

## **ACUERDO**

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 13 de septiembre de dos mil doce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Víctor Violini y Daniel Carral (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en causa **Nº 15.324** (Reg. de Pres. **Nº 51.310**) caratulada "**A., M. E. s/ recurso de casación**".

Practicado el sorteo de ley, resultó en la votación que debía observarse el siguiente orden: **CARRAL - VIOLINI** (conforme artículo 451 *in fine* del C.P.P.).

## **ANTECEDENTES**

I. La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa Nº 25.500 de su registro interno, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial de M. E. A.; declarar que no resulta inconstitucional el artículo 100 de la ley 12.256; y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Ejecución Penal interviniente, que oportunamente no hizo lugar al pedido de cambio de régimen del inculpado (artículos 421, 440 primer párrafo, 447, 530 y 531 del C.P.P.; y 100 y 119 de la ley 12.256).

II. El Sr. Defensor Oficial del acusado, Dr. Rómulo Soria Paz, interpuso recurso de casación contra el fallo (*vid* fs. 108/114), requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256 por considerar, en lo sustancial, que su contenido excluye toda posibilidad de que los condenados por la comisión de los delitos taxativamente allí enunciados accedan al régimen abierto previsto en el período de prueba, lo que a criterio del quejoso desnaturaliza el sistema de resocialización y progresividad de la pena que encuentra amparo en los artículos 16, 17, 18, 19, 31, 75 inciso 22 y 121 de la Constitución Nacional; 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16.1 de la Convención contra la Tortura y Trato o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 de la ley 24.660; y 1, 2, 4, 5, 6, y 8 de la ley 12.256.

Denuncia la existencia de gravedad institucional, al entender que lo dispuesto en la norma cuestionada impide a su pupilo llevar a cabo el tratamiento penitenciario resocializador en forma igualitaria a la del resto de los condenados, evidenciando, en primer término, un avasallamiento de su derecho adquirido a transitar

las distintas modalidades del régimen resocializador y, en segundo término, que A. cargue con una pena estigmatizante, degradante e inhumana.

III. Con la radicación del recurso en la Sala, se notificó a las partes.

El Sr. Defensor Oficial ante este Tribunal Superior Dr. Mario Luis Coriolano, señaló que mantenía expresamente el recurso de casación deducido, y que se remitía a los fundamentos referidos en la presentación original, peticionando en idéntico sentido (cf. foja 126).

Por su parte, el Sr. Fiscal Dr. Fernando Luis Galán dictaminó que el recurso debe ser rechazado, al entender que no se han configurado los defectos invalidantes que denuncia el recurrente (*vid* foja 127).

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, decidiendo plantear y votar las siguientes

#### **CUESTIONES:**

**Primera:** ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

**Segunda:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión** el señor juez **doctor Carral** dijo:

I. Inicialmente es oportuno recordar la magna jurisprudencia de nuestro mas alto Tribunal Nacional, en cuanto sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una materia en la que rige un criterio restrictivo, por significar la *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos 331:2799), al tiempo que advirtió sobre el riesgo de trastocar el sentido republicano de nuestro sistema de gobierno, recomendando, en consecuencia, asumir suma prudencia a la hora de evaluar la posible inconstitucionalidad de una ley (Fallos:14:425; 105:22; 112:63; 182:317).

De este modo, cabe interpretar que todo intento tendiente a deslegitimar la validez constitucional de una norma impone a quien lo pretende el deber de demostrar con claridad de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional y cuál sería el perjuicio efectivamente irrogado (Fallos:332:5).

Insisto con ello dado que en un precedente anterior, donde también se perseguía igual tacha de inconstitucionalidad, me incliné por el rechazo al planteo defensista en tanto –a mi modo de ver- no se ofrecían suficientes razones y argumentos de peso que, valorados a la luz del caso concreto, ameritara el dictado de

una resolución con el alcance y trascendencia institucional que importa una declaración de inconstitucionalidad de una norma.

No obstante, debo reconocer que a partir de los argumentos introducidos en esta oportunidad por la Defensa Oficial, que dan sustento al denunciado agravio irreparable que habría producido lo resuelto por el *a quo*, las razones que dan apoyo a una causa federal suficiente en la pretensión por la que se persigue se declare la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, y las circunstancias que rodean al caso concreto del Sr. M. E. A., me han llevado a un replanteo en las consideraciones sobre el control de constitucionalidad y en definitiva de “convencionalidad” de la norma bajo examen.

