

CAPÍTULO 15

La libertad condicional antes del cumplimiento de la pena

Sergio Pepe y Gabriel M. A. Vitale

El presente capítulo está dedicado a exponer una de las tantas consecuencias que en el campo del Derecho Penal entran en conflicto con la lógica y puesta en práctica de los preceptos constitucionales derivados del Derecho Internacional.

Se trata concretamente de la libertad condicional, su revocación ante la comisión de un nuevo delito y el punto de conflicto que se deja ver entre la solución del Código de Fondo y las Garantías enmarcadas en nuestra Ley Suprema.

Una primera aproximación en el tema la hemos titulado *Libertad condicionada: revocación y cómputo. El extraño caso de la aritmética penal*⁹⁹, cuyas bases habremos de retomar en esta nueva convocatoria, profundizando los análisis del *ne bis in ídem* para concluir con el análisis de un fallo donde se han ponderado los aspectos señalados.

Para ello, vuelve a ser preciso sumergirse en los conceptos de libertad condicional y, a partir de allí, analizar su naturaleza, la opinión de la doctrina, la jurisprudencia y la eventual tensión constitucional en cuanto a la valoración de su cumplimiento y contabilidad ante la eventual revocación. El art. 15 del CP entiende: “La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad [...]” (el subrayado es propio).

Esta valoración temporal es el eje de estudio del presente trabajo. Es fundamental abordar de manera integral el instituto, para lograr visualizar de una manera correcta la problemática.

Nuestro sistema reconoce en la libertad condicional, el último eslabón del proceso privativo de la libertad. El artículo 5 del Código Penal establece un orden de prelación con respecto a las clases de penas¹⁰⁰.

⁹⁹ Se ha tomado como base del presente el trabajo titulado “*Libertad condicionada: revocación y cómputo. El extraño caso de la aritmética penal*”, publicado en “*Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena*”, Ministerio Público de la Defensa”. Defensoría General de La Nación. Octubre de 2015, págs. 133/143.

¹⁰⁰ El art. 5 del Código Penal establece escalas progresivas de condena: reclusión, prisión, multa e inhabilitación

Las penas privativas de la libertad, máxima expresión del poder punitivo del Estado, suponen que al haber transcurrido cierto tiempo, el penado adquiere el derecho de obtener su libertad condicional. Este sistema contenido en las leyes de Ejecución nacional y provinciales establece un paulatino avance del cumplimiento de la pena, que atraviesa distintos períodos o fases mediante las que, gradualmente, se incrementan los beneficios y se limitan los controles.

Este instituto de trascendencia se encuentra regulado en los artículos 13 a 17 del Código Penal y en la ley 24.660, donde se la incluye como la última fase del régimen penitenciario y nos remite a los preceptos del Código Penal para determinar su procedencia.

Cumplimentados los requisitos exigidos, se obtiene la posibilidad de disminuir los controles más rígidos sobre el condenado y progresivamente se comienza a adaptar a la última etapa del proceso.

Antecedentes de la libertad condicional y su revocación

Para desentrañar cabalmente el instituto, debemos acercarnos a sus orígenes, estudiar los antecedentes y luego evaluar su recorrido bajo la visión de la doctrina y jurisprudencia.

Después de pasar revista a diversos autores, hay acuerdo mayoritario en considerar a los sistemas penitenciarios vinculados a la pena con la deportación. El Reino Unido ¹⁰¹, ante el incremento en la densidad poblacional de las personas privadas de libertad, comenzó a trasladar a los detenidos a sus colonias. La problemática no fue superada, ya que se tuvo que otorgar la facultad a los gobernadores para disponer la libertad antes de agotar su condena, con el requisito de afincarse en el lugar y tener buena conducta.

La libertad condicional se propagó como instituto y comenzó a ser receptada por legislaciones de varios países, existiendo consonancia con respecto al cumplimiento parcial de la pena, presunción de reforma del condenado, obligación de someterse a determinadas condiciones, de cuyo incumplimiento puede derivar –según la transgresión– la revocación de la libertad o que no se compute todo o parte del tiempo pasado en libertad condicional (cfr. Fontán Balestra 1977).

En el plano nacional, el primer antecedente se observa en el proyecto de 1891, luego, el Código de Tejedor regula el “derecho de gracia”¹⁰². Este derecho se otorgaba después de haber cumplido cierto término de condena y haber dado pruebas de reforma positiva, teniendo como consecuencias la extinción de la pena restante, siendo esta “gracia” irrevocable.

Este recorrido es trascendente a fin de vislumbrar los contrastes con la libertad condicional, porque el liberado condicionalmente continúa cumpliendo la pena hasta agotarla, sujeto a

¹⁰¹ Mención aparte merece el célebre Español Coronel Montesinos, precursor de la libertad condicional y del régimen progresivo. (1835).

