** del 17 de octubre de 2007 (fallos 330:4465), sostuvo que la reclusión se encuentra derogada; al menos a los efectos de su cómputo.

En **Mannini** del 17 de octubre de 2007 (fallos 330:4476) fijó la interpretación de la reincidencia conforme la cual el tiempo de prisión preventiva computado para el cumplimiento de la pena no puede ser computado como condena a los efectos del art. 50

En **Gago**, del 6 de mayo del 2008, la mayoría de la Corte hace suyos los planteos del procurador al sostener la validez de la suma aritmética para la unificación de penas.

También en **Gago**, el Procurador había reafirmado la jurisprudencia de del tribunal con relación a al reincidencia en cuanto "el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos: 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor

culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos: 311:1451)."¹¹

5.- El valor de los antecedentes de la Corte en este tema.

Como puede apreciarse de la reseña realizada precedentemente, la Corte ha marcado una serie de criterios con relación a la individualización de la pena que, salvo en la validación de la reincidencia y la aceptación de la suma aritmética para la unificación de penas, son restrictivos en cuanto al ejercicio del poder penal.

Como es sabido, las sentencias de la Corte tienen un valor político en cuanto marcan, o deberían hacerlo, una matriz interpretativa que deben seguir los demás jueces del país. Sabido es que conforme su propia jurisprudencia, los fallos del Tribunal son obligatorios para los jueces inferiores cuando se trate de cuestiones constitucionales.¹²

En el caso de la individualización de la pena, cada vez que la Corte ha ingresado a discutir criterios relacionados con los arts. 40 y 41 del C.P. ha dejado en claro la regla conforme la cual "el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley 48". Como excepción a ello ha recurrido a la garantía de defensa en juicio y debido proceso y a la doctrina de la arbitrariedad. De las decisiones hasta aquí reseñadas se observa que la descalificación del concepto de peligrosidad o el peso que pueda tener la conducta posterior de la persona condenada, importa una directa interpretación de la norma de derecho de fondo. O, dicho de otra manera, pareciera que un concepto tan

¹¹ La mayoría de la Corte parece haberse definido por la validez de la reincidencia como agravante. Si bien en Gramajo el desarrollo de los argumentos de la mayoría que cuestionaban la reclusión por tiempo indeterminado se proyectaban con facilidad sobre la reincidencia (ver comentario al fallo aparecido en el vol. 2 de esta colección) lo cierto es que la definición del procurador es precisa y su adhesión por parte de los jueces de la Corte no parece dejar margen de error.

¹² El punto está desarrollado, sobre todo en lo relativo al cambio de jurisprudencia, en mi comentario al fallo Gramajo, vol. 2 de esta colección. Muchas de las cortes provinciales se han apropiado de dicha doctrina y es así que, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, ha resuelto que "el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema -en ausencia de argumentos novedosos que conduzcan a una resolución diversa- debe seguirse por los demás tribunales como forma de evitar un dispendio que conspira contra el buen servicio de justicia" (S.C.B.A, Ac. L. 97.091, 08/08/2007, "Da Rosa Pacheco, Angela Rosa contra Rioship S.A. y Provincia A.R.T. S.A. Cobro indemnización Ley 24.557"). En Córdoba, el Superior Tribunal resolvió con relación a los criterios de la CSJN que corresponde necesariamente aplicar dicha jurisprudencia, por una razón de economía procesal y por un criterio de justicia material" (Sala penal, Verón H.D. y otro, fallo 142 del 2 de noviembre de 2006). En Corrientes el máximo Tribunal sostuvo que "deben aportarse nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Máximo Tribunal del país, en su carácter de Intérprete Supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia" (N° ED1-21014309/6, Moreira, H. C. c/Empresa Silva del 17 de marzo de 2008).

laxo como el de arbitrariedad siempre permite ingresar de alguna forma en el análisis de aquellas cuestiones que no suscitan, en principio, la competencia del Tribunal.

El hecho de que la Corte indique que la regla general es que no se trate de cuestiones federales para inmediatamente después ingresar al análisis del agravio bajo el paraguas de la arbitrariedad, conlleva el peligro de que en el futuro se abstenga de decidir aquellas cuestiones que ya han sido tratadas en causas anteriores con la fácil alternativa de sostener que se trata de casos que ingresan en la regla general. La escasa claridad con que una norma de derecho de fondo salta a convertirse en un problema de arbitrariedad o, por el contrario, sigue siendo no analizable en la instancia extraordinaria termina operando como debilitante de la propia jurisprudencia del tribunal. Difícilmente pueda sostenerse la obligación de los jueces inferiores de adecuarse a los estándares que la misma Corte luego descalifica afirmando que no son de su competencia y que por ende no están sometidos a su control. Cuando ello ocurre, los demás jueces se ven desincentivados de seguir sus decisiones pues saben que aún resolviendo en contra de ello, la Corte se abstendrá de inmiscuirse en sentencia porque no es cuestión federal.

Como ejemplo de ello, señala Alejandro Carrió la dificultad en ciertos períodos para fijar la regla en materia de allanamientos debido a la oscilación entre considerarlos una cuestión procesal insusceptible de ser revisada por recurso extraordinario e ingresar por encontrarse comprometida la garantía de inviolabilidad del domicilio.¹³

Cuando ello ocurre, la Corte va mellando la estabilidad de sus propios fallos e incluso provoca que los tribunales inferiores ignoren y contradigan su doctrina. Lo mismo sucede con el cambio de jurisprudencia sin que exista circunstancia alguna que permita entender el motivo de la modificación; la aplicación no selectiva del art. 280 del C.P.P.N.; la escasa claridad en la definición de un criterio que sienta las bases de una interpretación constitucional o la negativa a resolver una cuestión en la que sí había entrado en oportunidades anteriores.¹⁴

Circunscriptos a las cuestiones relativas a la individualización de la pena, hasta ahora y de lo que puede leerse de los fallos citados, las cuestiones tratadas en Garrone suscitan cuestión federal suficiente. De hecho Garrone ratifica, con cita textual, mucho de lo desarrollado en Maldonado. Lo relativo a entrevista personal, peligrosidad y evaluación de la conducta posterior del imputado había sido tratado antes, además, en Viñas, Miara y Gramajo.

De seguirse este camino, el control de la Corte sobre los puntos que aquí se tratan y el mantenimiento de su jurisprudencia, fortalecen la regla y facilitan la adecuación de la jurisprudencia de los demás tribunales del país.

6.- La peligrosidad

¹³ Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 5ta edición actualizada y ampliada, Bs As, 2006, pag. 354 y sigs.

¹⁴ Un profundo análisis de la forma en que la corte norteamericana provoca la aparición de sentencias de tribunales estatales que contradicen la propia doctrina de la corte federal, en Frederic M. Bloom, *STATE COURTS UNBOUND*, Cornell Law Review March, 2008, pag. 501

6.a.- Historia

Una lectura de las leyes y proyectos de ley de código penal en la Argentina ponen en evidencia que la peligrosidad es uno de los clásicos que no ha cesado de repetirse casi sin pausa a lo largo de las décadas.