Llego a este punto luego de verificar que, a diferencia de otras situaciones donde también se ha sometido al tamiz constitucional una norma del sistema penal frente a conflictos en el ámbito de su aplicación (vgr. artículo 41 *bis* del C.P.) resultando innecesario expedirse por un juicio adverso a su constitucionalidad, y en cambio sí fijar un criterio de interpretación que la resguarde, la letra de la regla del artículo 100 de la ley 12.256 es tan cerrado que no permite en este caso acudir a lo que se denomina *sentencia manipulativa aditiva*, que “es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la constitución” (Néstor P. SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Ad-Hoc*, Buenos Aires, cap. V., 2006, 73 a 76).

Es entonces que adelanto mi disenso con el criterio seguido por los Señores Camaristas y, en consecuencia, con norte en las recomendaciones antes expuestas, entiendo que cuando una regla infringe, como en el presente caso procuro fundamentar, principios fundacionales cuya tutela es función del poder estatal, su declaración de inconstitucionalidad se impone como un deber para los órganos que ejercen la actividad jurisdiccional, sin que ello pueda ser interpretado como una indebida intromisión en las facultades reconocidas al resto de los poderes que conforman nuestro Estado de Derecho.

Sentado lo expuesto, considero que lo normado en el artículo 100 de la ley 12.256 resulta contrario a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que comparten su rango supralegal.

Lo adelantado encuentra sustento en lo estatuido por los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3

del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; y 1, 4 y 5 de la ley 12.256.

II. Para una mejor intelección del caso concreto, corresponde efectuar un breve repaso de las circunstancias específicas que rodean al cumplimiento de pena de M. E. A.

La presente incidencia se inicia por petición del interno que pretendía un cambio al régimen abierto, al margen de haber solicitado se contemple la posibilidad de un traslado temporario (7 días) cada 2 meses a efectos de facilitar que su familia lo visite.

A partir de esa presentación en marzo de 2010, se fueron recabando los diferentes informes a la administración penitenciaria respecto del desenvolvimiento del interno en su vida intra-muros.

Puede verse así el informe psicológico que destaca: “A modo de conclusión podemos informar que se trata de un sujeto que accede a un cuestionamiento profundo con indicadores de reproche moral respecto al delito por el que cumple condena. Se destaca además que ha logrado capitalizar el tiempo de encierro, habiendo desarrollado un oficio que será su proyecto de inclusión social futura (...)” (foja 44 vta.).

Como parte del Informe Integral, realizado en julio de 2011, en la sede del Penal de Sierra Chica, se ha concluido en lo siguiente: “Sujeto que en la faz institucional cumple correctamente con los lineamientos vigentes, desarrollando actividades laborales en la tapicería y a nivel educativo se encuentra realizando el curso de tapicería; refiriendo que tal oficio será su salida laboral en el exterior. El interno registra la visita quincenal de su madre y la pareja de ésta.” (fs. 40/41).

Cabe señalar, por lo demás, que el condenado posee conducta ejemplar: diez (10) –*vid* fs. 40-.

Finalmente, teniendo en cuenta los mencionados y otros antecedentes e informes de seguimiento, la Dirección General de Asistencia y Tratamiento, con la intervención de los representantes de las diversas áreas del Departamento Técnico Criminológico adoptaron como Resolución General: **“Tras analizar los elementos volcados por las diferentes áreas de tratamiento sobre quien nos ocupa, se hace saber a S.S. que se aconseja la conveniencia de incluir al interno A., NN, M. E., F.C. Nro. 0000 en el CAMBIO DE REGIMEN ABIERTO, 100, 119 y**

## **CONCORDANTES DE LA LEY 12256 (...)** (foja 42/vta.).

Tal es la entidad de los informes anejados por las autoridades penitenciarias, que una vez corrida nueva vista al **Ministerio Público Fiscal**, el representante del área de Ejecución y Transición Departamental propició lo siguiente: “(...) este Ministerio estima que, salvo mejor criterio de V.S., puede **hacer lugar a la incorporación de M. E. A. al régimen abierto** sin salidas (artículos 94, 100, 119 y ccdtes. de la ley 12.256).”