¹⁰² Arts. 12, 13 y 16 del Código de Baviera (1813), receptado en los arts. 73 y 74 del Código Penal de 1886.

obligaciones conductuales, cuyo incumplimiento podría llevarlo de nuevo al encierro, según la previsión del art. 15 del CP, en donde: “La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)”.

Resulta clara la contradicción con el “derecho de gracia”, en donde el tramo restante ya quedaba extinguido, razón por la cual no era pasible de obligación alguna (Fontán Balestra 1977, Soler AÑO, Zaffaroni et ál. 2001).

Entonces, efectivamente, habrá que analizar si el instituto de la libertad condicional forma parte del cumplimiento de la pena, integra una libertad condicionada o se trata de una rectificación de la condena.

Libertad, condiciones o rectificación. Opinión de la doctrina

La cuestión se encuentra dividida básicamente en tres posturas. La primera de ellas concibe a la libertad condicional como “una forma de cumplimiento de la pena”, ya que tiene lugar luego de un período de absoluta privación de libertad, para luego disminuir sus secuelas negativas.

Esto se fundamenta en el transcurso del tiempo y los informes requeridos al Servicio Penitenciario, para luego quedar sometido a las restricciones establecidas por el art. 13 del CP, de modo que su libertad es limitada y continúa así hasta el cumplimiento de la pena total, pero sin encierro.

En palabras del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni:

(...) En cualquier concepción realista de las penas privativas de la libertad no puede identificarse la pena con el encierro. El encierro es la manifestación máxima de la privación de la libertad, que rige para el cumplimiento de la mayor parte de las fases ejecutivas, pero el último tramo de la ejecución –aunque tenga lugar sin encierro– sometido a una restricción ambulatoria que no puede dejar de considerarse pena(...) (Zaffaroni et ál. 2001).

Según una interpretación sistemática, también encuentra sustento al entender que el artículo 51 inciso 2° del Código Penal establece que los registros de sentencias condenatorias caducarán: “(...) después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad (...)”.

En este sentido, queda claro que la caducidad registral operará a los diez años de su vencimiento, y este será una vez cumplido el término de pena privativa de la libertad impuesto en la condena (cfr. Baclini 2007).

Esta es la opinión compartida, entre otros, por Gómez ¹⁰³, Soler ¹⁰⁴, Gavier ¹⁰⁵, Chiara Díaz¹⁰⁶, Creus, Fontán Balestra, Moreno (h) ¹⁰⁷ y Zaffaroni ¹⁰⁸.

Otra corriente define al instituto como “una suspensión condicional del encierro”. El liberado condicionalmente no está cumpliendo su pena en libertad, solo está sometido a un término de prueba destinado a decidir si la sanción ha de declararse extinguida por el encierro sufrido o si el condenado la debe seguir cumpliendo (Baclini, 2007, p. 118).

Entre sus adeptos, podemos destacar a José Severo Caballero ¹⁰⁹, Núñez ¹¹⁰ y Alderete Lobo¹¹¹.

Para la restante postura, la libertad condicional implica una “rectificación de la sentencia”.

Entre sus seguidores, encontramos a Emilio C. Díaz, que postula que la libertad condicional supone una rectificación de la condena, dado que entiende al instituto como una gracia, un beneficio que modifica la sentencia. Es por ello que halla al instituto como un medio para obtener la reducción de la pena, modificando la sentencia, aunque ya sea cosa juzgada (Díaz, 1928, p. 59).

Lo trascendental en la determinación de la naturaleza jurídica supera ampliamente las discusiones doctrinarias, ya que sus consecuencias se reflejan inmediatamente en la determinación del tiempo que le resta cumplir al condenado, luego de revocada su libertad condicional.

Por ello, determinar si la libertad condicional es cumplimiento de pena, suspensión condicional del encierro o rectificación de la condena es fundamental para determinar el posicionamiento con respecto a su revocación y sus consecuencias.

¹⁰³ Eusebio Gómez (1939, 618) señala: “[...] la libertad condicional no extingue las sanciones. Es un modo de cumplirlas [...]”.

¹⁰⁴ Según Sebastián Soler (1987, 439): “[...] una de las características del sistema progresivo está representada por la existencia de un período de libertad vigilada, durante el cual el penado sale de su encierro, pero está sometido a una serie de obligaciones. Ese período se llama libertad condicional durante ese término, el liberado está cumpliendo pena [...]”.

¹⁰⁵ Ernesto Gavier (1951, 127 y 128) sostiene: “[...] es una fase del cumplimiento de la respectiva pena, en el cual el condenado obtiene anticipadamente su libertad, pero quedando sometido a la observancia de ciertas condiciones que debe cumplir [...]”. Entre nosotros, la libertad condicional [...] es sólo un período de libertad vigilada que hace parte de la pena misma [...]”.

