

c.21.805: “Suárez, Ricardo A., Anselmini, Ricardo A. y Echenique, Oscar A. s/ incidente ejecución alternativa de la pena. Salidas Transitorias (Anselmini)”. Sala I

En la ciudad de Mar del Plata, a los ocho (8) días del mes de agosto del año dos mil doce, siendo las nueve horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Dres. Esteban I. Viñas y Javier G. Mendoza, bajo la presidencia del primero, para resolver en la causa n° **21.805**, caratulada: “**Suárez, Ricardo A., Anselmini, Ricardo A. y Echenique, Oscar A. s/ incidente ejecución alternativa de la pena. Salidas Transitorias (Anselmini)**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: VIÑAS – MENDOZA.

#### **ANTECEDENTES:**

1°) En la causa n° 11.445 de trámite por ante el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 dtal. a cargo del Dr. Ricardo G. Perdichizzi, tras celebrarse la audiencia del art. 3 de la ley 14.296, con fecha 18/06/2012 (fs. 456/61vta.) se resolvió: **I.)** No hacer lugar a la reposición deducida por el Sr. Agente Fiscal Guillermo Nicora contra la decisión del 13/6/2012 dictada en la causa principal n° 11.445 del mismo Juzgado por la que se aprobó el cómputo de pena, de forma privilegiada conf. art. 7 de la ley 24.390 respecto de Ricardo A. Anselmini **II.)** Hacer lugar al pedido de la defensa de los encartados y declarar la inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256 reformado por la ley 12.543, en cuanto veda la posibilidad de otorgar salidas transitorias a penados por determinados delitos, por contradecir la legislación de naturaleza superior, en particular la ley 24.660 en sus arts. 228, 229 y cctes., **III.)** Mantener el régimen de salidas transitorias para afianzar vínculos familiares bajo la tutela de un tercero responsable que, en etapa anterior del proceso y en el expediente principal, había resuelto esta Cámara (el 5/12/2011, ver copias certificadas de fs. 402/414) respecto del –ahora- penado Ricardo Alberto Anselmini; **IV.)** Fijar las reglas bajo las cuales el nombrado deberá sujetar esa etapa de cumplimiento de

la pena y V.) Requerir de la unidad penitenciaria de alojamiento de los otros dos encartados los informes de los arts. 100 de la ley 12.256 y 17 de la ley 24.660 para resolver a su respecto.

2.) Contra estas decisiones interpuso recurso de apelación el nombrado portavoz del Ministerio Público Fiscal, exponiendo en la misma audiencia que ilustra el acta de fs. 456/61 vta., los siguientes agravios:

2.1.) En primer término, el Dr. Nicora impugnó el rechazo de su pedido repositivo del cómputo privilegiado de la pena impuesta a Ricardo Alberto Anselmini fundado en que: *“...la ley 24.660 no deroga la pena de reclusión, no debió computarse más que como dice el art. 24 del CP y 7 de la ley 24.390, no existe si quiera opinión de la C.S.J.N. sobre una posible derogación tácita de esta norma, que ello fue una opinión sólo de tres ministros en el fallo Méndez... El Sr. Anselmini fue detenido al momento de dictarse sentencia, habiéndose cumplido por ende los parámetros de la ley 24.390, siempre tuvo calidad de penado aunque su pena no estuviera firme. Al no existir prisión preventiva a su respecto no existe la posibilidad de aplicación de cómputos privilegiados lo resuelto contradice la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial que no considera que la ley 24.660 hubiera derogado los arts. 24 del CP y 7 de la ley 24.390, tanto en ésta causa como en el fallo de fecha 22/4/09 nro. 2072 P.102372, originario de la Cámara de Apelación y Garantías Dptal. Agravia a la Fiscalía por no aplicarse las normas vigentes y señala que siendo la reclusión una pena más gravosa, lo que ha indicado el juez, debe considerarse asimismo que tal gravedad se traduce también en el modo de computar la prisión preventiva. Que la ley 24.390 nunca previó un cómputo privilegiado y por ello no puede luego preverlo, considera que no existe modo lógico de sostenerlo...”*

2.2.) Seguidamente protestó por la declaración de inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256 reformado por la ley 12.543 porque, a su criterio, *“...se basa en cuestiones sólo aparentes, entiende que el art. 75 inc. 12 de la C.N. impide que los códigos que dicte el Congreso Federal*

*no debe afectar las constituciones locales, considera que en este caso no puede el Congreso Federal imponer normas de clara aplicación local alterando el principio federal... en este caso se altera la jurisdicción soberana de la provincia de Buenos Aires, siendo la ley 24.660 la inconstitucional que no debe ser aplicada...”.*

**2.3.)** Asimismo, el apelante se agravió por valorar “...la imposibilidad de aplicar el régimen de salidas transitorias por no haber aún cumplido Anselmini 15 años de pena, conforme a lo que expusiera en lo que hace al cómputo... practicado. En lo que hace al sitio donde se deben cumplir las salidas, indica que existe una situación de riesgo en lo que hace a la presencia de Anselmini en la ciudad de Miramar por la trascendencia del caso en análisis, que incluso la población incendió la comisaría de la ciudad...por la implicación en el caso de efectivos policiales...”.

**2.4.)** Finalmente, el apelante formuló expresa reserva del Caso Federal (art. 14 de la ley 48).

**3.)** En el mismo contexto de la audiencia aludida (ley 14.296 art. 3), la letrada defensora del penado Anselmini, Dra. Patricia Victoria Perelló, respondió los planteos del recurrente del siguiente modo:

**3.1.)** En cuanto al agravio contra el cómputo privilegiado de pena practicado en la causa principal, la defensa consideró que “...es una visión particular del Sr. Fiscal sobre que la detención de Anselmini sin sentencia firme no le da el carácter de procesado, recordando asimismo que la Cámara ya se ha expedido sobre la inconstitucionalidad del art. 24 CP y 7 de la ley 24.390, resolución no recurrida por la fiscalía y, por ello, adquirió firmeza para esta parte, entiende que no puede reeditarse la cuestión ya tratada...” (fs. 457vta.).