No obstante, la Sra. Magistrada de Ejecución al momento de resolver se enfrentó con el impedimento que ofrece como reparo, en tanto condición objetiva de procedencia, lo normado por el artículo 100 de la ley 12.256 que impide el acceso a esta progresividad a los condenados por una nomina de delitos que individualiza, entre ellos el “Homicidio en ocasión de robo” (artículo 165 del C.P.), figura por la que fuera oportunamente responsabilizado A., permaneciendo en detención desde el día 16 de marzo de 2007.

Tras ello, los Sres. Camaristas que intervinieron en la sustanciación del recurso de apelación, confirmaron lo resuelto y ratificaron la constitucionalidad de la norma en crisis, argumentando sobre la base de la finalidad de su sanción, trayendo a colación para ello los antecedentes parlamentarios que motivaran la imposición de esta pauta objetiva de restricción anticipada.

**III.** Es necesario para una correcta exégesis de la norma cuestionada, partir en el análisis considerando el contenido de los principios constitucionales que legitiman la operatividad y existencia de nuestro ordenamiento jurídico en materia penal y procesal penal, toda vez que se reconocen como pilares fundamentales sobre los cuales se construye el debido proceso y la legitimación de la actividad punitiva estatal.

A partir de los principios se es, se aprehende o se hace determinada cosa, facilitando la interpretación de su sentido; al tiempo que representan una unidad que brinda parámetros sobre los cuales debe analizarse, con base en criterios normativos, el sentido y la justificación de lo que se valora.

Ni el conocimiento ni la explicación de la ciencia serían factibles si “(...) no existieran principios que le otorgasen el ser y el sentido de las cosas, incluidas las que están sujetas a libertad, contingencia e indeterminación práctica (...)” (Guillermo J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma,

2002, 63), pues, como aspectos teleológicos que le dan consistencia al funcionamiento del orden penal, un ordenamiento con origen en un desmesurado desenvolvimiento empírico, crea riesgos de confusión normativa, lo cual conlleva a una grave afectación de los derechos fundamentales (cf. Sergio MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, 25).

Ello se relaciona con el hecho de que en materia penal coexisten determinados principios que garantizan los derechos de los sujetos que mediante sus acciones llevan a cabo conductas antinormativas, y operan, al mismo tiempo, como limitadores de la respuesta coercitiva que el Estado, preferentemente de modo proporcional, le reserva a cada individuo que no ajuste su accionar al sentido de la norma, esto es, mediante la aplicación de una pena (cf. artículo 5 del código de fondo).

Es en función de la existencia de los principios penales que la actividad legislativa encuentra un coto estricto al tiempo de sancionar una determinada norma, pues que sus postulados impiden la creación de disposiciones que vulneren las garantías constitucionales mediante el ejercicio del *ius puniendi*, como herramienta de coerción estatal, y esto así toda vez que también tienen una función comunicativa como “mandato” al legislador.

En este marco resulta necesario remarcar que el principio de legalidad limita, repudiando el ejercicio arbitrario del derecho penal, el alcance del reproche estatal, al tiempo que asegura al conglomerado social la sujeción del Estado a la ley y, junto al de culpabilidad, imponen al poder legislativo la obligación de sancionar disposiciones que se caractericen por su razonabilidad y su sentido de justicia.

De lo dicho se deriva como consecuencia inevitable la idea de proporcionalidad que debe caracterizar la imposición de una sanción privativa de libertad, siendo que su existencia limita la extensión de los criterios de prevención en el marco de las teorías de la pena y elimina toda clase de valoración acerca de la personalidad o peligrosidad de los agentes, dando de este modo un fundamento legítimo a la asignación del *quantum* punitivo que se atribuye frente a la comisión reprochable de un injusto y a las consecuencias que de dicho acto jurisdiccional se desprenden.

Por lo dicho, debiera primar el hecho de que el contenido de las resoluciones emitidas en el marco del derecho penal se encuentra limitado por el deber que recae sobre los magistrados de ponderar las consecuencias que derivarán de la imposición de una condena que dispone la privación de la libertad del sujeto, toda vez que los medios que se utilicen para obtener el bien común que persigue el Estado deben

caracterizarse por la proporcionalidad y la razonabilidad que exige el grado de culpabilidad atribuida al agente, evitando así toda vulneración de los derechos fundamentales que lo amparan.

Es en este marco donde entra en juego el principio de *ultima ratio* del derecho penal como resultado de la armonización exigida entre la restricción a la libertad de un ciudadano y el bienestar público; al tiempo que encuentra legitimación el ejercicio del *ius puniendi* en tanto se garantice el efectivo goce de los derechos constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna.