¹⁰⁶ Chiara Díaz (2007/2010, 171) afirma: “En nuestra opinión, la libertad condicional resulta ser un modo eficaz de atenuación de ciertos efectos principales de las penas privativas de la libertad, fundamentalmente del encierro carcelario, cuya permanencia suspende luego de transcurrido un determinado período temporal de condena y de haber dado muestras de readaptación a través del acatamiento de los reglamentos específicos, pero siempre dentro del período de ejecución punitiva [...]”.

¹⁰⁷ El autor ha concebido a dicho instituto como: “[...] la autorización dada por la ley para que una pena de encierro pronunciada por los tribunales, pueda ser, durante su ejecución, atenuada por una liberación anticipada, que se puede revocar en ciertos casos [...]” (1922-1923, 65).

¹⁰⁸ El autor se refiere a la libertad condicional como: “[...] una suspensión parcial del encierro que tiene lugar durante un período de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de la libertad que le quedaba por cumplir al condenado [...]”. No obstante, aclara que la libertad condicional no implica una modificación de la condena, sino una forma de su cumplimiento (1999, 175).

¹⁰⁹ Caballero (1964, 396) entiende al instituto como una: “[...] suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad durante un período de prueba o libertad vigilada que si resulta favorable determina la extinción del resto de la pena [...]”.

¹¹⁰ Núñez (1960, 394-396) considera que la libertad condicional se trata de un complemento indispensable de las penas de encierro, pues la esperanza de alcanzarla constituye el más poderoso estímulo para la buena conducta del penado.

¹¹¹ Según Alderete Lobo (2007, 38): “[...] la libertad condicional, tal cual está regulada en el Código Penal argentino, no puede ser otra cosa que una suspensión condicional de la ejecución de la pena sujeta a ciertas normas de conducta previstas en la ley, cuya observancia, durante el período de prueba, genera por efecto legal el cumplimiento de la pena impuesta [...]”.

Así, en lo referente a que “no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad” ¹¹², se establece un punto de inflexión que determina, a gran parte de la doctrina, a intentar justificar la coherencia normativa de la afirmación, antes que cuestionar su fundamento.

Entender, junto con el sector mayoritario de la doctrina, que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, habilita a entablar una discusión mayor con respecto a su revocación y cómputo posterior.

Revocación de la libertad condicional. Consecuencias

Sobre la base del desarrollo anterior, nos encontramos ya no sólo frente a la libertad condicional, sino a su revocación.

En este sentido, la doctrina entiende que “la libertad condicional se revoca cuando el liberado cometiere un nuevo delito, no computándose el tiempo que aquella hubiere durado (...)” (Fontán Balestra, 1977, p.364).

De manera coincidente, Carlos Chiara Díaz (2007/2010) expone:

(...) El incumplimiento de las condiciones relativas a la obligación promisorias de residencia (inc. 1°) y comisión de un nuevo delito (inc. 4°) determinan la revocación de la libertad condicional, la cual ya no podrá ser obtenida nuevamente (arts.15 y 17). No se computa en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad (...) (p.191).

En igual sentido lo entiende Rubén A. Alderete Lobo (2007):

(...) Las consecuencias de la revocación resultan particularmente graves. La persona que la sufre debe retornar a prisión a cumplir la porción de pena que le restaba desde que obtuvo su liberación y, además, no podrá volver a solicitar una nueva inclusión en el régimen de libertad condicional hasta el agotamiento de su condena (...) (p. 266).

De manera armónica, Jorge C. Baclini afirma: “(...) Ello así, en tanto [...] no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)” (2007, p. 183).

Asimismo, Carlos Creus refiere que “(...) la libertad condicional será revocada y el tiempo pasado en ella no se computará como de cumplimiento de pena (...)” (1988, p. 507).

También José Daniel Cesano coincide, al explicar: “(...) Ahora bien, acreditada la sustracción maliciosa, la libertad condicional se revocará; debiendo cumplir con el resto de la

¹¹² Art. 15 del Código Penal.

sanción que le restaba; remanente que se computa a partir del momento en que se dispuso la suspensión (...)” (2008, p. 128).

Por último, Jorge A. Clariá Olmedo entiende que: “(...) La revocación total implica el reencarcelamiento sin cómputo del período de libertad condicional (...)” (2008, p. 386).

Lo cierto es que la contradicción es manifiesta: si bien la libertad condicional es cumplimiento de pena, su revocación implicaría no computar cierto tiempo de ella.

La jurisprudencia ha receptado esta postura: “(...) Se trata de un imperativo legal. La comisión de un nuevo delito en el lapso de libertad condicional impone su revocación, y el descuento del tiempo en que gozó de la libertad (art. 15, primera parte del Código Penal) (...)” (Cámara Nacional de Casación Penal. Sala III°, 13 de octubre de 2010, caso “Ferrari, Pedro Alfredo s/ Recurso de Casación”, Causa N° 1. Voto Dra. Liliana E. Catucci).