El Código penal de la provincia de Buenos Aires, de 1884¹⁵ preveía en la condena por tiempo indeterminado que el reo tuviera la “esperanza de merecer su libertad” si daba pruebas de reforma positiva y mencionaba, entre otras cosas, que no incurriera en castigo por actos de maldad o desobediencia. El art. 187 preveía en sus incisos 4 y 5 la agravación cuando el culpable fuera más desmoralizado y empeñado en la carrera de los crímenes por la práctica constante de malas acciones, por hábito o desarreglo de costumbres, u otros motivos semejantes y cuando los deseos y pasiones que lo hicieron obrar son más perversos y peligrosos. A su vez el art. 188 inc. 6to. preveía la disminución de la criminalidad “cuando resulta de los antecedentes o de su conducta durante o después del hecho, que su perversidad y desmoralización son todavía poco avanzadas.”

El proyecto de Villegas, Ugarriza, García incluía las causas de agravación en su art. 97, pero todas ellas se referían al hecho, no a la condición del autor¹⁶. Lo mismo el Código Penal de 1886.¹⁷

En la exposición de motivos del proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo se señalaba la necesidad de tener en cuenta, entre otras cosas, las cualidades, aptitudes y peculiaridades susceptibles de revelar la mayor o menor perversidad del delincuente. Se aconsejaba una correcta interpretación de la perversidad mayor o menor del condenado, “el peligro que ofrece y las medidas represivas que convendrá adoptar a su respecto”. Los hábitos y costumbres, incluidos como elemento a valorar por la ley, podrían dar cuenta de que “su inmoralidad no es grande”. El art. 61 mencionaba los “antecedentes y condiciones personales del procesado que demuestren su mayor o menor peligrosidad”.¹⁸

El Proyecto de Segovia de 1895 no incluía a la peligrosidad para graduar la pena¹⁹. El proyecto de 1906 reiteraba la fórmula de los antecedentes y condiciones personales que demuestren la mayor o menor perversidad²⁰ que también se mencionaba en la exposición de motivos del proyecto de 1917²¹. El informe de la comisión de Senadores del CP de 1921 señalaba que “la pena para ser eficaz, no debe ser adecuada al delito, sino a la índole del delincuente que ha de sufrirla”. El C.P. fijó fórmula de la ley actual²²

Los autores del Proyecto Coll Gomez de 1937 adherían expresamente a la teoría de la peligrosidad, se declaraban afiliados a la escuela positiva y postulaban que la reforma se basaba en el principio de peligrosidad que para los autores “continúa la tradición científica argentina en materia penal”. Decían no haber realizado una enumeración taxativa de atenuantes y agravantes por la imposibilidad de rever la

¹⁵ Digesto de Codificación Penal Argentina, Zaffaroni - Arnedo, tomo 1, Ed. AZ, Bs. As., 1996, pag. 229, 305 y 308

¹⁶ ob. cit. tomo II pag. 75 y 77

¹⁷ ob. cit. pag. 199/202

¹⁸ ob. cit. pag. 342, 344 y 349

¹⁹ ob. cit. tomo 3 pag. 16 a 20

²⁰ ob. cit. pag. 326

²¹ ob. cit. tomo 4 Pag. 137

²² ob. cit. pag. 328

multitud de circunstancias “que pueden concurrir en un sujeto para hacerlo socialmente peligroso”²³ El proyecto preveía que el tribunal requiriera todos los informes y antecedentes para el completo conocimiento del sujeto a quien se le imponía la sanción.²⁴

En la exposición de motivos del proyecto de Peco (1941) el autor decía que la teoría de la peligrosidad tenía un “hondo arraigo en la doctrina penal argentina” y afirmaba que todas las instituciones del código penal se asientan en un cálculo de probabilidades. La individualización de la pena se basaba, en el binomio peligrosidad-defensa social pues la pena se debe imponer en el caso concreto “en la forma y en la medida adecuada a la defensa social, sin más cartabón que el de la peligrosidad del autor”.²⁵ En el Capítulo IV del título II se denominaba “la peligrosidad” y en el art. 34 se enumeraban las “circunstancias de mayor o menor peligrosidad” del autor entre las que incluía la conducta del autor antes, durante y después del delito.²⁶

En el mensaje del proyecto de 1951 del ejecutivo al Congreso se mencionaba que la peligrosidad del autor era uno de los ejes en la fijación de la pena²⁷. El cap. III del título III del libro I se denominaba “de la peligrosidad”, tenía en cuenta entre otras cosas, la conducta anterior y posterior al hecho y la llevada adelante durante el proceso (art. 53 inc. 3ro) y “la personalidad bio-psíquica del imputado al dictarse la sentencia”, lo que debía indagarse mediante peritaciones y examen, lo que debían realizar tanto los funcionarios del Ministerio Público como los magistrados (53 inc. 4to). La vida anterior disoluta, deshonesto o parasitaria pesaba, entre otros puntos, como “índice de mayor peligrosidad” (art. 54 inc. 1), mientras que haber vivido de forma correcta lo era de menos peligrosidad (art. 55 inc. 1ro). El art. 56 permitía valorar otros índices de mayor o menor peligrosidad no previstos expresamente.²⁸

El proyecto de 1953 de Levene, Maldonado y Laplaza volvía a tener en cuenta la peligrosidad del agente en su art. 64. Era obligatorio el examen del imputado para formar concepto sobre su personalidad por los jueces de todas las instancias.²⁹

El proyecto del 60 incluía en la graduación de la pena la evaluación de la perversidad y la peligrosidad del autor y, entre los índices que permitían valorarla estaba la conducta anterior y posterior al hecho (art. 73)³⁰. El tribunal debía conocer al imputado.

El proyecto de 1973 no incluía la palabra peligrosidad en los artículos destinados a la individualización de la pena (75 y sigs.), pero imponía tener en cuenta la personalidad del autor, sus costumbres, su educación, su medio social, su conducta anterior (para atenuar se mencionaba un comportamiento particularmente meritorio) y posterior al hecho.³¹

²³ ob. cit. pag. 580 y 591. A pesar de definirse como peligrorsistas, señalaban que la reincidencia no tiene que pensarse siempre como mayor peligrosidad, por eso los tribunales deben establecer en cada caso si esa reincidencia da cuenta o no de un sujeto peligroso (pag. 593)

²⁴ ob. cit. Pag. 663 del T. 4.

²⁵ ob. cit.t. 5 pags. 98, 99, 133 y 140.

²⁶ ob. cit.pag. 520

²⁷ ob. cit.vol. 6, pag. 11

²⁸ ob. cit.pag. 46 y sigs.

²⁹ ob. cit.T. 6 pag. 254

³⁰ ob. cit.pag. 422

³¹ ob. cit.tomo 7, pag. 123 y 124. En la regulación de la libertad condicional (art. 56, pag. 117/8 de la cita) se menciona como uno de

El proyecto de parte general del código de 1974 imponía la idea de resocialización en materia de sanciones. El art. 36 comenzaba diciendo “las penas se fijarán atendiendo a la peligrosidad del condenado” y luego preveía pautas objetivas y subjetivas, obligando a la entrevista personal. Preveía el perdón judicial en casos en los cuales, entre otras cosas, un pronóstico favorable de conducta.³² El proyecto de 1975 volvía a incluir la peligrosidad como pauta para individualizar la pena³³. El proyecto de 1979 fue, en lo que aquí se menciona, similar al de 1973 (arts.39 y sigs.).³⁴

El proyecto de 2006 no incluía pautas ajenas al hecho en la individualización de la pena (art. 8)³⁵