Ahora bien, aplicando los lineamientos generales tratados en los párrafos precedentes al caso que se analiza, se aprecia que la norma del artículo 100 de la ley 12.256 encuentra fundamento en los enunciados de la teoría de la pena reconocida como *especial negativa*, que pretende dirigirse a la “(...) persona criminalizada no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal (...) que es un bien para el cuerpo social (...), [apelando con tal finalidad] a la neutralización y eliminación [del individuo] y lesiona el concepto de la persona (...)” (artículo 1° de la DUDH y artículo 1° de la CADH), toda vez que se impone la preeminencia de los intereses del cuerpo social por sobre las garantías del condenado, respondiendo, de este modo, “(...) a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a la coacción directa administrativa: no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual (...)” (Eugenio Raúl ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, segunda edición, 2003, 64).

Lo dicho no puede ser defendido frente a lo establecido por los principios de dignidad humana y bien común, pues las normas creadas por el Parlamento nunca pueden desconocer ni vulnerar las garantías que nuestra Ley Fundamental, y aquellas leyes que reglamentan su ejercicio de modo legítimo, reconocen a cada individuo.

La situación que inicialmente llama la atención respecto de la regulación bajo examen de constitucionalidad, y nada mejor que confrontar este análisis con el caso concreto que hoy se nos presenta en la situación del Penado A., es que ya de antemano, y apenas iniciado el proceso, el imputado cuyo delito reprochado tenga identidad con alguno de la porción de ilícitos determinados por la ley, según la exposición

de motivos del legislador, con base en la peligrosidad que denota en sus autores tal comportamiento externo (cf. exposición de motivos ley 12543), no puede albergar ninguna expectativa de tratamiento progresivo, como sí, en cambio, lo pueden hacer condenados por otros delitos, razón por la cual desde el vamos le cercenan tanto el incentivo de cambio, como las posibilidades ciertas de una mejor integración, e incluso lo despojan de razones en las cuales motivarse durante su encierro para un mejor desarrollo personal.

Nótese que al llevarse a cabo la creación de una norma siempre coexisten y concurren diversos bienes jurídicos que se contraponen, por lo que inevitablemente alguno cederá frente al otro; pero ello no implica en modo alguno que una determinada disposición deba ser considerada como legítima por los órganos facultados a ejercer la actividad jurisdiccional, cuando ha sido dictada con sustento en una política criminal que pretende satisfacer artificialmente reclamos sociales con origen en una situación de conflicto comunal concreto, provocando con ello la sanción de leyes que contradicen el sentido del resto de las disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Las normas que dan vida al derecho penal tienen un sentido, y es por tal motivo que deben ser interpretadas en armonía con el resto del sistema legal que se caracterice por ser racional, igualitario y conteste con los postulados constitucionales.

En consecuencia, entiendo que lo establecido en el artículo 100 de la ley 12.256 contradice todas las disposiciones jurídicas que se vienen comentando, violenta el principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, infringe los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesiona el principio de proporcionalidad, se opone a los lineamientos que establece el artículo 16 de la CN, perdiendo legitimidad -por tratarse de un supuesto de derecho penal de autor- toda vez que coarta toda posibilidad de reinserción social de los condenados por la sola comisión de determinada calidad de delitos que taxativamente enumera, con total prescindencia de la evolución personal y esfuerzo de resociabilización del autor.

Por lo dicho, entiendo que el derecho penal no puede caracterizarse por "(...) imaginar que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales (...) y mucho menos convalidar que (...) se trata de un estado peligroso (...) [y, por ello] la pena debe adecuarse al grado de perversión pecaminosa del autor (...), pues tal clase de derecho

penal (...) es una escuela autoritaria, en el que el valor fundamental es la disciplina conforme a pautas que las personas deben introyectar (no sólo cumplir), y las agencias jurídicas son tribunales disciplinarios que juzgan hasta qué punto las personas han internalizado las pautas estatales, sin importarles lo que hayan hecho más que como habilitación para esta intervención. No se reprocha el acto sino la existencia: los operadores jurídicos traducen la omnipotencia del estado omnisciente, que niega muestras de infinita bondad a los disidentes (...)" (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, Tratado..., 66).

