

General Roca, 11 de julio de 2011.-

AUTOS Y VISTOS: El presente expediente. N° 231-JE10-10 caratulado "Incidente de planteo de inconstitucionalidad art. 14 CP y 56 bis. Ley 24660", y,

CONSIDERANDO: Que llegan los presentes actuados a resolver a partir del pedido de la Dra. Veronica Rodriguez de que se declare la inconstitucionalidad del Art. 14 del C.P. Y 56 Bis de la Ley 24660 en tanto que tales reformas vulneran principios constitucionales fundamentales porque se les niega a ciertos penados acceder a un beneficio que se legisló de manera igualitaria, al menos originariamente, para todos los penados a los fines de su reinserción social, y porque además, permite una discriminación del sistema olvidando que todos los autores de un delito comparten una condición esencial: la de seres humanos.

Indica asimismo que las normas mencionadas afectan los principios de culpabilidad, proporcionalidad, razonabilidad comparativa, porque a delitos de distinta gravedad se les aplica la misma consecuencia sancionatoria, basándose en un criterio peligrosista de autor, contrario a nuestro sistema de responsabilidad subjetiva. Asimismo, sostiene que los artículos mencionados son violatorios de los arts. 16, 18, 31 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

El Sr. Fiscal de Cámara, al contestar el traslado, cita Jurisprudencia del S.T.J. En donde se resalta la importancia de la declaración de Inconstitucionalidad. Sostiene que la normativa en cuestión, son decisiones dentro del marco de facultades legislativas vinculadas a la política criminal del Estado, que nada tienen que ver con los derechos igualitarios de los ciudadanos, plantea que nadie está afectado de antemano por una condición particular, sino por la comisión de hechos delictivos para los que se disponen condiciones especiales de cumplimiento de pena. Por otro lado, considera que las normas que nos ocupan, no resultan violatorias de ningún Tratado Internacional.-

Así las cosas, el presente planteo de inconstitucionalidad merece un profundo análisis a fin de superar la establecida doctrina que indica que:

"...la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (P. 199 XXIII, "Pupelis, María C. y otros s/robo con armas", causa 6491, 14/5/1991)

El avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone revisar esta doctrina al amparo de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México".

En dicho fallo se dijo que:

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

...

34. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la Sentencia relativa al Caso Cabrera García y Montiel Flores, materia del presente voto razonado.

...

c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las

partes

42. Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, dos meses después del Caso Almonacid Arellano vs. Chile, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, con independencia de que las partes lo invoquen. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".

La doctrina es clara, los jueces tenemos el deber de velar activamente por la adecuación de la legislación interna con el bloque de convencionalidad de los Tratados de Derechos Humanos.

Dicho lo anterior, debo dividir la cuestión en dos planos, lo relativo a la libertad condicional y lo referente a la posibilidades de salidas transitorias.

Respecto del primer punto, atento a la certificación de fs. 19 es claro que Herrera no tiene derecho en la actualidad a la libertad condicional, faltando casi 4 años para estar temporalmente habilitado a solicitar tal forma de egreso anticipado, por lo cual no parece ser el momento oportuno para tratar el punto, el cual podrá ser reeditado dentro del plazo del art. 30 de la Ley 24.660.

Ahora bien, respecto de la inconstitucionalidad del Art. 56 bis. de la Ley 24.660, es necesario realizar algunas consideraciones respecto de dicha norma.

Adelanto mi opinión respecto que la reforma introducida por la ley 25.948 a la Ley 24.660 es claramente inconstitucional por violar el principio de resocialización, fin de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades.

La norma establece una presunción iure et de iure que en los casos de delitos aberrantes no hay otra forma de rehabilitar al interno que haciendo que el mismo cumpla la totalidad de la pena.

El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

El art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos sienta la teoría de la llamada prevención especial positiva, al establecer que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, doctrina legalmente receptada en la Ley 24660. Es preciso, pues, interrogarse acerca de si el mecanismo de agravación punitiva que implica el cometer un delito aberrante resulta compatible con la finalidad, legal y constitucionalmente consagrada, de la pena de prisión.

Es interesante destacar que el agravamiento de la pena no tiene relación, como en la se dice de la reincidencia, con una "insuficiencia" del tratamiento resocializador anterior o su incapacidad para transformar la conducta del penado, porque la norma no distingue entre primarios y reincidentes.