De todo ello se desprende que si una persona condenada a una pena de prisión de efectivo cumplimiento, obtiene la libertad condicional en la última etapa de su condena, y bajo su rigor, comete un nuevo delito, según la doctrina legal y jurisprudencia reseñada, debería volver a cumplir el tiempo de condena remanente desde que obtuvo su liberación.

Se imponen entonces, claramente ciertos conflictos de tamiz constitucional. En este sentido, la disposición comprendida en el art. 15 primer párrafo última parte del Código Penal estaría obligando a incurrir en una “doble valoración de la etapa temporal de la pena”, vedado por la garantía fundacional del “ne bis in idem”, por lo que deviene contrario a la Constitución (arts. 18, 33 CN y 29 Const. Prov.).

“Ne bis in ídem”. Operatividad de la Garantía

Los aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que hemos venido desarrollando nos llevan a un paso obligado por la garantía constitucional conocida como *ne bis in ídem*¹¹³, resultando absolutamente necesario ilustrar su concepto y alcances a fin de poner en valor el punto central de este ensayo.

Someramente debe decirse que si bien la garantía “ne bis in ídem”¹¹⁴ no se encuentra consagrada en forma expresa, se considera implícitamente receptada por el art. 33 de la C.N., e incorporada al texto constitucional por el art. 75 inc. 22 en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁵.

¹¹³ Si bien este precepto también es conocido en la doctrina nacional como “*non bis in ídem*”, y teniendo en cuenta que ambas denominaciones aluden a lo mismo, nos referiremos a la garantía como “*ne bis in ídem*”, en honor al profesor Julio B. J. Maier.

¹¹⁴ Originada en el “Enmienda V” de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹¹⁵ Art. 14.7 P.I.C.D.P.: “...Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país...”.

Debe aclararse que se han enarbolado frondosos y enriquecedores debates doctrinales en punto a su terminología y alcances (vgr.: “delitos” o “hechos”, “sanción” o “persecución”, etc.) que a la fecha se consideran superados por la fórmula de protección en el sentido más amplio.

Llegado el momento de brindar un concepto, y en un denodado esfuerzo por brindar una fórmula sencilla, presentamos al instituto como la garantía individual que protege a las personas de ser sometidas y/o expuestas por segunda vez a una persecución (o sanción) penal estatal por los mismos hechos¹¹⁶.

Así concebida, su operatividad está sujeta a la verificación de varios extremos, los cuales pueden resumirse en *eadem res* (identidad de hecho), *eadem persona* (identidad de persona) y *eadem causa patendi* (identidad de causa persecutoria).

Sobre este pie de marcha, para considerar que existe persecución penal múltiple vulnerando el precepto “ne bis in ídem”, debe encontrarse abastecido el primero de los requisitos enumerados (identidad de hecho), que implica en resumidas cuentas estarse, por segunda vez, en presencia del mismo “hecho histórico” como objeto de la persecución penal estatal¹¹⁷.

También debe configurarse la segunda exigencia mencionada (identidad de persona), es decir, que además de haber identidad de hecho histórico como objeto de imputación, exista, también por segunda vez, identidad respecto al sujeto destinatario pasivo de sanción (imputado)¹¹⁸.

Y por último, debe existir también (identidad de causa persecutoria), lo cual en palabras del maestro Julio B. J. Maier, se refiere a la jurisdicción de los jueces, en el sentido de que ambos examinen el hecho imputado con idénticos poderes jurídico-penales (competencia material)¹¹⁹.

El Máximo Tribunal Nacional ha adoptado este concepto de “ne bis idem” ante la posibilidad de la reiterada exposición al riesgo de ser penado por medio de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo había sido por el mismo hecho (Maier 1996, p. 597; Carrió 1984, p. 380).

Así lo ha receptado la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, a saber:

“(…) que la libertad condicional es una modalidad de ejecución de la pena y que por ello resulta inadmisibles no contabilizar de manera alguna el período anterior al acaecimiento del suceso por el cual se revoca el beneficio. La aplicación en tal sentido del art. 15 del Código Penal es contraria a la prohibición de doble punición, no sólo porque la libertad condicional constituye una modalidad de ejecución de la pena, sino también por el sometimiento a las reglas que impone el art. 13 del mismo digesto [...]. Lo que parece inadmisibles es que ese período no se compute en ninguna medida [...]. En similar sentido, me he

¹¹⁶“(…) impide la múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite (...)” (Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal. I Fundamentos. Editores del Puerto, pag. 599).

¹¹⁷Schiavo, Nicolás. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo I. Hammurabi, pág. 124.

¹¹⁸Schiavo, Nicolás. Ob. cit., pág. 126.