Así es como en palabras de estos autores se ha dicho que "(...) el discurso del derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de persona (...) el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y practican".

El derecho penal también tiene una misión con sentido social, y es allí donde sus más elementales principios asoman como la barrera infranqueable de la *Política Criminal*; no se trata sólo de una expectativa de estabilizar la convivencia general, sino que, particularmente en la etapa de ejecución, es donde el Estado debe amalgamar el ejercicio del poder punitivo con la transformación a partir de la política social.

Cuando la regulación normativa lleva a contradicciones tan serias como las que se corroboran en este caso, donde coinciden en lo beneficioso de que el penado A. avance hacia un sistema abierto que le permitirá seguramente afianzar su integración y consolidar su proyecto de futuro, y en esto curiosamente están de acuerdo –en beneficio del penado- las autoridades penitenciarias y el ministerio público fiscal, la argumentación jurisdiccional, aunque con celoso apego a la ley vigente, sólo puede ampararse en un obstáculo formal y objetivo para rechazar el merecido progreso, y esto así, no parece estar a tono con la tan perseguida prevención especial positiva que se pregonaba desde las Cortes que llevan adelante el control de convencionalidad.

**IV.** Como corolario de lo señalado, no puede menos que analizar el recorrido histórico y sistemático que dio origen a la norma contenida en el artículo 100 de la ley 12.256.

Con sustento en lo establecido en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, y en lo dispuesto por el artículo 228 de la ley 24.660, las provincias debían adecuar a esa ley marco sus respectivas legislaciones con la finalidad de que concuerden con las disposiciones de la Ley de Ejecución Penal Nacional.

Ello, en virtud del texto contenido en el artículo 16 de la CN, que obliga a salvaguardar el derecho de igualdad reconocido a todo ciudadano y, en ese marco, las leyes destinadas a establecer el régimen de ejecución penal debían ser dictadas en un mismo sentido para todos.

Al fin y al cabo, de lo que se trata es de privilegiar los postulados que demarca el principio de legalidad.

En lo que respecta a la legislación que se encarga de regular la ejecución de la pena en el ámbito nacional, puede decirse que contiene las reglas fundamentales sobre las cuales debe ejecutarse la pena privativa de la libertad, siendo que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, toda vez que deben ser valoradas en armonía con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 18 de la CN, cuando estatuye que “[L]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”; de lo normado en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que “(...) las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (...)”; y lo establecido en el artículo 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando ordena que “(...) el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

Continuando con el análisis, más allá de la diversidad que puede advertirse en la redacción de las leyes 24.660 y 12.256, lo cierto es que en ambas rige como principio rector de la ejecución de la pena: que su imposición permita reinsertar al condenado en el ámbito de la sociedad. Lo dicho con especial atención en lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Fundamental, que limita el poder de intervención del Estado y, principalmente, el ejercicio del *ius puniendi* como herramienta de coerción social.

Nótese que el Estado, en este sentido, se encuentra en una posición de garante frente a la persona condenada, pues no sólo la CN sino también los Tratados Internacionales -que comparten con ella su jerarquía- lo obligan a brindarle los elementos necesarios para lograr la tan preciada resocialización; imperando en este marco el principio *in dubio pro libertatis*, que implica que toda medida que se disponga en relación con la restricción de la libertad de una persona deberá ser adoptada de modo que resulte más favorable para el condenado en su proceso de reincorporación al ámbito

comunal.

Resulta imperativo para los órganos que ejecutan la actividad jurisdiccional encaminar las resoluciones judiciales garantizando la plena vigencia de la ley de ejecución penal, siempre que su articulado no restrinja, vulnere, limite o contradiga las normas con jerarquía superior.

Pese a lo expuesto, la ley 24.660 establece en su artículo 56 *bis* (conforme modificación introducida por ley 25.892) que los condenados por la comisión de diversos delitos que allí se detallan, no pueden acceder a los “beneficios” comprendidos en el período de prueba, como tampoco obtener la prisión discontinua o semidetención ni la libertad asistida.

El Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Fayt, puso de manifiesto que corresponde “(...) garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran garantizar que el ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional (...)” (CS, “*Romero Cacharane, Hugo A. s/ ejecución penal*”, 2003/03/09, Fallos:327:388, La Ley 2004-C, 691 – La Ley 2004-D, 147).