**3.2.)** Respecto las objeciones del órgano acusador contra la concesión a Anselmini de salidas transitorias, la Dra. Perelló sostuvo que aquellos planteos deben ser rechazados “...por cuanto el art. 228 de la ley 24.660 establece plenamente la aplicación de la ley nacional. Que lo referente al incendio de la Comisaría de Miramar, indica que el Sr. Melman incendió la

*Comisaría mucho antes de conocerse la presencia de efectivos policiales como imputado en el caso, que lo hizo porque el fiscal, el Dr. Pagella, sólo tomó declaración testimonial al “Gallo” Fernández y no lo detuvo... la Comunidad de Miramar ya no participa en marchas con el Sr. Melman porque descubrió los fines que este tiene detrás del proceso, que Anselmini ha cumplido sus salidas por 7 meses en Miramar sin inconvenientes y por ende no existe motivo alguno para impedir que concurra al sitio donde reside su familia, que no tiene otro domicilio para ofrecer...”.*

**4.)** Concedido los recursos de apelación y ya radicadas las actuaciones ante esta Alzada, a fs. 463/66 se presentó el Sr. Fiscal General Dr. Fabián U. Fernández Garelo, manteniendo *“...en todas sus partes los remedios recursivos interpuestos por el Agente Fiscal interviniente, Dr. Guillermo Nicora, en ocasión de celebrarse la audiencia protocolizada a fs. 456/461, compartiendo plenamente los argumentos por él esgrimidos...”*.

**4.1.)** Con relación al cómputo de pena privilegiado aprobado en la instancia ejecutiva, el portavoz del Ministerio Público Fiscal distrital sostuvo que ello *“...ha puesto en crisis la plena vigencia del art. 5 del Código Penal...”* argumentando que si se pretende que el cambio legislativo relacionado con la modalidad de la ejecución de la pena -ley 24.660- *“...modifica una norma del Código Penal, comporta un exceso de interpretación contrario a todo el espíritu del digesto. La inaplicabilidad del régimen diferenciado que se propicia...altera indirectamente la especie de pena originariamente impuesta al condenado, cambiando ésta de reclusión a prisión, lo que torna arbitraria la decisión...”*.

En apoyo del argumento expuesto anteriormente por el Dr. Nicora en cuanto a que lo resuelto por la CSJN en el fallo “Méndez” no es dirimente de la cuestión relativa a la vigencia del art. 24 del CP, cita la sentencia de la Sala II del T.C.P.B.A. en causa n° 23.678, del 28/6/2007.

**4.2.)** Con relación a la declaración de inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256 modificada por la n° 12.543, el Dr. Fernández Garelo señaló que el fallo recurrido desconoció el carácter restrictivo y de *“última ratio”*

que tiene ese instituto con base en jurisprudencia de los tribunales superiores.

Concluye que *“...el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos en los que trasciende el ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario. No dándose en autos dichas circunstancias excepcionales, interpreto que resulta improcedente el temperamento adoptado por el Juez de Ejecución...”*.

**5.)** Conferido a fs. 467 traslado de la última presentación el Ministerio Público Fiscal, a fs. 481/84vta. se presentó la abogada codefensora del penado Anselmini, Dra. Carolina Ciordia quien, sintéticamente, expuso:

**5.1.)** Que la cuestión sobre el cómputo privilegiado de la pena impuesta a su ahijado procesal y la inconstitucionalidad de los arts. 24 del CP y 7 de la ley 24.390 en cuanto a su exclusión para los condenados a reclusión ya fue resuelta por esta Cámara el 5/12/2011, fallo consentido por el Ministerio Público Fiscal.

**5.2.)** La inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256 modificado por la n° 12.543 se impone porque la prohibición allí contenida no se ajusta, en el caso concreto, al fin preventivo especial de reinserción social tal como ya fuera resuelto por la Sala II en fallo del 15/12/2010 y que *“...no se trata de evaluaciones de tipo genéricas sino que considera esta parte que la misma en el caso concreto es aplicable por ser contraria a la manda constitucional...DDHH, art 5.6 y PIDCyP 10.3...”*.

**5.3.)** En cuanto a las salidas transitorias la defensa consideró que el Fiscal de Cámaras no mantuvo la apelación de su subordinado por cuanto sólo se refirió a la impugnación del cómputo de pena y la inconstitucionalidad del art. 100 de la ley 12.256, sin perjuicio de lo cual, reafirmó que están dadas todas las condiciones para que su pupilo pueda gozar de ese beneficio conforme la ley 24.660 y los dictámenes de organismos de clasificación penitenciaria y que además, ya viene cumpliendo las reglas que le fueron impuestas cuando se le

concedió por esta Cámara, como morigeración de su prisión preventiva.

Encontrándose tal impugnación en estado de resolver, el Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes **CUESTIONES**:

**Cuestión Primera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar respecto del cómputo de pena practicado a fs. 304/308 de la causa principal n° 11.445 (21.806 de esta Sala)?**

**Cuestión Segunda: ¿Son inconstitucionales los arts. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 y 100, 3er. párrafo de la ley 12.256 modificado por la ley 12.543. t. o. ley 13.177, en cuanto vedan la concesión del ingreso al período de prueba y al régimen abierto y salidas transitorias a los condenados por delitos contra la integridad seguida de muerte?**

**Cuestión Tercera: ¿Es procedente la concesión de Salidas Transitorias al penado Ricardo Alberto Anselmini?**

**Cuestión Cuarta: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ**

**VIÑAS DIJO:**

1.) En forma preliminar considero un deber jurisdiccional dejar aclarado que le asiste absoluta razón a la defensa cuando objeta la afirmación del Ministerio Público Fiscal Departamental –en tanto fue inicialmente expuesta tanto por el Dr. Guillermo Nicora a fs. 457 última parte, como en la ratificación “*in totum*” del Dr. Fabián Fernández Garelo a fs. 463 pto. “I”– que : “...*el Sr. Anselmini fue detenido al momento de dictarse sentencia, habiéndose cumplido por ende los parámetros de la ley 24.390, siempre tuvo calidad de penado aunque su pena no estuviere firme. Al no existir prisión preventiva a su respecto, no existe posibilidad de aplicación de cómputos privilegiados a su respecto...*”, por entender que dichas expresiones contienen un grave yerro jurídico, constitucional, penal y procesal penal.

En efecto, hoy no puede caber la menor duda que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional (CN, 18 y 75 inc. 22; CADH, 5 inc. 2° y 8 inc. 2 letra “c”; y PIDCyP, 10 inc. 2, letra “a” y 14 incs. 2 y 6) y penal –

sustantivo y adjetivo- vigentes (CP, 24 y CPPBA, 147, 157/60, 371 último párrafo, 501, 2do. párrafo y ctes.), todo imputado sometido a encierro preventivo durante el curso del proceso y hasta que no recaiga sobre él una sentencia condenatoria que esté firme, sólo puede revestir la condición de procesado y no de penado (ver: Julio B. J. Maier, en “*Derecho Procesal Penal – I Fundamentos*”, 2da. edición, 3ra. Impresión. Editores del Puerto SRL, Buenos Aires 2004, págs. 490/1 y el mismo autor, Tomo II, 2da. reimpresión 2011, pág. 198; Héctor Granillo Fernández y Gustavo Herbel, en “*Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2° edición actualizada y ampliada*, Editorial La Ley, 2009 Tomo I págs. 21/2; e/o).