Históricamente, la CSJ ha adoptado a la peligrosidad como patrón válido para la imposición de una pena, al fundar la reclusión por tiempo indeterminado, al señalar que la personalidad del autor determina la severidad de la pena, al habilitar el ingreso en la escala penal por el término medio si no se mencionaban “circunstancias atenuantes o que revelen menor peligrosidad del reo”, al graduar la pena “con arreglo a todas las circunstancias que revelan la mayor peligrosidad del sujeto”, al imponer al condenado el máximo de pena cuando “concurren circunstancias agravantes que ponen de manifiesto su grave peligrosidad”, al no imponer menos pena a una persona cuando “no existen circunstancias demostrativas de una menor peligrosidad”, cuando revocó la condena por hechos prescriptos pero mantuvo la misma pena inicial con los remanentes pues “así lo requiere su peligrosidad”, cuando confirmó la reclusión accesoria porque podía “persistir aún el estado de peligrosidad posdelictual del condenado, atento sus antecedentes y deficiente personalidad psíquica”, cuando impuso la pena máxima de acuerdo al grado de peligrosidad del proceso, al hacer depender la no imposición de pena en un delito imposible de “la mayor o menor peligrosidad de los agentes”; al hacer depender la pena de un menor de edad, entre otras cosas, de su mayor o menor peligrosidad, cuando redujo la sanción por la menor peligrosidad demostrada, al atenuar la pena en casos de la ínfima peligrosidad del homicida, al graduar la pena por la peligrosidad demostrada en la comisión del hecho, cuando fijó una condena con accesoria del 53 atento por la “evidente peligrosidad” del autor, al prescindir de la atenuante de la juventud debido a la “manifiesta y repetida peligrosidad” del autor, cuando no suspendió una medida de reclusión accesoria por la mayor peligrosidad del recurrente, al aumentar la pena en el marco de los arts. 40 y 41 del C.P. habida cuenta de la peligrosidad revelada en los hechos y al tener en cuenta las “posibilidades de resocialización normal” que confluye a revelar un supuesto de menor peligrosidad.³⁶

los requisitos a la razonable inducción de que el liberado se comportará correctamente en libertad.

³² Se ve en la exposición de motivos y en los arts. 19, 36 y 37 (ob. cit.tomo 7, pags.146 y sigs.)

³³ ob. cit.tomo 7, pag. 206

³⁴ ob. cit.tomo 7, pag. 292/3.

³⁵ Resolución MJ y DDHH nro. 303 del 14 /12/2004, mod., Res. 136 del 4/10/2005, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=43,289,0,0,1,0>

³⁶ fallos 211:1702, 186:43, 194:90, 196:625, 196:625, 201:63, 202:168, 208:562, 207:219, 209:312, 209:112, 210:969, 211:1610, 211:1473, 211:1702, 212:162, 212: 579, 214:481, 220:1189, 219:70, 229:758.

6.b.- El concepto de peligrosidad. Garrone y sus antecedentes inmediatos.

En Garrone la Corte ha seguido el rumbo fijado en Gramajo³⁷ y Maldonado en cuanto al rechazo a la idea de que la peligrosidad pueda fundar un agravamiento de la pena pues, aún cuando el único parámetro científico fuera el que resultare de un estudio psicológico y psiquiátrico, sus guarismos serían inhábiles para agravar la situación del condenado. Se trataría de la previsión de riesgos en orden a conjuntos de individuos y no con relación a una persona.

Antes de desarrollar su tesis, la Corte señala que no es su función definir a la peligrosidad. Sin embargo, niega después que ese concepto pueda ser admitido en la individualización de la pena. De esta manera desdice la primera proposición al definir por la negativa: no hay concepto de peligrosidad compatible con un derecho penal de acto.

En los dos antecedentes mencionados el tribunal había emprendido un ataque con munición gruesa contra el concepto de peligrosidad al afirmar, entre otras cosas, que su valoración en la sentencia importaba derecho penal de autor, incompatible con la idea de persona de la Constitución e incluso llegó a vincularla con los genocidios del siglo XX. Citó, además, en abono de su tesis, el fallo Fermín Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸.

³⁷ Comenté Gramajo en el vol. 2 de esta colección. En dicha oportunidad no se analizaba la peligrosidad como componente del art. 41 sino como fundamento para la reclusión por tiempo indeterminado.

³⁸ Serie C N° 126, del 20 de junio de 2005. En comentario al fallo Gramajo aparecido en el vol. 2 de esta colección referí que en dicho caso la norma guatemalteca cuestionada refería la peligrosidad a una medición que partía exclusivamente del hecho. Se citó allí también a Ana Aliverti en, "Marchas y contramarchas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de garantías procesales y sustantivas. La sentencia en el caso Fermín Ramírez v. Guatemala, publicada en Revista Cejil, Año I, Nro. 2, septiembre de 2006, pag. 85 y sigs., donde señalaba que para fijar la agravante, la norma guatemalteca no recurre a estudios diagnósticos o pronósticos de daño a terceros ni a generalizaciones indemostrables, sino que toma en cuenta circunstancias propias del acto imputado que darían lugar a una mayor reprochabilidad por lo cual, en este sentido, no habría violación al principio de legalidad. Es por ello que, de seguirse el criterio sentado por el Tribunal interamericano que se cita en el fallo, aún cuando se intente limitar el concepto de peligrosidad a circunstancias propias del acto imputado, ello importa "agrega(r) a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán", de manera que "se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es.". En otras palabras, aún en estos casos la peligrosidad sería una condición inadmisibles.

Es posible que la terminante decisión del Tribunal Interamericano se haya contaminado de la consecuencia que el código guatemalteco atribuye a la agravante, que es la de aplicar la pena de muerte al autor del asesinato. La reacción del Tribunal ante la respuesta punitiva se proyectó sobre un concepto de peligrosidad que en la norma cuestionada se apoya efectiva y exclusivamente en el hecho imputado y no en lo que el autor es.

Se ha sostenido la posibilidad de que la única forma de saltar el modelo positivista es entender a la peligrosidad exclusivamente en base al hecho y no a un pronóstico sobre la persona del autor.³⁹

Ziffer refiere que si bien se trataría de una alternativa más respetuosa del principio de culpabilidad, choca con el contenido corriente del concepto de peligrosidad como juicio sobre el futuro. Tampoco es concordante con su ubicación en la norma (junto a “reincidencias” y “antecedentes y condiciones personales”). Es razonable pensar que el código se refiere a las características del autor.⁴⁰

Dos problemas adicionales hacen imposible toda noción de peligrosidad según parece surgir de Garrone y de los fallos que le han servido de precedente. En primer lugar, según el tribunal, no es factible afirmar que una persona cometerá delitos en el futuro, ya sea porque ello es derecho penal de autor o porque, aún cuando responda a estudios psicológicos o psiquiátricos individualizados, su resultado sería una probabilidad leída en grandes números incierta con relación al sujeto. De modo que la única manera de tener seguridad sobre la comisión futura de un hecho es su efectivo acaecimiento. Cuando ello ocurre, esto es, cuando efectivamente se comprueba que en el caso concreto un juicio a futuro era correcto, ello sólo debe ser valorado en el marco de lo que establece el art. 58 del C.P.⁴¹

En resumen, que no es factible predecir un comportamiento delictivo. Cuando ese comportamiento posterior ocurre efectivamente, su valoración en la fijación de una pena es independiente de cualquier concepto de peligrosidad y se rige por las reglas del concurso.