Viene a cuento citar la opinión de la Dra. Ángela Ledesma, quien en oportunidad de emitir su voto en la causa “*Godoy Cañete, Alcides J. s/ recursos de casación e inconstitucionalidad*” (Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal), sostuvo que “[L]a ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, al reglamentar los lineamientos establecidos en los tratados internacionales, adoptó un sistema progresivo en la ejecución penal, [y que] las características principales de éste régimen están dadas, en lo que al caso interesa, por un período de cumplimiento de la pena en libertad, lo que conlleva a la reintegración del condenado al medio libre antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones.

Corresponde aclarar también que éste sistema no resulta ser una invención de nuestra ley nacional sino que ha sido la característica propia desde los orígenes históricos de aquél régimen inicialmente denominado *Maconochie* y *Crofont* (cf. Elías NEUMAN, *Prisión abierta*, Depalma, Buenos Aires, 1984, 112/115).

El principio de progresividad es una de las formas en que se materializa el mandato constitucional de *readaptación social* por medio de la flexibilización de la ejecución de la pena, atravesando las distintas fases y periodos que prevé la ley

24.660.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento, han sido claras respecto a cuál es el alcance que debe asignársele al sistema progresivo.

Así, el artículo 60 inciso segundo sostiene: “Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (...) o mediante una liberación condicional (...)”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “(...) en concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizada a la luz de las garantías del debido proceso dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.” (cf. CIDH, “*Fermín Ramírez vs Guatemala*”, Sentencia dictada el 20 de junio de 2005).

En el ámbito de nuestra provincia, la ley 12.256 hace especial hincapié, en su artículo 4°, en el hecho de que “el fin último de la presente ley es la adecuada reinserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control”.

Cuando la disposición hace referencia a la reinserción social o reconocida resocialización responde, como se dijo en párrafos que anteceden, a lo dispuesto por las teorías de la pena que se encargan de demarcar que la imposición de cualquiera de las sanciones establecidas en el Código Penal (artículo 5), debe responder a parámetros de prevención generales o bien, especiales, dando cumplimiento a la esperable reinserción de todo condenado a la sociedad, quien luego de cumplida la sanción punitiva que sobre su persona recayó tiene el derecho de volver a convivir en comunidad.

Con idéntico sentido su artículo 5° ordena que “la asistencia y/o

tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales”.

Por ello los jueces de ejecución penal tienen por obligación inmediata de proteger y garantizar el goce de los derechos y de las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo ciudadano que, sometido al debido proceso penal, ha sido objeto de una sanción punitiva (artículo 125 de la ley 11.922).

**V.** La nómina de ilícitos que delimita la regla del artículo 100, y a cuyos autores cercena desde el vamos la posibilidad de acceder a un tratamiento progresivo e igualitario respecto de sus pares, se ciñen a homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 *bis* último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal), sin que pueda advertirse el fundamento por el cual se escogió, de entre la nómina de los injustos que componen el catálogo de conductas prohibidas, los allí descritos.

Celebro que la inconstitucionalidad que propongo haya sido resuelta por la Sala I de este Tribunal de Casación Penal de la provincia, en el marco de la N° 43.933, caratulada “*R., J.C. s/ recurso de queja*”, con fecha 15 de julio del año 2011, oportunidad en la que por mayoría y con fundamento en el voto del señor juez Piombo, adhiriendo el juez Sal LLargues, se dijo que “(...) la norma cuya aplicación se postula es, en el caso, patentemente contraria al sistema constitucional, creando una especie de ‘derecho de ejecución de autor’ inconcebible según los parámetros que inspiran las leyes sustantivas (...) lo más grave es que se pretende incrementar el sufrimiento de determinados procesados cuando todo el sistema carcelario debe ser, por imperativo

constitucional, para seguridad y reeducación, y no para castigo de los reos incluidos en sus establecimientos. La inconstitucionalidad para el caso del artículo 100 (...) se impone sin atenuaciones (...)."

**VI.** En razón de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 25.500 de su registro interno; declarar la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 *bis* último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba; y reenviar las actuaciones a la instancia de origen, a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del C.P.P.); y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la **primera cuestión** el señor juez **doctor Violini** dijo:

Comparto con el voto que abre este acuerdo que la norma del artículo 100 de la ley 12256 impone una regla cerrada, que impide, en principio, una interpretación alternativa compatible con la Constitución Nacional, frente a las pautas que regulan el objeto y fin de la pena.