2.) En segundo término, entiendo que también es ajustado a derecho el planteo formulado por las letradas Patricia Perelló y Carolina Ciordia en el sentido que habiendo esta Alzada resuelto a fs. 434/36 del respectivo incidente de excarcelación (fs. 402/414 de esta incidencia, punto III de la parte dispositiva causa n° 20.448, Reg. 514-R- del Tribunal) –aún con otra integración- la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 24 del Código Penal y 7 último párrafo de la ley 24.390, que vedan la posibilidad de aplicar el cómputo de prisión preventiva privilegiado (2 X 1) a los condenados a reclusión, y en tanto y en cuanto el Ministerio Público Fiscal había consentido dicho decisorio (ver fs. 446vta. del incidente aludido y 414vta./415 de este expediente - sólo apeló el particular damnificado-), ahora carece de agravio, en virtud del art. 430 “*a contrario sensu*” del CPP.

En otras palabras, cualquiera sean las razones por las que en su momento no se recurrió ese fallo, ello señala la suerte adversa de su planteo extemporáneo, pues lo que ahora agravia al Ministerio Fiscal no es más que la reedición del temperamento ya adoptado por el Tribunal en una resolución para aquél firme, siéndole aplicable la teoría de los propios actos.

Esta doctrina emanada de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1976, sostiene que “*nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con*

*otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz"* (CSJN, 16-2-93 causa "Zambrano", ver asimismo: CSJN, 21-9-89 "Cia. Azucarera Tucumana S.A. C/Estado Nacional S/Expropiación indirecta", Fallos 312:1725; 3-3-92 "Vicente Robles SAMCICIF C/Ferrocarriles Argentinos", Fallos 15:214).

A título de ejemplo, el Procurador del Tesoro de la Nación sostuvo que "*...mantener la congruencia de conductas asumidas facilita el buen orden administrativo y la certidumbre que debe imperar como exigencia insoslayable en el accionar del Estado.*" (LL 1991-B-38).

La aplicación judicial de esta doctrina se materializa como una suerte de prohibición o inadmisibilidad, que impide la invocación de alegaciones que importen ponerse en contradicción con los propios actos anteriores. En realidad queda invalidado o impedido con ello el obrar incoherente. Porque lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación. Así ha dicho la Corte que "*la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna el ejercicio de los derechos... y es aplicable por igual en el campo del Derecho Privado y del Derecho Público*" (CSJN, "Estructuras Taft SACeI y otro c/Tucumán, Provincia de y otro s/Daños y Perjuicios", E.D., Boletín de síntesis de Corte Suprema, agosto-septiembre de 1998, p.16).

En consecuencia, no habiéndose centrado los agravios de la Fiscalía, dirigidos a impugnar el cómputo de la prisión preventiva practicado a fs. 304/8 del principal, en otros argumentos que no fueran los relativos a dicha inconstitucionalidad (aún cuando versaron sobre criterios innovadores del "*a quo*", que pueden o no compartirse) y encontrándose ajustado a derecho el cálculo practicado por Secretaría, de los tiempos de prisión sufridos por Anselmini y los que le quedan por cumplir (CP, 24 y 7 de la ley 24.390), corresponde –sin más- su confirmación.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ MENDOZA DIJO:**

Voto en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ VIÑAS DIJO:**

1.) Coincido con el Ministerio Público Fiscal en cuanto a que – conforme a un criterio tradicionalmente sostenido por los tribunales superiores (CSJN: La Ley, 105-161; SCBA., Ac. 1494 S 23/12/97, “*López, Jorge Hugo s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78*”; SCBA, I 1496 S 23/12/97, “*Caussanel, Elvira María s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78*”, e/o), tanto provincial como nacional, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una medida de “*última ratio*” y a la que los jueces debemos acudir con prudencia, sólo cuando se muestra evidente su confronte con los principios emergentes del bloque monolítico del ordenamiento jurídico superior (CN, 31 y 75 inc. 22). Incluso durante cierto tiempo, se sostuvo que dicha declaración no podía dictarse sino a petición de parte.

Sin embargo, esa afirmación no invalida la posibilidad de que este Tribunal en el ámbito del proceso penal, respecto de una cuestión justiciable (no política), y en el ejercicio del control de constitucionalidad que en el sistema judicial difuso, adoptado por nuestro país, verifique jurídicamente si, en la especie, media alguna contradicción entre la normativa legal cuestionada y los principios de la Ley Fundamental, resolviendo la cuestión, aun de oficio, como creo que debemos hacerlo respecto del art. 56 bis de la ley 24.660 -t.o. ley 25.948-, puesto que ahora cuenta con el respaldo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha variado su criterio tradicional sobre la materia a partir del caso “*Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Pcia. de Corrientes*”, resuelto con fecha 27/09/2001 (Fallos 324:3219), y, sobre todo, en los autos “*Banco Comercial de Finanzas S.A. s/Recurso de hecho*” (sent. del 19/08/2004, B.1160.XXXVI).

Y lo propio ha hecho la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, plegándose a la doctrina del Tribunal cimero, en el expediente L. 83.781,

*“Zaniratto, Mabel Beatriz contra Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires. Enfermedad accidente”* (sent. del 22/12/2004). En efecto, acorde al voto inicial y mayoritario de la Dra. Hilda Kogan: *“...El control judicial difuso, adoptado por nuestro país, faculta a todos los magistrados del territorio a ejercer el control de constitucionalidad, sin hacer diferencias entre jueces nacionales y provinciales”*.

Así lo ha entendido el Alto Tribunal al establecer que: *“Es regla, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5º, Constitución Nacional) que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia”* (Fallos 149:122; 269:243, consid. 10 y 311: 460 -La Ley, 1988-D, 143; 302:132, entre otros). *“El ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 de la Constitución Nacional, constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda. Al respecto he sostenido que ‘...de nada valdría afirmar enfáticamente la supremacía constitucional frente a toda norma inferior, si luego se la limita al extremo de obligar a los jueces a aplicar normas repugnantes a la Constitución Nacional, por la sola circunstancia que las partes no advirtieron tal colisión; si el juez debe acatar en primer lugar la Constitución, así debe ser y en toda circunstancia; si no se discute que el magistrado está vinculado a los hechos que resultan afirmados y probados o admitidos en el litigio y no al derecho que invoquen las partes, es inexplicable que pueda elegir la norma inferior que considera adecuada al caso, pero no pueda hacer lo mismo con la norma máxima (Constitución) a la que las primeras están subordinadas y deben adecuarse so pena de descalificación’...”* (J.F.S.S. N° 8 *“Lezcano María Esther c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ jubilación por invalidez”*, expte. 26.106/1998 del 1-VI-2001).