Sin embargo, sabemos, el ideal de la 'reinserción social', más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

Resulta claro que la imposibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad, en tanto se obtura la posibilidad de flexibilizar el tratamiento resocializador. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación más gravosa respecto de un individuo que, pese a haber mostrado una mayor vulnerabilidad frente al sistema penal, puede hacerse merecedor de un ajuste reductor de la respuesta punitiva basado en razones de prevención especial.

Si lo anterior no basta como justificación para declarar la inconstitucionalidad del Art. 56 bis de la Ley 24.660, creo necesario ver cual fue, en la medida de lo posible, la voluntad del legislador al momento de sancionar la norma.

En la sesión del 7 de abril de 2004, realizada en forma extraordinaria y que respondía a la marcha de Blumberg del 1 de abril del mismo año, el miembro informante Dip. Guillermo Ernesto Johnson, indicaba que los fundamentos del proyecto son:

“Estos son los fundamentos de esta normativa que es

muy breve y que consiste en la incorporación como párrafos segundo y tercero del artículo 15 de este proyecto de las circunstancias que acabo de mencionar: **una incorporación en el último párrafo del artículo 54 y la sustitución de las facultades discrecionales del juez establecidas en el artículo 56 de la ley 24.660. Esto es cuanto puedo manifestar respecto de este proyecto.**"

El Dip. Jorge Osvaldo Casanovas, Ministro de Justicia de la Gobernador Ruckauf indicó durante el debate que:

¿Cómo puede ocurrir esto, señor presidente, cuando en la provincia de Buenos Aires rige desde hace cuatro años una ley que reproduce los artículos que aquí estamos promoviendo? **Esa ley tiene vigencia, pero aquellos jueces a los que no les gusta y que no reconocen a los poderes legislativos como órganos de la Constitución para fijar las políticas criminales, nos subrogan, declaran la inconstitucionalidad de las leyes que no les agradan y aplican en su jurisdicción la ley 24.660.**

...

Lo único que queremos con este proyecto es que el Congreso de la Nación se haga cargo e impida a los jueces de ejecución, mediante una norma imperativa, otorgar salidas anticipadas en los casos de los delitos que, como bien puntualizaba el señor diputado Johnson, no se agotan -como se dijo en la prensa- en el homicidio calificado, el secuestro extorsivo y la violación seguida de muerte.

...

Es decir, son todos delitos aberrantes **cuyos autores tendrán el mismo régimen de tratamiento penitenciario progresivo pero sin derecho a circular en sociedad** hasta que cumplan su pena o les sea concedida la libertad condicional."

Al mismo tiempo se trataba en el senado la imposibilidad que este grupo de delincuentes obtengan la libertad condicional.

El Dip. Leopoldo Moreau, en la oposición frente a dichas manifestaciones fue claro al indicar que:

Es cierto -y hay que reconocerlo- que **la sesión de hoy en particular fue disparada por la movilización que días atrás tuvo lugar en las puertas de este Congreso**; la sesión, no los proyectos. Estas iniciativas -reitero- estaban siendo debatidas y analizadas en este Parlamento.

Además, debo decir que esta iniciativa referida a una modificación de la ley de ejecución penal no tiene suficiente fundamento. Si hacía falta algo para desmerecerla, la intervención del señor diputado Casanovas -del Partido Justicialista de la provincia de Buenos Aires- me exime de cualquier argumento para demostrar que efectivamente esta norma no sirve absolutamente para nada.

...

Es más: **si repitiéramos los fundamentos que acabamos de escuchar y que constan en la versión taquigráfica, ninguno de nosotros podría votar esta iniciativa.** En primer lugar, el señor diputado Casanovas ha sostenido claramente que esta ley tiene vigencia en la provincia de Buenos Aires desde hace cuatro años. Efectivamente, ha sido prácticamente reproducida, y luego vamos a hablar de lo que sucedió en esos cuatro años.

...

Además, según el señor diputado, dicha norma tiene vigencia, pero los jueces no la aplican. Entonces, ¿qué va a pasar con este proyecto que no modifica los artículos 13 y siguientes del Código Penal, y que entran en contradicción y cuya reforma,

para colmo, está siendo considerada -como bien lo señaló el señor presidente de nuestra bancada- en simultaneidad con el Senado, sin que sepamos claramente qué es lo que se está debatiendo o qué va a surgir de ese tratamiento?

...

Para explicar que esto es humo, que no tiene sustento, que estará sometido a nulidades y a interpretaciones de los jueces, bastó el discurso del señor diputado Casanovas. A confesión de parte, relevo de pruebas. Efectivamente, lo dijo bien. Esta iniciativa no ha servido, y tampoco servirá en las condiciones en que habremos de sancionarla. Estamos dando satisfacción a una demanda legítima en términos éticos, pero que carece de eficacia práctica.