Tengo presente también que tras las primeras evaluaciones, el encartado realizó un progreso destacable, el que queda plasmado en los informes que bien ha reseñado el doctor Carral, y que motivaron tanto a las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial como al Ministerio Público Fiscal a expedirse a favor de las salidas peticionadas.

Y si bien es cierto que la pena se impone para ser cumplida, y no observo agravio supralegal alguno en esta regla, las circunstancias particulares del caso puntual que se analiza me llevan a adherir a la solución propuesta por el primer votante.

Es que a diferencia de las limitaciones que la ley impone con base en las circunstancias personales del encartado, en función de las cuales se aconseja o desaconseja el cumplimiento completo de la pena (por ejemplo, artículo 50 del Código Penal), en el presente se observa la existencia de una limitación que se funda pura y exclusivamente en razón del delito cometido, es decir, con independencia de la situación particular del encartado, de sus circunstancias personales, a lo que aduno que, en función de la redacción extremadamente cerrada del texto legal, la aplicación de la norma procedería aún cuando esas circunstancias contradijeran las razones que motivaron su sanción.

Este es el supuesto de autos, y me explico. Los artículos 18 de la Constitución Nacional, 10 inciso 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el objetivo de resocialización para la imposición de la pena privativa de libertad.

Estas normas poseen carácter supralegal, y por ende, cualquier restricción a los beneficios concedidos a los penados, fundada en dicho objetivo, aparecerá en principio como razonable.

No obstante, en el presente caso, el extremo acreditado ha sido precisamente el opuesto. A. ha capitalizado positivamente el tratamiento resocializador, como bien se cita en el voto que abre el Acuerdo.

El único impedimento para la obtención del beneficio solicitado es, entonces, el tipo de delito cometido.

Y lo cierto es que, conforme cita el “a quo” a fs. 69 y vta., las razones que sustentan tal negativa resultan ser la ausencia de respeto por la vida, y lo perjudicial que supone el hecho de que la persona liberada vuelva a cometer hechos similares a aquellos por los que estuvo en prisión.

Debo acudir a estas citas de los antecedentes parlamentarios porque, como dijera, la redacción extremadamente cerrada y parca del artículo 100 de la ley 12256 impide cualquier interpretación alternativa de sus razones.

Así las cosas, encuentro que la ausencia de respeto por el

valor vida también se verifica en los casos del artículo 79 del Código Penal, delito no contemplado en la restricción establecida por la norma que aquí se cuestiona; y que el segundo de los argumentos mencionados sienta la presunción de que quien es liberado volverá a delinquir, pero sólo si es externado en forma anticipada.

No avanzaré sobre la constitucionalidad de los antecedentes parlamentarios así explicitados, pues basta en el caso con explicar que el elenco de delitos que se considera traslucen desprecio por la vida resultaría en todo caso parcial, y, más importante aún, porque el segundo argumento sienta una presunción que en sede judicial, y a la luz del principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), debe ser probada, lo que en mi opinión, no ha ocurrido en autos.

Vale decir, que A. ha cumplido con los objetivos resocializadores impuestos por nuestro ordenamiento legal, pese a lo cual la obtención del beneficio solicitado le es negada con base en una norma legal que se sustenta, a su vez, en razones y motivos que en el caso no se encuentran probados, y que incluso podrían considerarse desacreditados por las constancias de autos.

Impedir la concesión del beneficio en estos términos importaría, como bien lo señala el primer votante, hacer aplicación de una teoría especial negativa de la pena, reñida con los principios de dignidad humana y resocialización.

Con estos agregados, y adhiriendo a los argumentos vertidos en este mismo sentido por el doctor Carral, a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la **segunda cuestión** el señor juez **doctor Carral** dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 25.500 de su registro interno; declarar la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 *bis* último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o

semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba; y reenviar las actuaciones a la instancia de origen a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del C.P.P.). ASÍ LO VOTO.

A la **segunda cuestión** el señor juez **doctor Violini** dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

### **SENTENCIA**

**I.- HACER LUGAR** al recurso deducido, sin costas.

**II.- CASAR** la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 000 de su registro interno.

**III.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 100 de la Ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 *bis* último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba.

**IV.- REENVIAR** las actuaciones a la instancia de origen a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto.

Rigen los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y

121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

**FDO.: VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL**

**Ante mi: Andrea Karina Echenique**