Ziffer pone en evidencia que el concepto de peligrosidad desvinculado de la enorme carga negativa que se ha ganado, puede ser entendido de un modo no muy diferente al mandato constitucional conforme el cual la pena tiene fin resocializador. Dice la autora mencionada en un párrafo que merece ser transcrito por la claridad de su exposición que “Mal que le pese a muchos, no hay prevención especial posible *sin consideraciones de peligrosidad*. Ciertamente, es posible evitar la palabra y utilizar expresiones que suenen más “democráticas”, como “pronóstico de reinserción social” (cf. art. 13, CP arg.) o “reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos” (art. 27 bis, CP arg.). Pero lo que no conviene hacer es eludir la realidad o esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, y esto no es otra cosa que “peligrosidad”.⁴²

³⁹ En comentario a gramajo antes citado, con referencia a Zaffaroni, Alagia, Blokar, pag. 52/53 y 997/999.

⁴⁰ Código Penal comentado, Hammurabi, 2A, pags. 79 y sigs.

⁴¹ De hecho, más allá de la críticas constitucionales al concepto de peligrosidad, en Garrone, la efectiva comisión de un hecho posterior, confirmaba que las probabilidades habrían sido correctamente pronosticadas en la sentencia de primera instancia.

⁴² En “La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez*” La Ley, 2007-A, pp. 630 y ss. Conforme desarrollé en el comentario al fallo Gramajo antes citado, al referirse a las condiciones para obtener la libertad condicional, “un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es el equivalente a un dictamen de ausencia o disminución de la peligrosidad”.

Basta recurrir a la citas del fallo Maldonado en donde la Corte sostuvo que la pena se determina por la culpabilidad pero se orienta a la readaptación social lo que impone al juzgador a atender “los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”. Lo mismo en cuanto a la finalidad de la pena y a su deber de “atender al bienestar y resocialización” que se resolvió en Miara.

En resumen, resulta indudable que la palabra “peligroso” es poco feliz. Peor sería que se hubiera continuado utilizando “perverso” como en algunos de los antecedentes legislativos analizados. Pero tampoco parece descabellado filtrar alguna interpretación constitucional del concepto criticado a la luz de las ideas de prevención especial como limitativas del monto de pena de conformidad con el art. 41 del C.P.⁴³

7.- Los “antecedentes condenatorios”.

Ya en parte me he referido a los antecedentes que en realidad no lo son: en el caso de Garrone se había tenido en cuenta una condena anterior pero de un delito posterior al que se juzgaba en la causa.

La Corte en su remisión al dictamen del procurador, ha citado los arts. 50 y 58 para referirse a los efectos de los delitos anteriores o posteriores. Esto es: cuando se trata de un delito anterior, su condición de agravante de pena solamente podrá ser valorada si se cumplen las condiciones para la calificación de reincidente. Si es posterior, rigen las reglas del concurso.

Más allá de la discusión sobre la validez constitucional de la reincidencia (cuestión que por su complejidad y por la profundidad que ha alcanzado su estudio merece un comentario a parte y cuya definición por la corte se mencionó en el punto 4)), la idea de que un antecedente condenatorio pueda tener valor como agravante fuera del art. 50 borraría de un plumazo al instituto allí regulado en el que se requiere de ciertas condiciones para que una condena anterior posea valor agravante. No tendría demasiado sentido discurrir sobre la reincidencia real para marcar sus diferencias con la ficta, debatir acerca de la pena que se pudo haber tenido por compurgada con la prisión preventiva y el concepto más preciso de “sufrimiento de pena”, si aún cuando no se dé ninguno de los presupuestos de la reincidencia, la sola existencia del antecedente condenatorio habilitaría el agravamiento.⁴⁴

⁴³ Pues si el techo es la culpabilidad, no sería posible imponer una pena mayor por razones de prevención especial, aunque sí podría disminuirse en función de ello. Así Roxin al señalar “si bien la pena no debe superar la media de la culpabilidad, sí puede eno alcanzarla en tanto el fin de prevención lo admita”, en Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, trad de Blanco, Pastor y Ziffer, en AAVV Determinación judicial de la pena, comp. Julio Maier, yacitado. También Magariños con cita de Roxin en “Determinación Judicial de la pena”, ob. cit. Pag. 330.

⁴⁴ Más aún en un sistema en el que los atenuantes y agravantes no están tabulados en cuanto a su incidencia en la fijación del castigo, de manera que el solo registro de una condena anterior tendría un valor perjudicial que carecería de parámetro para poder ser comparado con la reincidencia real.

8.- La conducta posterior.

Según se vio en la reseña histórica desarrollada, varios proyectos de ley incluyeron la conducta posterior al hecho como uno de los parámetros para individualizar la pena. No se trata del supuesto específico de arrepentimiento activo o de reparación posterior, sino de la conducta general adoptada por la persona luego de haber cometido el delito por el que se la condena.

Si bien el Código Penal no prevé expresamente a la conducta posterior como elemento para atenuar la pena, la Corte la ha tenido en cuenta en el fallo analizado y varios de sus antecedentes⁴⁵. En Viñas valoró que durante el trámite del proceso la imputada no había cometido delitos y había visto limitada su libertad por las reglas de la excarcelación (el procurador había tenido en cuenta también que había reencauzado su vida social y familiar, formado pareja y tenido dos hijas). En Miara, señaló a favor del condenado, el encierro de seis años y dos meses de prisión preventiva sufrido. En Garrone consignó que habían transcurrido 15 años de la fecha del hecho y 12 de la condena de primera instancia y criticó a raíz de ello que se hubieran tenido en cuenta viejos estudios psicológicos y psiquiátricos, atento a la “cambiante evolución del ser humano”.

¿Qué incidencia se le atribuye a la “cambiante evolución del ser humano” en la determinación de la pena y cómo debe ser valorada?

En el caso de adolescentes que tienen entre 16 y 18 años, la conducta posterior debe ser evaluada obligatoriamente en el momento de decidir la pena, de conformidad con lo normado por el art. 4to de la ley 22.278. Es obligatorio analizar el tiempo de tratamiento no inferior a un año antes de decidir la fijación de la pena. Si se advierte que muchas veces la pena se impone cuando el imputado tiene 19 o 20 años, no es disparatado pensar que un razonamiento parecido sería admisible con relación a una persona que comete un delito a los dieciocho, pues puede evolucionar luego como lo hace tras muchos meses de tratamiento una persona que comete un delito a los 17 años. Al menos si es obligatorio en el caso de menores de edad, no se advierte porque violaría el principio de individualización de la pena en mayores que también presentan una “cambiante evolución”.

Si conforme sostiene la Corte en Maldonado, la pena se impone de acuerdo con la culpabilidad del autor pero el juez tiene obligación de no desentenderse de sus posibles efectos desde el punto de vista de la prevención especial (o de lo que a ppios del siglo XX se denominaba peligrosidad), ello parece compatible con la idea de que deben evaluarse las condiciones personales del sujeto en el momento en que se fija la pena, no en el de la comisión del delito. La pena se impone al autor hoy, por el hecho cometido en el pasado. Lo atinente al injusto y a la culpabilidad se valoran con relación

⁴⁵ Jorge de la Rúa señala que la enumeración de los arts. 40 y 41 no es taxativa y menciona otros casos afines a la conducta posterior del autor, tratados por tribunales del país. Refiere la valoración de que se imponía la pena poco antes de que ocurriera la prescripción de la acción, la inusitada duración del proceso, el hecho de que estuviera gozando de libertad y el perjuicio que podía provocarle obligarlo a volver a prisión (en Código Comentado, 2da ed, Declama, Bs As. 1997, pags. 715 y 716).

al hecho, pero la necesidad o no de imponer pena incluye, también, una lectura de lo que el sujeto es al momento de dictado de la sentencia. Si la prescripción se basara en la resocialización natural del autor, de ese tenor era la atenuante del proyecto de 1895 de "haber corrido desde la consumación del delito la mitad destiempo necesario para su prescripción" (art 16 inc. 8). Algo similar regulaba el art. 83 inc. 9 del proyecto de 1903.⁴⁶

Aplicado a todas las instancias se supone que, sorteando los problemas procesales de admisibilidad, el tribunal que resuelve un recurso podría modificar la pena al valorar una circunstancia que no existía en el momento del fallo inicial como lo es la evolución del condenado en ese tiempo. Una reducción de pena en este caso se basará en que, por ejemplo, los dos o tres años que se demorara el expediente entre el primero y el segundo fallo, el sujeto haya pasado más tiempo con obligaciones como excarcelado (Viñas), más tiempo en prisión preventiva (Miara), haya formado una familia y se haya reincorporado al medio social y familiar (Procurador en Viñas).