¹¹⁹Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto, pag. 623.

expresado en el precedente “ORTIZ, Matías Fernando s/rec. De casación”, del registro n° 1884/11 de la sala III de esta cámara (...)”¹²⁰.

Es dable afirmar que toda persona posee una protección constitucional contra el intento por parte del Estado de perseguirla penalmente más de una vez por el mismo hecho. En esta dirección, contabilizar el tiempo que el condenado estuvo cumpliendo pena en libertad condicional a los efectos de realizar un nuevo cómputo violenta gravemente la múltiple persecución.

Desde este mirador, no puede aceptarse pacíficamente, la imposición del art. 15 primer párrafo del Código Penal, por cuanto no incluye a la libertad condicional como cumplimiento de pena.

En este sentido, si fuera revocada por la violación de residencia (art. 13 inc. 1° del C.P.) o por la comisión de un nuevo delito (art. 13 inc. 4° del C.P.); “(...) no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)”, tensionando, la garantía de “ne bis in ídem” valorando y haciendo cumplir dos veces la misma pena¹²¹.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera:

(...) la garantía que prohíbe la doble persecución penal por el mismo hecho tiene base constitucional. El rango constitucional que la prohibición contra el doble juzgamiento ya ostentaba conforme a la tradicional doctrina de la Corte federal ha venido a ser reafirmado con la incorporación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional [...]. La garantía es susceptible de tutela inmediata porque no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho [...]. La prohibición de múltiple persecución penal por el mismo hecho, que también aparece consagrada en (...) (Fleming y López Viñals, 2008, p. 447-449).

Interpretaciones como “no computándose el tiempo” (Fontán Balestra, 1977, p. 364-365); “no se computa en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad” (Chiara Díaz, 2007/2010, p. 191); “debe retornar a prisión a cumplir la porción de pena que le restaba desde que obtuvo su liberación” (Alderete Lobo, 2007, p. 266); “el tiempo pasado en ella no se computará como de cumplimiento de pena” (Maurach et ál, 1994-1995, p. 507); “[l]a revocación total implica el reencarcelamiento sin cómputo del período de libertad condicional” (Clairá Olmedo, 2008, p. 386) se dan de bruces con la aritmética penal y su razonabilidad.

Realizar una nueva sentencia y cómputo, valorando el tiempo en el que el condenado estuvo cumpliendo su pena por medio de la libertad condicional, violenta gravemente a la Constitución

¹²⁰Causa N° 14.449, 2012- Sala IIC. F.C.P. “Van Wele, Alberto Ignacio s/ recurso de casación”, votos de Slokar y Figueroa Ledesma

¹²¹La excepción de cosa juzgada es un principio procesal que impide procesar dos veces a una persona por los mismos hechos.

Nacional y el bloque de constitucionalidad previsto en el art. 75, inc. 22. Esto impone el deber de plantear estas discusiones ante los tribunales a los efectos de reconsiderar la posición dominante jurisprudencial y generar, mediante un debate serio, ya no la justificación del art. 15 del Código Penal y su dudosa contabilidad, sino profundizar en las cuestiones relativas a la aplicación de ciertos institutos del derecho penal, sus funciones y la relación con la democracia.

Análisis jurisprudencial

El fallo judicial seleccionado y traído a estudio recepta la totalidad de los preceptos y puntos de conflicto normativos tratados con anterioridad.

Concretamente se ha declarado la nulidad del art. 15 del Código Penal por cuanto establece que "(...) La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)".

Ello por haber considerado a la libertad condicional como "cumplimiento de pena", y entender de acuerdo a los fundamentos expuestos que dicha disposición del Código de Fondo obliga a incurrir en una "doble valoración de la etapa temporal de la pena", vedado por la garantía constitucional del "ne bis in idem" al encontrarse reunidos sus requisitos de operatividad; realizando el correspondiente cómputo de pena, donde -a diferencia de la Norma Penal nulificada-, se ha tenido por cumplida la etapa temporal de la pena sufrida bajo el instituto de la libertad condicional, dando preeminencia a los preceptos constitucionales.

Lomas de Zamora, 27 de agosto de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa según la audiencia prevista en el art. 13 de la ley 13811, en IPP n° XXX por la presunta comisión del delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización; atento a la petición realizada por el Sr. Agente Fiscal Dr. XXX, el defensor particular Dr. XXX con el consentimiento del imputado de autos, G. B. en relación a la aplicación del presente trámite de excepción de terminación del proceso (arts. 189 bis inc. 2° primer párrafo C.P., 284 bis, ter, quater, quinquies y sexies, 395, 396, 397, 398 inciso 2° y 399 del C.P.P. y art. 13 de la ley 13.811).-

Y CONSIDERANDO:

Que el imputado de autos es aprehendido el día 13 de julio de 2013 por la presunta comisión del delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, encontrándose detenido hasta el día de la fecha. (arts. 189 bis inc. 2° primer párrafo C.P). -

Que el Sr. Agente Fiscal Dr. XXX, el Defensor Particular Dr. XXX con expreso consentimiento de su asistido G. B. presentan acuerdo de aplicación del instituto de Juicio Abreviado a la pena de seis meses de prisión y costas por los fundamentos que expresaron en la audiencia. (arts.