Acertadamente se ha dicho que la doctrina de la aplicabilidad de la Constitución, con independencia de su invocación por las partes, es una expresión de la regla “*iura novit curia*”. Dentro del contorno de las concretas acciones deducidas y de los hechos invocados, el juzgador debe aplicar el derecho que corresponda. Y no es demostrable que precisamente la Constitución deba ser excluida del concepto de derecho, cuya debida aplicación no puede quedar sujeta a las argumentaciones de las partes sobre cuáles son las normas atinentes al caso.

*“...El derecho -incluida, obviamente, la Constitución -no es una “cuestión” que pueda no someterse a juzgamiento. Si los litigantes condicionaran al juez en cuanto a la selección de los textos aplicables podrían imponerle una indebida aplicación del derecho y, con ello, resultarían depositarios de un poder jurídico derogatorio de la propia Constitución. La declaración de inconstitucionalidad sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto y no más allá de eso (y si ello constituyera un avance sobre los otros poderes por cierto que el mismo no resultaría legitimado por la mera petición de las partes...” (ver SCBA L. 66.191, “Castellani, José A. contra Firestone de la Argentina S.A.I.C. Ley 9688”, voto del doctor Ghione, sent. 27-II-2002).*

2.) Zanjada con la argumentación precedente las objeciones del Ministerio Público Fiscal en cuanto a la facultad del órgano jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de una norma, corresponde adentrarme al caso concreto de tal planteo respecto de los arts. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 y 100, 3er. párrafo de la ley 12.256 modificado por la ley 12.543. t.o. ley 13.177, aclarando que he debido incluir la primera norma aludida por imperio del sistema jurídico que rige la ejecución de la pena en nuestro país, en tanto y en cuanto, como lo ha resuelto la Corte Federal “*in re*” “*Verbitsky*”: la ley 24.660 “*...se trata de una clara norma marco que es constitucional, pues no impide ni avanza*

*sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones...cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación...” (CSJN, Expte. V.856. XXXVIII considerandos 59 y 60).*

Del mismo modo el Tribunal de Casación Penal Bonaerense, ha sentenciado en numerosas ocasiones que, en función de lo normado en el art. 229 de la ley 24.660: “...se debe insistir con el criterio sentado por esta Sala del Tribunal en las causas n° 38, 102, 125 y 152 entre muchas otras,...en cuanto a que la Ley n° 24.660 resulta aplicable al ámbito provincial...lo que resulta patente, ello por cuando el Derecho de fondo es el involucrado...” (ver votos de los Dres. Benjamín Sal Llargués y Horacio Piombo, Sala I del Tribunal de Casación Penal de esta provincia, en la causa n° 7.324, sentencia del 17/12/2002, reg. 842/2002, e/o).

Finalmente, ello también es doctrina consolidada de este Tribunal conforme lo hemos resuelto en numerosos precedentes, citando por todos, el primer caso de esta Sala: causa n° 52.512: “Cadierno s/Libertad asistida” (sentencia del 20/6/2004 reg. 396 y doctrina allí citada: Javier Esteban de la Fuente, “La Ley 24.660 y su aplicación a las provincias...”, publicado en “Revista de Derecho Penal, 2001-2, Garantías Constitucionales y nulidades procesales” – II- Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe 2002, p. 538; causa n° 7.593 “Riquelme Ariel s/incidente de libertad asistida” (de la Sala III, jueces Dres. Marcelo A. Riquert y Daniel M. Laborde -19/10/2004- reg. 455–R), entre muchos otros.

En función de estos precedentes, en la materia aludida el marco normativo está formado, en su piso, por la ley nacional 24.660, la que se integra, en la jurisdicción bonaerense, en todo lo que sea más beneficiosa, con la ley

12.256 y sus modificatorias, pues según también ha dicho aquel Tribunal: “...ante la colisión entre la ley provincial n° 12.256 y la nacional n° 24.660, que regulan el cumplimiento de la pena... la interpretación constitucional más plausible, indica que la ley nacional n° 24.660 resulta una norma de derecho común cuya aplicación corresponde a las provincias por haber sido dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el inc. 12 del art. 75 de la Constitución Nacional...” (T.C.P.B.A. Sala I causa “V.Z.N.E. s/Rec. de casación”, sentencia del 02/02/04 publicada en Rev. La Ley, Bs. As., agosto de 2004 págs. 722/25).

En mi opinión los artículos mencionados, en cuanto vedan la concesión de cualquiera de los beneficios que implican el ingreso al período de prueba (incluida la libertad asistida) a los condenados, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos que allí se indican –en este caso particular el abuso sexual con acceso carnal agravado (CP, 119, inc.”d” para la ley bonaerense) y el homicidio “*criminis causae*” (CP, 80 inc. 7°), para ambas legislaciones-, violan los principios constitucionales de igualdad ante la ley (CN, 16 y 75 inc. 22; CADH, 24; PIDCyP 14 y CPBA, 11) el de razonabilidad (CN, 28), en tanto y en cuanto, contradicen, por un lado, el fin específico que dicha pena privativa de la libertad, de acuerdo con lo que disponen normas de jerarquía constitucional superior y aquellas mismas leyes, tiene en la etapa ejecutiva: la resocialización o readaptación social de los penados; y por el otro, el sistema de progresividad y prueba que, para la consecución de dicho fin preventivo especial positivo, impone la ley 24.660.

Vamos por partes:

**2.1.)** De acuerdo con nuestro sistema jurídico positivo, la “*reforma*” y la “*readaptación social*” son finalidades constitucionales y legales de la pena.

Así resulta con evidencia de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscripto en Nueva York el 19/12/1966; aprobado por la República Argentina

mediante ley 23.313 del 17/04/1986), en cuanto establece que: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”* (art. 10, n° 3) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, refrendado el 22 de noviembre de 1969, aprobado por la ley 23.054 del 01/03/1984), que prescribe que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”* (art. 5, n° 6), con lo cual estos dos tratados internacionales en materia de derechos humanos y de jerarquía constitucional (con la reforma de 1994), contienen claras directrices normativas con tal orientación preventiva especial y positiva, a las que se han plegado tanto de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660; publ. en el B.O. del 16/07/1996, art. 1°), cuanto su símil en la provincia de Buenos Aires, es decir, la ley 12.256 (publ. en el B.O. del 25/01/1999, art. 4).