Como quedara dicho, se trata de un análisis obligatorio en la ley penal de la minoridad que en su art. 4to impone resolver si es necesario o no aplicar una pena habida cuenta de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y, en lo que aquí interesa, el resultado del tratamiento tutelar posterior y la impresión directa recogida por el juez.⁴⁷ Esto nos lleva a la última de las cuestiones de Garrone que se analizan en este trabajo.

9.- La entrevista personal

En el análisis de los proyectos de ley realizado al reseñar la historia legislativa del concepto de peligrosidad, se observa la adjudicación a la entrevista de una doble finalidad. Por un lado, a la necesidad de que la persona condenada conozca a aquél que le impone la pena. En la exposición de motivos del CP de 1921 se señalaba que como consecuencia de esa regulación "no podrá haber así penados que ignoren al juez que los juzgó"⁴⁸. El objetivo era evitar que se delegara en otros la aplicación de una pena. Por el otro lado, en los proyectos con un claro sesgo positivista parecía tener una relación más próxima a evaluar el grado de "peligrosidad" de la persona condenada. En algunos casos, junto a la entrevista personal, se preveían exámenes periciales destinados a acreditar peligrosidades o depravaciones de diferente índole.

El vínculo de esta entrevista personal con la necesidad de que el juez no delegue y valore personalmente el grado de peligrosidad del autor fue largamente aceptado por la doctrina.⁴⁹ En su Tratado, Zaffaroni mencionaba la indelegabilidad de la función judicial que requería de un contacto inmediato con el autor para valorar su peligrosidad. Citaba como fuente de la norma al código de San Luis de 1906 de Tomás

⁴⁶ Zaffaroni, Arnedo, . T. 3 pags. 17 y 163

⁴⁷ La ley establece además que si fuese innecesario aplicarle sanción, el juez está facultado para absolver al menor.

⁴⁸ Proyecto del 1917, Zaffaroni Arnedo, tomo 4, . pag. 81.

⁴⁹ Así, Núñez Tratado de derecho penal, t. II, pag. 465; Gallardo en "La omisión de la diligencia estatua en la parte final del art. 41 del C.P. ¿causa la nulidad de la sentencia?" en JA 1950-II pag. 145,

Jofré, cuyo fin era impedir que se fijara una pena a una persona sin siquiera haberla conocido⁵⁰.

Dice Almeria que sólo si el juez sabe quién es el imputado porque lo ha tenido ante su vista, es capaz de fundar una pena que de lo contrario sería arbitraria⁵¹.

La previsión del art. 41 de la audiencia de visu, pensada en una época de juicio escrito, según señala Ziffer, permite evolucionar hacia la cesura de juicio, una etapa procesal en la que se debate la pena luego de terminado el debate sobre la responsabilidad⁵².

Si bien se sostiene que instaurada la oralidad, la necesidad de audiencia personal se satisface con el propio debate, la visión cara a cara de jueces e imputados, puede no asegurar un mayor conocimiento de la persona a quien se juzga. Si el imputado se niega a declarar puede que el Tribunal no conozca directamente de él otra cosa que sus datos esenciales en el momento de su identificación y que carezca de otra alternativa de conocimiento directo más productivo.

Así como la idea de justipreciar la peligrosidad del condenado decae junto con el derrumbe del concepto mismo de peligrosidad, va tomando cuerpo la idea de que con la intermediación se asegura también el derecho a ser oído. Por ello algunos autores sostienen que la entrevista prevista por el art. 41 se concreta en el final del juicio ligado al derecho del acusado a tener la última palabra (por lo que el conocimiento de visu del art. 41 no se perfecciona con la recepción de la indagatoria u otro acto anterior a ese momento procesal)⁵³.

En Garrone, con cita de Maldonado, la Corte afirma la exigencia de tomar conocimiento directo del acusado previo a determinar la pena. Lo funda en el derecho a ser oído antes de una condena y a asegurar un mínimo de intermediación. La pena, dice la Corte, no puede estar bien determinada si no se escucha antes al condenado. La regla rige para todas las instancias.

A partir de esta doble fundamentación es posible fijar los siguientes estándares.

En primer lugar, al menos a los efectos del art. 41, evidentemente, la regla queda excluida cuando estamos ante una absolución.

En principio, tampoco sería obligatoria la entrevista cuando se impone el mínimo de la escala o una pena perpetua, pues en ninguno de los dos casos el juez estaría facultado para modificar el monto de la sanción en beneficio del imputado. No parece razonable en estos supuestos la alegación de gravamen alguno, pues la realización de la audiencia no habría beneficiado al peticionante en cuanto a la pena fijada.⁵⁴

Es discutible exigir la entrevista en las instancias en las que no se discute el monto de pena impuesta: Si el recurso contra la sentencia condenatoria se basa, por ejemplo, en la valoración de una agravante típica o la diferente interpretación de un elemento normativo del tipo, resuelta la cuestión motivo de agravio, no habría discusión abierta con relación a la fijación de la pena.⁵⁵

⁵⁰ En el tratado, tomo V, pag. 335 y luego en Derecho Penal con Alagia y Slokar, Pag. 1000 vuelve a mencionarse el antecedente puntano.

⁵¹ En "El imputado visto... desde lejos", LL 2004-D-, 158.

⁵² Código comentado, pag. 94

⁵³ Tratado de Zaffaroni, pag. XX

⁵⁴ Gallardo, sostiene que se trata de una regla obligatoria en los casos en que se encuentre detenido el acusado. Ob. cit. Pag. 148

⁵⁵ Es la Posición de de la Rúa para quien la entrevista en la Alzada es exigible "siempre que la materia justiciable por ésta comprenda la

Fuera de esos casos el incumplimiento de la audiencia de visu traería aparejada la nulidad de la sentencia por el supuesto que en el CPPN está previsto en el art. 167 inc. 2do: la inobservancia de una disposición concerniente a la intervención del juez. Dicha nulidad absoluta se funda no solamente en el derecho de defensa, sino en la obligatoriedad de la intermediación sustentada en la necesidad de que “no haya penados que ignoren al juez que los juzgó”. Se trataría, en este caso, de una exigencia en cabeza del Estado al que se le prohíbe aplicar una pena si el funcionario encargado de fijarla no conoce personalmente a la persona que la sufrirá. Una República exige al funcionario encargado de imponer una pena en su nombre, que tenga un contacto directo con la persona que la debe sufrir.⁵⁶

Habida cuenta de los efectos de la impresión personal (que en la ley de menores es uno de los parámetros para decidir la pena) y su ubicación luego del debate o en el trámite de la Alzada, corresponde que el órgano judicial fije una pena por el injusto y la culpabilidad y que esa impresión personal solamente pueda tener efectos para disminuir el monto en los casos que así correspondiere. Ello, conforme el principio de que las razones de prevención especial no pueden superar la pena que corresponde al reproche.