189 bis inc. 2° primer párrafo C.P., 284 bis, ter, quater, quinquies y sexies, 395, 396, 397, 398 inciso 2° y 399 del C.P.P. y art. 13 de la ley 13.811). -

Asimismo, el imputado de autos se encontraba en etapa de libertad condicional, por la pena impuesta de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas del proceso, por haber sido declarado coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso real con resistencia a la autoridad. (arts. 5, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166 inc. 2° párrafo tercero y 239 del C.P.).-

Que dicha condena fue dictada por el Tribunal en lo Criminal N° XXX Departamental en causa N° XXX encontrándose detenido desde el 20 de agosto del 2011, y habiendo cumplido 10 meses privado de libertad, según lo previsto por el art. 13 primer párrafo del C.P. obtuvo su libertad condicional a través del Juzgado de Ejecución, el día 21 de junio de 2012, hasta volver a estar detenido en la presente causa con fecha 13 de julio del 2013, sin haber agotado la primera condena. Las partes integran al acuerdo de juicio abreviado, la revocación de la libertad condicional y la unificación prevista en el art. 58 del Código Penal. -

Por aplicación del art. 15 del Código Penal: "(...) La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)".

Sobre el tramo, Carlos Fontan Balestra entiende que: "(...) la libertad condicional se revoca cuando el liberado cometiere un nuevo delito, no computándose el tiempo que aquella hubiere durado (...)" (Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Ed. Abeledo Perrot, p. 364 y 365). -

Coincide con ello Carlos Chiara Díaz, exponiendo que:

(...) El incumplimiento de las condiciones relativas a la obligación compromisoria de residencia (inc. 1°) y comisión de un nuevo delito (inc. 4°) determinan la revocación de la libertad condicional, la cual ya no podrá ser obtenida nuevamente (arts.15 y 17). No se computa en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad (...) (Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Parte General. Tomo I. Ed. José Luis Depalma, p. 191).

En igual sentido lo entiende Rubén A. Alderete Lobo, por cuanto:

(...) Las consecuencias de la revocación resultan particularmente graves. La persona que la sufre debe retornar a prisión a cumplir la porción de pena que le restaba desde que obtuvo su liberación y, además, no podrá volver a solicitar una nueva inclusión en el régimen de libertad condicional hasta el agotamiento de su condena (...) (La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino. Ed. Lexis Nexis, p. 266).

De igual manera contesta Jorge C. Baclini al afirmar "(...) Ello así, en tanto, "no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)" (Condena y Libertad Condicionales. Ed. Juris, p.183).-

Asimismo, Carlos Creuss refiere que: "(...) la libertad condicional será revocada y el tiempo pasado en ella no se computará como de cumplimiento de pena (...)" (Derecho Penal Parte General. Ed. Astrea, p. 507).

También José Daniel Cesano coincide, explicando que: "(...) Ahora bien, acreditada la sustracción maliciosa, la libertad condicional se revocará; debiendo cumplir con el resto de la sanción que le restaba; remanente que se computa a partir del momento en que se dispuso la suspensión (...)" (Contribución al Estudio de la Libertad Condicional. Ed. Mediterránea, p.128).

Por último, Jorge A. Clariá Olmedo entiende que: "(...) La revocación total implica el reencarcelamiento sin cómputo del período de libertad condicional (...)" (Tratado de Derecho Procesal Penal.Tomo VII. Ed. Rubinzal - Culzoni, p. 386).-

Lo cierto es que, según el recorrido doctrinario, la revocación de la libertad condicional importaría según lo establecido por el 15 primera parte C.P. no computar el tiempo de libertad como cumplimiento de la condena. -

La jurisprudencia ha receptado esta postura:

(...) La revocación de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito (que implica la pérdida del tiempo de libertad a los efectos del cumplimiento de la pena) sólo procede cuando se trata de ilícitos cometidos en el lapso que va desde la concesión del beneficio al de la extinción de la pena (arg. art. 16 del C.P.), y nunca con fundamento en la comisión de hechos delictivos anteriores pues ellos no permiten predicar el incumplimiento de las condiciones del artículo 13 del Código Penal ni justifican tampoco la aplicación de las consecuencias que prevé el artículo 15 primer párrafo "in fine" de dicha norma (...) (Natiello-Piombo-Sal Llargués, JO0100NE, 2006).