En al ámbito continental americano, además, así se ha declarado en las 6 reuniones de Ministros de Justicia o Ministros Procuradores Generales de Las Américas (RMJAI) que se vienen desarrollando desde 1997 (entre las que se destacan, la I celebrada en Buenos Aires en 1997, la III en San José de Costa Rica en el año 2000, la IV en Trinidad y Tobago 2002, la V en Washington DC, en el año 2003 y la VI en Santo Domingo en el 2006); en el Primer Informe de la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Justicia y Política Carcelaria del Parlamento Latinoamericano de marzo de 1999 y en numerosos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**2.2.)** Además, tal finalidad, de acuerdo con las previsiones de los arts. 1° de la ley 24.660 y 4 de la ley 12.256 debe ser alcanzado a través de la asistencia y tratamiento de los internos y en base a un sistema que –por predominio de la ley nacional sobre la provincial (conforme jurisprudencia ya citada)- debe ser progresivo y en base al cual, al decir de Jorge Kent (*“Derecho de la Ejecución Penal”*, Edit. Ad-hoc, Bs. As. 1996, pág. 230), se busca *“...acotar la estancia del interno en los establecimientos cerrados para*

*promover –en la medida de lo posible y en función de la favorable evolución que experimente- el traslado a instituciones semiabiertas o abiertas... ”*, es decir que, entre el encierro absoluto y la recuperación de la libertad, debe haber un período de prueba en el que gradualmente el condenado vaya siendo promovido a distintos estadios del tratamiento, incluidas las posibilidades de externación con diferentes objetivos –mantener o mejorar vínculos familiares, capacitarse laboralmente, trabajar, recibir tratamientos, etc.- todos los cuales deben apuntar a aquella finalidad última de su inserción definitiva al medio libre.

**2.3.)** Pues bien, negar la posibilidad de gozar de salidas transitorias –este es el caso *sub examine*, a un condenado que reúne las condiciones temporales y materiales para ello (el cómputo pena indica que ya ha cumplido más de 15 años, tiene conducta ejemplar diez repetida, dictamen favorable del organismo penitenciario de clasificación y viene cumpliendo regularmente una morigeración bajo salidas transitorias para afianzar vínculos familiares sujeta a estrictas reglas de control)-, sólo por la naturaleza del delito por el que fuera condenado, vulnera los principios constitucionalidad de igualdad ante la ley y razonabilidad, en base al siguiente análisis.

#### **2.3.a.) Principio Constitucional de Igualdad:**

El principio de igualdad constituye un mandato esencial con arraigo constitucional (CN, 16 y 75 inc. 22; CADH, 24 y PIDCyP, 15) y esa esencia radica en la garantía que tiene todo habitante para impedir que se estatuyan en leyes –en sentido amplio- *“...distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios...”*. (CSJN, Fallos 299:146, 302:192, 302:457).

Puede delimitarse un concepto jurídico mediante la configuración de sus elementos constitutivos, siguiendo una serie de pautas o estándares empleados habitualmente por la CSJN para definir sus alcances, a saber: 1) tratamiento desigual, de 2) casos iguales, 3) sin justificación objetiva y razonable o 4) sin proporción objetiva entre los fines y los medios discriminados. La verificación de al menos tres de los elementos mencionados en el siguiente

orden: 1,2 y 3 ó 1,2 y 4, nos brinda la posibilidad cierta de situarnos frente a un caso de violación al principio de igualdad o de no discriminación.

Como bien lo han relevado los colegas de la Sala II de este Tribunal, Dres. Marcelo Madina y Walter Dominella, en reciente fallo del 26 de julio pasado, en causa nro. 21.989 “Falcón” (reg. 73-S de la Sala de FERIA), la Corte Federal en la causa “Nápoli, Erika y otro”, al expedirse en torno a la constitucionalidad de la ley 24.410 que impedía la excarcelación por determinados delitos, sentenció que: *“desde sus primeras decisiones (Fallos 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no son arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio sino a un(a) objetivo(a) razón de discriminación...”* (Fallos 301:381, 1094, LL 1980 A, 612; 304:309).

Y continúa señalando el fallo aludido *“...que la garantía de igualdad exige que concurran “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del Juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147: 402), considerando como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos 256:241, considerando 5° y sus citas, LL, 112716) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso o si la potestad legislativa no ha sido*

*ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos, 250:410, consid. 2º)...” (CSJN, Fallos 327:2868).*

Tratar casos iguales de igual manera no es otra cosa que la definición de la justicia, de modo que, si en alguna parte se acerca el derecho -de ejecución penal- a la filosofía constitucional es justamente en el principio de igualdad porque es donde concretiza dicha noción de justicia.

Respecto al primer elemento (tratamiento desigual), sólo cabe considerar que la Corte entiende que no puede tomarse en términos absolutos, dado que las autoridades legislativas se ven frecuentemente confrontadas con situaciones y problemas que, a consideración de las diferencias que le son inherentes exigen soluciones jurídicamente distintas. En ocasiones el tratamiento normativo desigual importa enderezar una situación fácticamente diversa. Tratar de manera diferente casos desiguales en proporción a su desigualdad es lo que se conoce como "*discriminación positiva o inversa*", encaminada a deshacer una desigualdad existente, para asegurar la tutela del principio (Fallos 278:42, 311:1459, 286:166, 290:77, 257:127).

Lo complicado de la definición concierne al segundo elemento constitutivo, es decir, a establecer ¿cuándo dos casos son iguales?, puesto que si se comparan dos situaciones, siempre tendrán elementos iguales, esto es, semejanzas, pero también, diferencias.

La medida aplicable, según la Corte, es la de los denominados aspectos relevantes del caso. Este criterio de la "relevancia" debe venir dado por las finalidades que persigue el ordenamiento normativo bajo análisis y responde a la pregunta acerca de qué intereses se pretenden defender. Este criterio de la igualdad es conceptualmente distinto al problema de la justificación -elementos 3 y 4- (Fallos 295:937, 312:615, 200:428, 312:851, 312:1148, 308:857, 300:1087, 310:1080, entre otros).

En el caso bajo análisis, se verifica este segundo elemento puesto que es evidente que las normas en juego tienen por finalidad reglamentar las directrices fundamentales de la ejecución del encierro carcelario, y

particularmente, el principio de reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Este interés jurídico, presupone no discriminar a los penados con reglas que impliquen, de antemano, colocarlos en diferentes posiciones frente al ejercicio de sus derechos fundamentales, las posibilidades y los bienes de los que pueden gozar en el encierro carcelario.

En este sentido, a tenor de lo prescripto por el art. 8 de la ley nacional 24.660, las normas de ejecución "*...serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado*".

Esta disposición legal, como entiende Gustavo A. Arocena (*en "Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones"*, Cesano - Picón Coord, Edit. BdF, 2010, p. 147) recepta expresamente el principio de igualdad en el específico ámbito de ejecución de la pena privativa de libertad, mediante la exigencia de que la aplicación de las normas que rigen esta materia se realice evitando toda discriminación ilegítima y arbitraria. Se trata, en definitiva, de la igualdad de trato que se contrapone abiertamente con lo dispuesto por los arts. 56 bis de la misma ley –t.o. ley 25.498- y el art. 100 de la ley de ejecución provincial 12.256 t.o. ley 13.177, cuestionados.