El hecho de su incorporación luego del debate o de que se presentaran los escritos recursivos mantiene a esta parte de la fijación de la pena en una suerte de espacio secreto, el “momento místico” que críticamente señalan Bellagio, Castro y Garibaldi⁵⁷. Si ese conocimiento de visu tiene lugar fuera del debate, la impresión personal (que en el caso de la ley 22.278 es uno de los pilares en la decisión con relación a la pena), queda sujeta a las apreciaciones que realice el órgano judicial. Aun cuando es su deber fundar los motivos por los cuales la impresión personal ha obrado de tal o cual manera, cuando la entrevista tiene lugar fuera del debate o después de los alegatos o los escritos recursivos, la cuestión no ha sido materia de controversia entre las partes.

10.- Excurso: Las condiciones de alojamiento como atenuante.

a) Introducción. Patricia Ziffer señala que en la doctrina alemana se menciona la factibilidad de considerar el sufrimiento durante el proceso como pauta atenuante de la pena. Esto sucede cuando el sufrimiento “va más allá de lo habitual” como consecuencia, entre otras cuestiones “de las condiciones de detención.”⁵⁸

Como se vio en fallos anteriores a los que se mencionan en este comentario, la Corte tuvo en cuenta como atenuante el largo período en que la condenado vio

aplicación de los arts. 40 y 41”. (ob. cit. Pag. 720).

⁵⁶ Este fundamento, con prescindencia al derecho a ser oído, podría dar lugar también a la nulidad de una condena a pena fina (prisión perpetua, por ejemplo), pues si se trata de un deber de intermediación, parece inconsistente excluirlo en el caso en que se fija la pena más grave de las previstas en la ley.

⁵⁷ Ob. cit. Pag. 72

⁵⁸ Agrega: la duración indebida del proceso, una particular incertidumbre acerca del resultado del juicio y daños familiares económicos o laborales. Patricia Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena, pag. 143/4. Ad.Hoc, 1996.

limitada su libertad por las reglas impuestas en la excarcelación (Viñas) o el tiempo de seis años y seis meses de prisión preventiva considerados como “agravante innecesaria” (Miara).

Aún cuando se trate de formas de valorar la prisión preventiva, esto es, de leer de una determinada manera el tiempo de encarcelamiento anterior a la condena, no es disparatado preguntarse sobre el valor que en la fijación de la pena pueda o deba asignarse a las condiciones de encierro no sólo anteriores, sino también posteriores al dictado de la sentencia. Si la privación de libertad es una retribución por un mal causado, la medida de dicha retribución contada en días de prisión podría ser reevaluada si el encarcelamiento propinado por el Estado es más gravoso que el constitucionalmente fijado.

En resumen, puesto que cada día de prisión es más grave que el día de prisión que corresponde conforme a derecho, deberá adecuarse esa medición hasta tanto el Estado esté en condiciones de brindar una respuesta punitiva acorde a los estándares constitucionales.

b.) La ley 23.070. La idea no es novedosa, al menos en cuanto a la manera de graduar la pena teniendo en cuenta las condiciones de detención. Un razonamiento similar motivó la sanción de la ley 23.070⁵⁹, respecto de la cual, la Corte tuvo oportunidad de expedirse en varias oportunidades. El Procurador Gauna el 11 de diciembre de 1985 en el dictamen de la causa *Solís, Julio A. s/violación calificada – privación ilegal de la libertad agravada* (fallos 308:1298) señaló que el objetivo de dicha ley fue el de “moderar los efectos de la condena sobre sujetos que en determinado período habrían visto agravadas las condiciones de su encierro”. En el fallo dictado en dicha causa el 26 de agosto de 1986, el juez Petracchi decía que la ley basaba un cómputo más beneficioso en el endurecimiento del trato recibido por las personas privadas de su libertad, extremo “entrañablemente vinculado a las consecuencias jurídico- penales del reproche penal”. Los jueces Belluscio y Bacqué señalaron que los legisladores habían referido como fundamento de ello, “el endurecimiento de las condiciones carcelarias” y “las condiciones de extrema rigurosidad a que fueron sometidos todos los detenidos”. En *Lago, Manuel A. y otros*, del 2 de junio de 1987 (fallos 310-1026) la Corte había mencionado que la finalidad de la ley 23.070 fue la de beneficiar a aquellos que sufrieron condiciones de encierro más severas durante el período abarcado por la norma. Petracchi atribuía el cómputo beneficioso al endurecimiento de las condiciones de privación de libertad sufrida durante el período que marca la ley. En *Núñez, Fermin Angel*, (fallos 312:892), el dictamen del procurador D’Alessio, refería que los reglamentos carcelarios durante la dictadura militar eran de una severidad contraria a los ideales de resocialización.

Durante la discusión parlamentaria (en los fallos mencionados se hace referencia continua a la voluntad del legislador y se analiza qué es lo que el legislador pretendió mediante esta normativa) se señaló que “las condiciones carcelarias imperantes en ese momento fueron francamente inhumanas” (informe Cortese-Perl). La modificación del

⁵⁹ La ley diferenciaba el 3x2 para presos comunes y 2x1 para los políticos porque éstos se encontraban bajo un régimen aún más duro (decretos 1209/76; 180/79 y 929/80) durante la última dictadura militar.

cómputo venía a “paliar las trasgresiones a los recaudos que deben observarse en las prisiones conforme el art. 18 de la Constitución Nacional”. En informe del ejecutivo se señalaba, entre otros males, las condiciones notoriamente inhumanas del encarcelamiento y la necesidad de paliar las trasgresiones a los recaudos que deben observarse en las prisiones conforme el art. 18 CN. A lo largo de la discusión el Senado se escucharon opiniones similares. Que las cárceles no cumplían con la Constitución pues “no brindaba la seguridad de los presos en ellas detenidos sino que, por lo contrario, fueron castigados y muchas veces hasta vejados y sometidos a castigos inhumanos”, que no han cumplido “su fin de readaptación social” teniendo en cuenta el trato inhumano y excesivamente riguroso (senador Berhongaray). Que las cárceles no han educado sino corrompido, “se debe reparar esta tremenda injusticia” y que “no es lo mismo estar un año detenido y tratado normalmente que encontrarse un año detenido en la forma que como fue tratada la inmensa mayoría de la población carcelaria” (senador Marini). Que realizando un cómputo de tres por dos se reparaba las desviaciones del sistema carcelario, los sufrimientos y las mortificaciones soportadas (senador Nápoli). Que el cómputo privilegiado se justificaba por el hecho de que las cárceles durante ese período no fueron para seguridad sino para martirio y tortura (Senador Saadi)⁶⁰.