En el mismo sentido, "(...) Se trata de un imperativo legal. La comisión de un nuevo delito en el lapso de libertad condicional impone su revocación, y el descuento del tiempo en que gozó de la libertad (art. 15, primera parte del Código Penal) (...)" (Cámara Nacional de Casación Penal. Sala III°, 13 de octubre de 2010 -caso Ferrari, Pedro Alfredo s/ Recurso de Casación- Causa N° 1. Voto Dra. Liliana E. Catucci). -

De todo ello se desprende, que si una persona condenada a una pena de prisión de efectivo cumplimiento, obtiene la libertad condicional en la última etapa de su condena, y bajo su rigor, comete un nuevo delito, debería, según la doctrina legal y jurisprudencia reseñada, volver a cumplir el tiempo de condena remanente desde que obtuvo su liberación.

Ahora bien, para avanzar sobre la cuestión, correspondería analizar la naturaleza jurídica de la libertad condicional. En este sentido, la doctrina la ha definido como una "rectificación de la pena impuesta" (González Roura, Díaz), "una suspensión condicional de la pena" (Núñez, Caballero, De La Rúa, Alderete Lobo, Cesano), "una suspensión parcial del encierro que tiene lugar durante un período de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de la libertad que le quedaba por cumplir al condenado" (Zaffaroni) o

bien "una ejecución de la pena privativa de la libertad sin encierro" (Gómez, Gavier, Soler, Creus, Fontán Balestra, Chiara Díaz).-

Es interesante resaltar, que el sector de la doctrina, como ser Emilio C. Díaz -partidario de la "rectificación de la pena impuesta"-, o Caballero, Cesano y Alderete Lobo -inclinados a "una suspensión condicional de la pena"-, utilizan como principal fundamento, el particular art. 15 del Código Penal, realizando un esfuerzo interpretativo a los efectos de justificar la letra del primer párrafo última oración en donde expresa "(...) En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)".

Comparto con el sector mayoritario de la doctrina, que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de pena, y profundizo que es una última etapa de la ejecución penal, que progresivamente a disminuido sus consecuencias más severas, lo que es íntegramente compatible con las leyes de ejecución nacional n° 24660 (19/06/96 modif. 26.813 -13/01/13) y provincial n ° 12.256 (sanc.22/12/98 Prom19/01/99 modif. 14.296).-

Ello, así pues, la liberación condicional tiene lugar luego de un período de absoluta privación de libertad, el cual disminuye sus secuelas negativas atento el transcurso del tiempo y los informes requeridos al Servicio Penitenciario. -

De esta forma, puede colegirse que durante la libertad condicional continúa cumpliendo su pena, ya que la disminución de las restricciones no importan su libertad plena (art. 13 incs. 1, 2, 3 ,4 ,5 y 6 del C.P.), por lo que, en definitiva, permiten avizorar a todas luces, una continuación en el cumplimiento de la ejecución. -

En palabras del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni:

(...) En cualquier concepción realista de las penas privativas de la libertad no puede identificarse la pena con el encierro. El encierro es la manifestación máxima de la privación de la libertad, que rige para el cumplimiento de la mayor parte de las fases ejecutivas, pero el último tramo de la ejecución -aunque tenga lugar sin encierro- sometido a una restricción ambulatoria que no puede dejar de considerarse pena (...) (Derecho Penal Parte General, EDIAR, p. 957).

Desde este mirador, no puede aceptarse pacíficamente, la imposición del art. 15 primer párrafo del Código Penal, por cuanto no incluye a la libertad condicional como cumplimiento de pena. En este sentido, si fuera revocada por la violación de residencia (art. 13 inc. 1° del C.P.) o por la comisión de un nuevo delito (art. 13 inc. 4° del C.P.); "(...) no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (...)", violentando sin lugar a dudas, la garantía de "ne bis in idem" valorando y haciendo cumplir dos veces la misma pena.

Así lo ha receptado la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, a saber:

(...) que la libertad condicional es una modalidad de ejecución de la pena y que por ello resulta inadmisibles no contabilizar de manera alguna el período anterior al acaecimiento del suceso por el cual se revoca el beneficio. La aplicación en tal sentido del art. 15 del Código Penal es contraria a la prohibición de doble punición, no sólo porque la libertad condicional constituye

una modalidad de ejecución de la pena, sino también por el sometimiento a las reglas que impone el art. 13 del mismo digesto (...) Lo que parece inadmisibles es que ese período no se compute en ninguna medida. En similar sentido, me he expresado en el precedente "ORTIZ, Matías Fernando s/rec. De casación", del registro n° 1884/11 de la sala III de esta cámara (...) (Causa N° 14.449 – 2012- Sala IIC. F.C.P. "VAN WELE, Alberto Ignacio s/ recurso de casación, Slokar Figueroa -Ledesma).-

Se impone entonces, la introducción del tamiz constitucional, ya que, como adelanté, la disposición comprendida en el art. 15 primer párrafo última parte del Código Penal estaría obligando a incurrir en una "doble valoración de la etapa temporal de la pena", vedado por la garantía fundacional del "ne bis in idem", por lo que deviene contrario a la constitución. (arts. 18, 33 Cons.Nac. y 29 Const. Prov.). -

En este sentido, La Corte ha adoptado el concepto de "ne bis idem" ante la posibilidad de la reiterada exposición al riesgo de ser penado a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo había sido por el mismo hecho (Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal, Fundamentos, pág. 597 Edit. del Puerto y Carrio, Alejandro D. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, pag. 380 Edit. Depalma).