Es decir, el propósito de la readaptación del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario, se ve controvertido por la disposición del art. 100 de la ley 12.256 ya que obstaculiza las salidas transitorias, despojando al individuo que ingresa a la prisión, de un trato igualitario acorde a dicho objetivo.

Esto conduce al análisis del tercer elemento constitutivo, dado que tomando la condición de penado para fijar el criterio de igualdad de trato, es necesario examinar si la distinción por la naturaleza del delito no tiene una justificación razonable. Veamos como se fundamentó cada norma cuestionada:

**a.) Art. 56 bis de la ley 24.660 introducido por la ley 25.948:**

El proyecto de la ley 25.948, fue impulsado por el Diputado Jorge O. Casanovas. Durante su tratamiento en la Cámara de Diputados, el citado congresista expresó, en sus fundamentos, que el objeto de la reforma era *“...evitar que los condenados por cualquier delito en el marco de cuya ejecución se haya privado de la vida a la víctima, obtengan beneficios que son propios del régimen progresivo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, que les permita abandonar la prisión antes de haber cumplido el tiempo de detención que exige el Código Penal para la obtención de la libertad condicional.... En definitiva, no se trata de otra cosa que dar estricto acatamiento a la voluntad del legislador que estableció las severas penalidades aplicadas a esta clase de delincuentes en función de la jerarquía que asignó al bien jurídico que los mismos han avasallado. Se establece entonces la prohibición de aquellos beneficios a quienes hayan sido condenados con las más graves penas por ser autores de homicidios calificados –excluido el agravado por el vínculo entre autor y víctima- el secuestro extorsivo y privación ilegal de libertad seguido de muerte, la violación seguida de muerte de la víctima, la tortura seguida de muerte, entre otros.”*

Durante su discusión en la misma Cámara del proyecto de reforma al art. 54, sobre libertad asistida, los Diputados Carlos E. Ruckauf, Nora A. Chiacchio, Mirta E. Rubini y Rosa E. Tulio, argumentaron que *“Siguiendo el mismo orden de ideas se impone que quienes incurran en la comisión de los denominados delitos “de sangre” no hayan de verse beneficiados con el régimen de salidas transitorias ni anticipadas, pues la naturaleza del delito en cuestión impone el más severo de los tratamientos para el delincuente.”*

Cuando el proyecto pasó a la Cámara Alta, los Senadores Ricardo A. Bussi y Delia N. Pinchetti, consideraron la necesidad de agregar un segundo párrafo al art. 12 de la Ley 24.660 que excluía del período de prueba a aquellos penados por delitos tipificados en una nómina, por caso: arts. 80, 119 4° párrafo incs. a), b), c), d), e) y f), 124, 142 bis 3er y 4to párrafo, 144 3er párrafo inc. 2°, 165, 170 3er y 4to párrafo, 185 inc. 5°, 190 párrafo 3°, 191 inc. 4°, 199 y 200 2°

párrafo, todos del CP, *“Ello por entender, que los condenados por los delitos tipificados en los artículos enunciados, han demostrado con su conducta, con su accionar voluntario, un total desprecio de la vida de sus congéneres, que no lo hace merecedores a ese tipo de beneficios, limitando asimismo la posibilidad de su repitencia, al constreñirlos a cumplir en su totalidad la condena que los jueces, en el marco del debido proceso, les impusieran.”*

Finalmente la reforma se sancionó, tal como quedó redactada la norma bajo la numeración del art. 56 bis de la Ley 24.660.

**b.) Art. 100 de la ley 12.256 t.o. ley 13.177 y 14.296:**

Si analizamos los motivos que inspiraron esta norma veremos que fundaron sus exclusiones en argumentos de política criminal en tanto se invocó la pretensión de evitar *“que delincuentes temerarios o habituales se beneficien con una regulación excesivamente permisiva, incompatibles con las características de la realidad criminal... no se trata de entorpecer la salida de un condenado por la simple utilización del poder represivo del Estado. Se trata de ejercer el derecho a otorgar tal beneficio a quienes no hayan cometido delitos aberrantes como los reseñados, por lo que de ninguna manera debe acceder a tal instituto quien no haya tenido respeto por el valor vida...”* (y lo mismo ya había ocurrido con anterioridad con la fundamentación de la ley 25.948 que introdujo el artículo 56 bis en la ley 24.660).

Corresponde, entonces, ahora analizar si los fundamentos que motivaron la sanción de los arts. 56 bis de la ley 24.660 y 100 de la 12.256 en sus textos actualizados resultan acordes al principio de razonabilidad

**2.3.b.) Principio Constitucional de Razonabilidad:**

Como bien lo expuso el catedrático y es miembro del Tribunal Supremo de España, Enrique Bacigalupo (*“Principios Constitucionales del Derecho Penal”*, Edit. Hammurabi, 1999, págs. 122 y sgtes.): *“...el orden jurídico... no sólo se compone de leyes, sino también de valores superiores (la justicia, la igualdad, el pluralismo político,... la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad...).* En la medida en que a los jueces

*corresponde la potestad jurisdiccional... es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios, no sólo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico...”.*

Distintos fallos del Tribunal Constitucional Español que el mencionado jurista ha citado receptaron este principio, hasta que el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Hispano dispuso que corresponde a los jueces y tribunales *“interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales...”*, con lo cual ha quedado derogado el art. 4.3 del viejo Código Penal Español que imponía a los magistrados el deber de aplicar, sólo las disposiciones legales, mecánicamente, sin posibilidad de apartarse de las prescripciones que vulneraran los mandatos operativos de su Carta Magna.

Silvestroni sostiene que la reacción punitiva debe contenerse racionalmente, pues su naturaleza intrínsecamente mala, hace nacer diversos principios limitativos, dirigidos a minimizar el ámbito de injerencia del sistema penal sobre las libertades individuales, los que introducen en el proceso interpretativo de la ley penal, previo a su aplicación, un marco de sentido común, de coherencia y razonabilidad (*“Teoría Constitucional del Delito”*, Edit. Del Puerto, Bs. As., 2004, pág. 175 y coinciden Zaffaroni, Alagia y Slokar en *“Manual de Derecho Penal – Parte General”*, Ediar Bs. As. 2005.ob cit. pág. 113/15).

El art. 28 de la C.N. establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en las normas anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Pero este poder instrumental no debe ser incondicionado, ni arbitrario, sino razonable (es decir, adecuado y justo), y además no puede alterar la esencia de los derechos fundamentales. El precepto está gobernado por el principio de razonabilidad que preserva el valor justicia (cfr. Zarini, Juan Helio, en *“Análisis de la Constitución Nacional”*, 3ª edición, edit. Astrea, Bs. As., 1991, pág. 162).