Cuando se ubica al mal afuera o atrás, la reacción es mucho más fácil, al menos en términos de costos para quien dirige el dedo acusador. En el caso de la ley referida, publicada el 20 de julio de 1984, aquello que se rechaza pertenece a una época respecto de la cual se afirma ajenidad y superación. En *Núñez* la Corte sostenía que la eficacia del sistema de corrección está condicionado a su racionalidad, de manera que si la conducta de la persona privada de libertad no fue buena, “ello no podría serle imputado con certeza sin correr el riesgo de atribuirle, en su perjuicio, las consecuencias de decisiones ajenas”.

c). La situación actual. Cuando ya no existe un gobierno dictatorial al cual, aun justificadamente, asignarle el mal, es mucho más complejo reconocer sin llegar a los extremos de lo ocurrido entre 1976 y 1983, que se pueden realizar algunas afirmaciones parecidas a las que fueron antes transcriptas con relación al actual sistema carcelario.

Cierto es que la ley 23.070 no es directamente trasladable a las decisiones judiciales⁶¹, pero si se coincide en que dicha norma se fundó en la incompatibilidad de las condiciones carcelarias con el mandato constitucional, parece razonable preguntarse si los jueces pueden (o deben) preguntarse de qué manera ese mandato constitucional se traduce en sus sentencias o los obliga a una interpretación de la ley que no atente contra el art. 18 de la C.N.

Corresponde primero constatar si algunas de las afirmaciones realizadas con relación a la ley 23.070 podrían ser reiteradas de nuestras cárceles actuales. Aun reconociendo diferencias entre las distintas jurisdicciones nacionales e incluso dentro

⁶⁰ Las intervenciones parlamentarias han sido extraídas de los diarios de sesiones de las cámaras correspondientes al 7/7/1984 en Diputados, reunión 8ª,, pag. 1353 y al 21/7/1984 en Senadores, Reunión 10ª, pagd. 725 y sigs.

⁶¹ Algunso afirmaban que la ley 23.070 era en realidad una ley de amnistía. Fue conocida como una ley de “conmutación de penas”. En ambos supuestos nada tiene que ver con las facultades de los jueces.

de una misma provincia, no parece irrazonable afirmar que estamos lejos del cumplimiento de una función resocializadora (como quiera que se la pueda entender, al menos como no favorecedora de la desocialización⁶²), o del estándar constitucional de cárceles sanas y limpias inscripto en el art. 18 desde su primera redacción⁶³.

El 19 de octubre de 1995, es decir más de once años después de dictada la ley 23.070, en una causa llevada adelante por el reclamo originado en la muerte de 35 reclusos ocurrido como consecuencia de un incendio en el penal de Olmos el 5 de mayo de 1990, la CSJ en "Badín, Rubén y otros" (Fallos 3128:2002), señalaba que la cláusula del art. 18 de la CN en cuanto a las cárceles es operativa y como tal impone al Estado la obligación de dar adecuada custodia a los internos. Ello importa también el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. La seguridad, según el fallo, incluye la readaptación social. Entendió la Corte que el Estado había incumplido sus deberes primarios, constató serias deficiencias en el régimen carcelario, corrupción e irregularidades administrativas, carencias alimenticias y pasó revista de testimonios que daban cuenta de extremos tales como el sometimiento sexual de detenidos o muertes dudosas de quienes habían realizado denuncias.

Al año siguiente se produjo el famoso motín de la Unidad de Sierra Chica (en marzo/abril de 1996) que habría dejado un saldo de 35 muertos. En esa ocasión, según las notas periodísticas, luego de una toma de rehenes, se habría matado, descuartizado e incinerado a siete u ocho presos.

El informe de Derechos Humanos del CELS del año 2001 da cuenta de por lo menos siete motines en diferentes cárceles del país ocurridos en el 2000.⁶⁴

⁶² Santiago Mir Puig, *El derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pag. 42

⁶³ El art. 18 de la CN establece que las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los presos. Una interpretación literal de esa proposición no podría llevar a las conclusiones que solía realizarse por amplios sectores de la doctrina en cuanto a que de dicho artículo se deducía que la pena privativa de libertad debe tener como objetivo la reeducación de los condenados. Levaggi que explica que un criterio literal, o uno *histórico arcaico*, lleva a concluir que si las cárceles no son para castigo, es excluir de ellas a los penados (en *Las Cárceles Argentinas de Antaño*, siglos XVIII y XIX, Ad Hoc, Bs As, 2004, pag. 98). Esta es la tesis de Luis Cabral (*La Constitución y las Cárceles de la Nación*, ED 124-876), para quien una lectura "atenta y desprejuiciada" y un análisis de las fuentes históricas y de las propias Partidas aplicadas hasta 1887, solo puede llevar a interpretar que la CN se refiere a la cárcel en cuanto remedio cautelar en el caso de los procesados. Levaggi, sin embargo explica que aunque la función primordial de la cárcel hasta el siglo XIX fuera la de custodia o depósito de los detenidos mientras transcurriera el proceso, ya antes del siglo XIX se aprecia a través de las fuentes, casos de utilización del presidio como pena, incluso en el Digesto. Prefiere por eso un criterio interpretativo "histórico dinámico" pues en el tiempo en que fue sancionada nuestra constitución las cárceles habían comenzado a cumplir no solamente la función de custodia sino también la de castigo, alojando a procesados y a condenados; de manera que la previsión del art. 18 debía entenderse en el caso de estos últimos como el deber de evitar castigos adicionales o innecesarios (ob. cit. pag. 98).

⁶⁴ <http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia2001.pdf>. El informe incluye cárceles de Córdoba, San Juan, San Luis, Mendoza y Tucumán

Más cerca en el tiempo, en el año 2005, se produjeron tres motines que tomaron estado público. El 10 de febrero de 2005, a raíz de una revuelta en la Unidad nº 2 de San Martín, provincia de Córdoba, murieron 8 personas. Según informa el CELS a partir de cifras oficiales se alojaba en la unidad a 1.599 personas en pabellones que habían sido diseñados para 850.

El 11 de abril de 2005 se produjo un motín en la Unidad penitenciaria de Coronda, a 45 kilómetros de la ciudad de Santa Fe que terminó con 14 personas muertas.⁶⁵

El 15 de octubre de 2005 murieron 33 internos en el incendio ocurrido en la Unidad nº 28 de Magdalena, lo que se habría atribuido a “la total desaprensión con la que actuaran esa noche los funcionarios del Servicio Penitenciario Bonaerense” y a deficiencias estructurales derivadas de pabellones de bajo costo construidos con la finalidad de alojar a más personas que las originalmente calculadas, sin habilitación definitiva y en condiciones deficientes⁶⁶

El 4 de noviembre de 2007 35 internos del penal de varones nº 1, del Servicio Penitenciario Provincial de Santiago del Estero, murieron en un incendio. Según se informó, el penal tenía una capacidad declarada para 200 personas pero había 482 personas: 267 procesados y 215 condenados.⁶⁷

El rosario de levantamientos, incendios o motines que se suceden de manera periódica son el síntoma de aquello que ocurre de manera crónica en muchas de las cárceles argentinas. Sin quitar importancia a los trágicos hechos puntuales señalados⁶⁸, también es cierto que dan cuenta de una situación silenciosa permanente que llega a veces a extremos tales de saturación que termina exteriorizándose en hechos de una violencia inmanejable como los descriptos.

El 3 de mayo de 2005, la Corte Federal en el "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*", volvió a afirmar el incumplimiento por parte de la provincia de Buenos Aires de las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad.

Se reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses, un abuso en la utilización de la prisión preventiva, procesos lentos y superpoblación carcelaria lo que “genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos”. Se dio por acreditado el incumplimiento de las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad.