Que la primera condena fue dictada encontrándose detenido desde el 20 de agosto del 2011, y habiendo cumplido 10 meses privado de libertad, según lo previsto por el art. 13 primer párrafo del C.P. obtuvo su libertad condicional a través del Juzgado de Ejecución el día 21 de junio de 2012, hasta volver a estar detenido en la presente causa con fecha 13 de julio del 2013.-

Atento los fundamentos expuestos, entiendo que corresponderá computar como cumplimiento de pena el lapso de libertad condicional y declarar la Inconstitucionalidad del art. 15 primer párrafo última parte del C.P). -

Las partes integran al acuerdo de juicio abreviado, la revocación de la libertad condicional y la unificación prevista en el art. 58 del Código Penal. -

Por ello, es que, en base a los fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y citas legales realizadas:

RESUELVO:

I.- DECLARAR ADMISIBLE EL PEDIDO DE JUICIO ABREVIADO presentado por el Sr. Agente Fiscal, Dr. XXX en representación del Ministerio Público Fiscal, y el Sr. Defensor Particular, Dr. XXX con consentimiento del imputado de autos G. B. (arts. 395, 396, 397, 398 inciso 2° y 399 del C.P.P.).

II.- CONDENAR a G. B. a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, más costas en orden al delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal cometido el 13 de julio de 2013 en perjuicio de la Seguridad Pública por los fundamentos expuestos (arts. 40, 41, 45 y 189 bis inc. 2° párrafo primero del C.P. y 23, 210, 371 y 375 del C.P.P.). -

III- REVOCAR LA LIBERTAD CONDICIONAL que se encontraba cumpliendo por la pena impuesta de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas del proceso, por haber sido

declarado coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso real con resistencia a la autoridad impuesta por el Tribunal en lo Criminal N° 7 Departamental en causa N° 49226. (arts. 5, 15 primer párrafo, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166 inc. 2° párrafo tercero y 239 del C.P.). -

IV.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 15 primer párrafo última parte del Código Penal en cuanto entiende que: "...La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad...", ya que obliga a incurrir en una "doble valoración de la etapa temporal de la pena", vedado por la garantía constitucional del "ne bis in idem". (arts. 18, 33 Const. Nac. 29 Const. Pcial.1, 500 y ccds. Cod. Proc.Penal).-

V.- En relación a lo declarado precedentemente, encontrándose detenido desde G. B. desde el 20 de agosto del 2011, habiendo obtenido su libertad condicional el día 21 de junio de 2012, hasta volver a encontrarse privado de la libertad en la presente causa con fecha 13 de julio del 2013, corresponderá computar como cumplimiento de pena el lapso de libertad condicional. (arts. 18, 33 Const. Nac. 29 Const. Pcial., 13 del C.P 1, 500 y ccds. Cod. Proc.Penal). -

VI- UNIFICAR la condena impuesta de SEIS MESES de prisión y costas en orden al delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, con la de 3 AÑOS DE PRISIÓN y costas oportunamente dictada por el Tribunal en lo Criminal N° XXX Departamental en causa N° XXX, en orden al delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso real con resistencia a la autoridad, CONDENANDO EN DEFINITIVA, a G. B. a la pena de 3 AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES - quedando vigente su derecho al sufragio, secreto, universal y obligatorio - Y COSTAS, mas su declaración de Reincidencia, por los fundamentos y citas legales expuestas anteriormente (arts. 5, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 50, 55, 58, 166 inc. 2° párrafo tercero y 239 del C.P.)-

VII.- Por ello, encontrándose privado de libertad desde el 20 de agosto del 2011, y previo las cuestiones analizadas precedentemente en razón del cómputo de pena; el cumplimiento de los tres años y cuatro meses de prisión vencerá el día 19 de diciembre de 2014, incluyendo el tiempo que estuvo gozando de libertad condicional como cumplimiento de pena. (art. 500 del C.P.P.). -

Habiéndose notificado y consentido las partes, corresponderá LIBRAR OFICIO al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, como así también al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de comunicar lo aquí resuelto de conformidad con la Ley Nacional 22.117.-

Gabriel M. A. Vitale

Juzgado de Garantías n° 8

Lomas de Zamora