Según Juan Francisco Linares existen dos criterios de razonabilidad jurídica frente a los cuales debe analizarse la validez constitucional

de las leyes: la razonabilidad en la selección de los antecedentes y la razonabilidad en la ponderación entre antecedente y consecuente de la norma (*“Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina”*, Edit. Astrea, Bs. As. 1989, 2da. edición, págs. 115/16).

Por su parte Carlos J. Lascano (h.) sostiene que la razonabilidad – por la proporcionalidad entre pena y delito- se refiere a *“...la adecuación entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de los derechos padecidos por las personas...”* *“Los principios constitucionales del Derecho Penal Económico. Globalización y Armonización del Derecho Penal Económico (MERCOSUR)”*, clase del 28/03/08 en el Curso de Derecho Penal Económico organizado en forma conjunta por la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad Nacional de Córdoba, pub. en [www.ciide.com.ar](http://www.ciide.com.ar)).

En definitiva, como sostiene con acierto Silvestroni (ob. cit. pág. 178), este principio nos permite: a) acotar el ámbito de prohibición de la norma penal, en función de la gravedad de su consecuente y de una razonable interpretación de su sentido normativo y b) declarar la inconstitucionalidad cuando no existe la posibilidad de razonabilizar la norma mediante la acotación de su radio de alcance.

En el presente caso, las normas discutidas no guardan razonabilidad con el propio sistema de ejecución penal, en tanto y en cuando, violando el paradigma de tratamiento personalizado que el propio ordenamiento jurídico aplicable prevé (ley nacional 24.660 y 12.256 provincial), esto es: sin medir en lo absoluto cuál ha sido el desempeño carcelario concreto del sujeto de que se trate, se le impide gozar de la etapa de prueba y libertad asistida, sólo por la naturaleza del delito cometido.

Si la ejecución de la pena se inspira en un objetivo resocializador, la reglamentación de su desarrollo debe procurar la posibilidad de que el condenado logre, sólo según una evolución personal favorable hacia la adecuada reinserción social, morigerar la inicial rigidez del encierro carcelario mediante su

incorporación gradual a modalidades de ejecución penitenciaria en las que tiende a limitarse y sustituirse el enclaustramiento riguroso por regímenes que permiten el egreso de la cárcel, basados en la confianza en su capacidad de gobernar apropiadamente su conducta.

Es evidente que estas opciones permiten al condenado a reintegrarse paulatinamente al seno familiar y social, lográndose la necesaria interacción entre el ámbito penitenciario y el exterior. De modo que la progresividad del régimen, es un verdadero derecho que deriva del principio de atenuación de los efectos nocivos del encierro, y que, por ello, debe alcanzar por igual a todos los condenados, independientemente de la naturaleza del delito.

Sin esta equiparación inicial, la normativa impugnada viola –por arbitraria- el principio de igualdad, dado que el único criterio admisible de justificación objetiva y razonable de un trato desigual hacia el penado, estaría dado, como establece la norma del citado art. 8 de la ley nacional, por las diferencias impuestas por las particularidades del tratamiento penitenciario individualizado y aceptado voluntariamente por el interno.

De esta forma, la distinción resulta arbitraria ya que no tiene una justificación objetiva y razonable en vista de la finalidad perseguida por la ejecución de la pena, inobservándose, con ello, el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (CN, 28) que cuida especialmente, que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales *"de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución"* (Fallos 304:972, 308:418). Específicamente el contenido prohibitivo del art. 100 no coincide con el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución, dado que al prohibir el derecho del condenado a las salidas transitorias, se lesiona el objetivo constitucional de las penas, legitimante del ejercicio del poder del Estado.

Finalmente, analizando el cuarto elemento constitutivo la prohibición reglamentaria tampoco se justifica dada la desproporción en el

interés perseguido por la ley que convierte a la pena en su tramo medio en una medida de seguridad por la envergadura del delito cometido.

En síntesis, la diferencia de trato que contienen los arts. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 y el art. 100 de la ley 12.256 t.o. ley 13.177 no se fundamentan en una justificación razonable, evidenciando desproporción entre la finalidad perseguida y el interés tutelado, por lo que resulta arbitrariamente discriminatoria y, en consecuencia, viola el principio consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

En este sentido, ha resuelto la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., en causa n° 43.933, “Rodríguez”, sentencia del 15/07/2011, con el voto mayoritario de los Dres. Daniel Piombo y Bejamín Sal Llargués, conceder las salidas transitorias del encartado a pesar de encontrarse alcanzado por las prohibiciones de la normativa aquí discutida en base a considerarla inconstitucional porque “...*patentemente contraría el sistema constitucional creando una especie de “derecho de ejecución de autor” inconcebible según los parámetros que inspiran las leyes sustantivas...*”.

Y si no fuera un *derecho penal de autor* en la ejecución, sería una expresión manifiesta de puro retribucionismo, incompatible con lo normado en el art. 18 de la Constitución Nacional, desde su redacción originaria -1853/60- previó que “...*las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los...detenidos en ella...*”.

En virtud de todo lo que vengo exponiendo, toda vez que la fundamentación en la que se basan los arts. 56 bis de la ley 24.660 modificada por la ley 25.948 y 100 de la ley 12.256 modificada por la ley 13.177 para excluir a un grupo de penados del sistema progresivo que impone aquella –*en este caso particular y respecto de Ricardo A. Anselmini condenado como coautor de los delitos de rapto, abuso sexual con acceso carnal agravado por la pluralidad de personas y homicidio “criminis causae”* – lo que contradice la finalidad resocializadora de la pena prevista no sólo por ambos ordenamientos, sino, primordialmente por las normas constitucionales superiores ya citadas,

resultan violatorias de los principios de igualdad ante la ley y razonabilidad por lo que deberán ser declaradas inconstitucionales.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ MENDOZA DIJO:**

Voto en igual sentido y por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante.

**A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ VIÑAS DIJO:**

El Ministerio Público Fiscal ha centrado su impugnación a la concesión de las salidas transitorias otorgadas en la instancia de origen al penado Ricardo Alberto Anselmini en la validez de la normativa precedentemente declarada inconstitucional –lo que nos exime de otros comentarios- y en el argumento que el encartado ha fijado su domicilio real en la ciudad de Miramar, donde se produjeron los hechos materia de juzgamiento y en donde se ha generado un clima de efervescencia social que llegó a que prendieran fuego la Comisaría de aquella ciudad.

Pues bien, aún cuando ello pueda haber ocurrido en la etapa investigativa de la causa principal y que la parte acusadora no ha probado que ello subsista en la actualidad, lo cierto es que tal circunstancia, ajena al comportamiento del penado Anselmini, no puede ser obstáculo para que el nombrado pueda gozar de una salida transitoria que apunta a consolidar sus vínculos familiares.