La provincia de Buenos Aires ha creado una comisión provincial para la memoria, que en su informe oficial del período 2005/2006⁶⁹ describe un sistema

⁶⁵ http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2005_cap_7.pdf

⁶⁶ http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia_2007.pdf, El informe calificaba lo ocurrido como “la mayor tragedia carcelaria de las últimas décadas”, pags. 252 y sigs.

⁶⁷ http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia_2008.pdf,

⁶⁸ No he pasado revista de la cantidad de muertes unitarias que en algunos períodos y en algunas jurisdicciones ha alcanzado cifras alarmantes como puede verse en xxx y xxx.

⁶⁹ “Ojos que no ven - El sistema de la crueldad II, Informe sobre violaciones a los derechos humanos por fuerzas de seguridad en la provincia de Buenos Aires 2005-2006” Comisión Provincial por la

carcelario totalmente colapsado y en el cual se ejerce un poder disciplinario violento e ilegal. En el período estudiado por la Comisión, se constató superpoblación en varias unidades (200 personas en pabellones para 60, por ejemplo); defectos en las condiciones edilicias; deficiencias en la atención sanitaria; un alto nivel de violencia intramuros; defectuosa alimentación y desconocimiento de muchos de los detenidos del estado de su causa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió medidas provisionales el 30 de marzo de 2006 en el Caso de las penitenciarías de Mendoza. Allí, el tribunal internacional consideró la violencia de dos penales provinciales en los que tienen lugar homicidios, motines, donde las personas son heridas y vejadas y ha puesto de manifiesto las condiciones de hacinamiento y de carencia que viven quienes se encuentran privados allí de su libertad.⁷⁰ De dicho pronunciamiento se hizo eco la Corte Federal el pasado 6 de septiembre de 2006 en "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza".

Uno de los fenómenos más particulares del cuadro que no requiere de más descripciones es que va fagocitando a sus críticos para incorporarlos a la escena cuestionada. El poder judicial o el ministerio público, encargados de juzgar o perseguir las violaciones a los derechos humanos tienden a dar cuenta de su existencia. Los informes bienales del Comité contra la Tortura, incluyen las constataciones hechas por los propios funcionarios del Ministerio Público y los jueces que visitan las unidades que dicen cosas parecidas a los que había señalado la propia Corte Federal en 1995 y que se emparentan diez años más tarde con la resolución del fallo Verbitsiky por el mismo Tribunal o en las medidas adoptadas con relación a la penitenciaría de Mendoza a raíz de la intervención de la Corte Interamericana.

d) La incidencia de la situación carcelaria en la fijación de la pena. El presente trabajo se refiere a la individualización de la pena y es sólo con relación a ello que ahora me interesa aplicar lo desarrollado en los párrafos precedentes. Un intento de hacer incidir el estado de las cárceles en la atenuación del castigo puede hallarse en diversos fallos del Juez Borrino, del departamento judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires⁷¹. Postulaba que el grado de hacinamiento y el colapso del sistema carcelario lo convertía en "motor generador de un mayor nivel de violencia que el que se supone está llamado a evitar". Luego de concluir a partir de estadísticas y casos testigos en el incumplimiento de los estándares normativos nacionales e

Memoria y Comité contra la Tortura. Pags. 31 a 50.

70

La crítica situación penitenciaria no es motivo de vergüenza solo para la Argentina. Basta leer las medidas provisionales tomadas por la Corte IDH en casos como la solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Bolivariana de Venezuela, caso del internado judicial de Monagas ("La Pica"), la resolución del presidente, del 13 de enero de 2006; o el caso de las personas privadas de libertad de la penitenciaría "Dr. Sebastião Martins Silveira" en Araraquara, São Paulo, Brasil, resolución de presidente (medidas urgentes) del 28 de julio de 2006.

⁷¹ causa nro. 12.763, caratulada Brito, Rubén Darío s/Robo Calificado, Sala III de la Cámara Penal de San Isidro, 29/10/1999; entre otras

internacionales en cuanto a los fines del castigo, entendía que el agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la pena debía ser tenido en cuenta al momento de fijar la sanción. Sostenía también que el art. 18 de la CN trae un claro mensaje a los jueces al afirmar que toda medida que so pretexto de precaución conduzca a mortificar a las personas alojadas en la cárcel más allá de lo que la ley exija “hará responsables al juez que lo autorice”.

Se advierte que de alguna manera el criterio mencionado se entronca con las razones que en 1984 determinaron a modificar el cómputo de las penas sufridas entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983: Si la pena trae una carga mayor que la prevista constitucionalmente, ello importa una cuantificación más gravosa del reproche en pena, lo que debe ser tenido en cuenta por el Estado cuando, a través de un fallo judicial, impone la retribución que corresponda.

Las críticas que una decisión de esta índole pudieran tener en cuanto a una hipotética naturalización del sistema que se denuncia, incorporándolo como estándar en sus resoluciones es, en mi criterio, equivocada. Por el contrario, la negativa a tenerlo en cuenta no hace desaparecer las condiciones de detención ya descriptas. Además, ninguna de las acciones destinadas a modificar el sistema carcelario para adecuarlo al texto constitucional se ve impedida de ser llevada adelante por hacer esta valoración al dictar sentencia condenatoria. En otras palabras, la incidencia en la disminución de la pena de las condiciones de detención no exime de cualquier otra acción encaminada a que las prisiones respondan a los estándares mínimos de encarcelamiento. No hacer llevar adelante ninguna de las dos opciones, o negar la primera a la espera de una modificación que se demora en llegar, no hacen más que preservar la situación que vuelve periódicamente a ser denunciada.

9. Conclusiones

No obstante seguir sosteniendo que las cuestiones relativas a la fijación de la pena no son en principio materia de recurso extraordinario federal, la Corte ha echado mano de la doctrina de la arbitrariedad para analizar supuestos regulados por el art. 41 del C.P.

El fortalecimiento de los criterios fijados por la Corte en este punto depende de que el propio Tribunal ratifique su contenido en las causas en las que se planteen las mismas cuestiones.

Si bien en la jurisprudencia tradicional de la Corte se había tenido en cuenta a la peligrosidad como elemento agravante de la pena, la línea interpretativa sentada en Gramajo, Maldonado y Garrone niega a este concepto virtualidad para incidir en el agravamiento de la pena.

No obstante la crítica que la Corte realiza del concepto de peligrosidad y más allá de su fuerte connotación negativa, es posible trazar un paralelo entre él y la prevención especial que la constitución a través de los tratados incorpora como finalidad de la pena.

Conforme el criterio sentado en Garrone, siguiendo antecedentes próximos, una sentencia condenatoria dictada por un hecho posterior aquél por que se dicta nueva sentencia no puede ser tenida válidamente como agravante.

La entrevista personal previa entre el Juez o tribunal y la persona condenada es una condición indispensable que si bien se la entendía destinada también a la valoración de la peligrosidad del acusado, se basa hoy en el derecho a ser oído y a asegurar un mínimo de intermediación.

Conforme lo sostiene la jurisprudencia de la Corte analizada, el tiempo transcurrido luego de cometido el hecho, la conducta del autor durante ese período y las cargas procesales que pudo haber soportado son elementos a considerar en la fijación de la pena.

Si bien ello no ha sido materia de discusión en la Corte Federal, las condiciones en que se desarrolla la pena podrían ser consideradas a los efectos de individualizar la condena; sin que ello importe renuncia alguna de parte de los órganos correspondientes a poner fin a los casos de alojamiento de personas contrarios a los estándares internacionales.