Por lo demás, encontrándose reunidos todos los otros extremos temporales y materiales que hacen a la concesión del beneficio, que bien han sido relevados por el “*a quo*” y que no han sido materia de agravio, corresponde confirmar el resolutorio impugnado.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ MENDOZA DIJO:**

Adhiero al voto del colega preopinante por compartir sus fundamentos y ser también ésa, mi convicción razonada y sincera.

**A LA CUARTA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ**

**VIÑAS DIJO:**

Atento al resultado de la votación de las cuestiones precedentes, propongo al acuerdo que en la parte dispositiva de este resolutorio se inserten las siguientes decisiones:

**I.)** Se confirme la resolución de fs. 304/308 de la causa principal n° 11.445 (expte. n° 21.806 de esta Sala) por la que se aprobó el cómputo de pena practicado por el Secretario del Juzgado de Ejecución Penal n° 1 dtal. respecto de los penados Ricardo Alfredo Suárez, Ricardo Alberto Anselmini y Oscar Alberto Echenique, ello en cuanto dispuso la aplicación del cómputo privilegiado del art. 7 primer párrafo de la ley 24.390, vigente al momento del hecho que fuera materia de juzgamiento (CN, 18; CPBA 25 y 26; y CP, 2), lo que fuera objeto de apelación por parte del Ministerio Público Fiscal de ambas instancias (CPP, 422, 439 y 440).

**II.)** Se confirme el mencionado acto jurisdiccional en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 100 3er. párrafo de la ley 12.256 modificado por la ley 12.543. t.o. ley 13.177 y se declare, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 en cuanto vedan la concesión del ingreso al período de prueba y al régimen abierto y salidas transitorias a los condenados por la comisión de los delitos que allí se indican –en este caso puntual por los delitos de rapto y abuso sexual con acceso carnal agravado por la pluralidad de autores (CP, 119 y 130), en la ley bonaerense, y por el delito de homicidio criminis causae, en ambas legislaciones, por afectar, dichas normas, los principios constitucionales de igualdad ante la ley y razonabilidad frente al fin de prevención especial positiva que la Ley Suprema y los arts. 1° y 4 de aquellas mismas leyes nacional y provincial de ejecución le asignan a la pena privativa de la libertad en esa etapa del proceso (conf. CN, 1, 16, 18, 19, 75 inc. 22; CADH, 10 n° 3 y 24; PIDCyP, 5, n° 6 y 14 y CPBA, 5, 11, 25 y 26).

**III.)** Se confirme el mismo decisorio en cuanto concedió –

mediante la transformación del instituto de la morigeración en el ejecutivo previsto en el art. 100 de la ley 12.256- al penado RICARDO ALBERTO ANSELMINI salidas transitorias para afianzar vínculos familiares, bajo la tutela de un tercero responsable de doce (12) horas quincenales, bajo las reglas que allí se le impusieron.

Todo ello, en cuanto fue materia de recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal Dr. Guillermo Nicora y fuera mantenido en esta instancia por el Sr. Fiscal de Cámaras, Dr. Fabián Uriel Fernández Garello.

**IV.)** Y, finalmente, se tenga presente la reserva del caso federal planteada por los recurrentes (art. 14 de la Ley 48).

Rigen, además de la normativa precitada, lo normado en los arts. 421, 422, 430 “*a contrario sensu*”, 439 y 440 del CPP.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ MENDOZA DIJO:**

Voto en igual sentido que el juez que me precede en el sufragio por compartir sus fundamentos y ser ésa también mi convicción razonada y sincera.

Por todo ello, el Tribunal **RESUELVE:**

**I.) Confirmar** la resolución de fs. 304/308 de la causa principal n° 11.445 (expte. n° 21.806 de esta Sala) por la que se aprobó el cómputo de pena practicado por el Secretario del Juzgado de Ejecución Penal n° 1 dtal. respecto de los penados Ricardo Alfredo Suárez, Ricardo Alberto Anselmini y Oscar Alberto Echenique, ello en cuanto dispuso la aplicación del cómputo privilegiado del art. 7 primer párrafo de la ley 24.390, vigente al momento del hecho que fuera materia de juzgamiento (CN, 18; CPBA 25 y 26; y CP, 2), lo que fuera objeto de apelación por parte del Ministerio Público Fiscal de ambas instancias (CPP, 422, 439 y 440).

**II.) Confirmar** el mencionado acto jurisdiccional en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 100 3er. párrafo de la ley 12.256 modificado por la ley 12.543. t.o. ley 13.177 y **declarar**, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 en cuanto

vedan la concesión del ingreso al período de prueba y al régimen abierto y salidas transitorias a los condenados por la comisión de los delitos que allí se indican –en este caso puntual por los delitos de rapto y abuso sexual con acceso carnal agravado por la pluralidad de autores (CP, 119 y 130), en la ley bonaerense, y por el delito de homicidio *criminis causae*, en ambas legislaciones, por afectar, dichas normas, los principios constitucionales de igualdad ante la ley y razonabilidad frente al fin de prevención especial positiva que la Ley Suprema y los arts. 1° y 4 de aquellas mismas leyes nacional y provincial de ejecución le asignan a la pena privativa de la libertad en esa etapa del proceso (conf. CN, 1, 16, 18, 19, 75 inc. 22; CADH, 10 n° 3 y 24; PIDCyP, 5, n° 6 y 14; y CPBA, 5, 11, 25 y 26).

**III.) Confirmar** el mismo decisorio en cuanto concedió – mediante la transformación del instituto de la morigeración en el ejecutivo previsto en el art. 100 de la ley 12.256- al penado RICARDO ALBERTO ANSELMINI salidas transitorias para afianzar vínculos familiares, bajo la tutela de un tercero responsable de doce (12) horas quincenales, bajo las reglas que allí se le impusieron.

Todo ello, en cuanto fue materia de recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal Dr. Guillermo Nicora y fuera mantenido en esta instancia por el Sr. Fiscal de Cámaras, Dr. Fabián Uriel Fernández Garelo.

**IV.) Y, finalmente, tener presente** la reserva del Caso Federal planteada por los recurrentes (art. 14 de la Ley 48).

Rigen, además de la normativa precitada, lo normado en los arts. 421, 422, 430 “*a contrario sensu*”, 439 y 440 del CPP.

Regístrese, notifíquese y devuélvase a origen, donde se remitirán las constancias de las notificaciones pendientes, una vez diligenciadas.

**ESTEBAN IGNACIO VIÑAS**

***JAVIER GUSTAVO MENDOZA***

Ante mí:

**RICARDO GUTIERREZ**  
**Secretario**