Por último el Dip. Federico Pinedo defendió el proyecto agregando:

El proyecto que estamos considerando trata sobre los mecanismos de resocialización. Las salidas anticipadas y otros mecanismos de tratamiento de los reclusos deberían tender a la resocialización de los condenados y a su reinserción en una vida pacífica en sociedad. Pero esas leyes no pueden estar pensadas para la reinserción de delincuentes peligrosos que pueden volver a cometer delitos contra la sociedad.

Eso no es resocialización. Y no se trata de una maldad por parte de los señores diputados que pensamos de esa manera; no se trata de que los presos sufran más. En un momento tan crítico como el presente se debe tener cuidado con la libertad que excesivamente otorgan en forma anticipada jueces que han declarado inconstitucionales algunas leyes, o que simplemente no las aplican.

...

Hemos visto con demasiada frecuencia que la policía, que está en contacto con el delito para reprimirlo, muchas veces se pasa de esa raya y se dedica a cometer delitos.

Por lo expuesto, vamos a acompañar el texto que se ha propuesto. No estamos actuando con irresponsabilidad, apresuramiento o bajo presión; tampoco estamos violando el prestigio del Parlamento argentino al apoyar este proyecto, que es sencillo y simplemente establece que en este momento no es conveniente la libertad anticipada de delincuentes peligrosos.

Si el día de mañana tuviésemos cárceles, sistemas penitenciarios, sistemas de reclusión de menores, policía y seguridad maravillosos, seguramente podríamos modificar este proyecto para volver atrás y ser más benignos en la liberación, pero mientras tanto preferimos que a nuestros hijos no los maten.

El trámite se desdibujó con posterioridad, para ser reencausado posteriormente y la Dip. Lucrecia Monteagudo expresaba:

Hoy decíamos -más temprano- que aquí falta rigor científico. **La criminología existe para eso y no para que cada uno diga lo que le plazca, porque no estamos en una calle o en una plaza.** Estamos en el recinto de la Cámara de Diputados de la Nación. No puede ser que se borre de golpe un historial, una trayectoria y un antecedente de lo que ha sido la doctrina argentina. No me estoy refiriendo a cuestiones utópicas que no ocurrieron.

Permítanme recordar a los que todavía quedan en este recinto que un gran abogado español, que se llama Luis Jiménez de Asúa, dijo en uno de sus tantos libros que el sistema carcelario argentino fue modelo en los años cincuenta.

...

Me sorprende que del Bloque Justicialista haya salido ese tipo de proposiciones que echa por tierra la concepción del derecho penal argentino y de lo que significa el criterio de rehabilitación.

Por último transcribo lo dicho por el Dip. Jose Maria Diaz Bancalari, que practicamente cerro el debate dicho día:

Lo que proponemos decididamente es que estos delitos aberrantes no puedan ser mérito de libertad anticipada. ¿Es tan difícil entenderlo? ¿Es éste un plan de seguridad? ¿Es esto el final de la resolución de una problemática? No, diría que más que nada es el inicio de la resolución de la problemática que la sociedad ha expuesto bien. Al margen de aquellos que se la pasan diagnosticando cuando están en la oposición y cuando llegan al poder, el diagnóstico preparado no les sirve para nada o les sirve para salir anticipadamente del poder, porque no lo ponen en práctica. (Aplausos.)

El pueblo se encargó de trazar una línea bien clara: de un lado, los delincuentes, del otro, ciudadanos decentes; de un lado, los delincuentes transitando impunemente por las calles y del otro, los ciudadanos decentes encerrados en sus casas. De un lado, estamos los que legislamos para el pueblo y del otro, los que quieren sacar tajada de un hecho luctuoso; de un lado, los que se ponen anteojeras ideológicas para querer dividir, del otro, el pueblo que utiliza las dos manos para ganar el pan con el sudor de su frente, en fin, de un lado, la vida y del otro, la muerte.

Posteriormente el proyecto fue girado al Senado, el cual lo trató en la sesión del 25 de agosto de 2004 donde agiornó el proyecto a lo dispuesto por la Ley 25.892 y giró nuevamente a diputados. En el senado nada se dijo sobre el proyecto.

Por último el 20 de octubre de 2004, la Cámara de

Diputados aprobó las modificaciones, nuevamente sin mas discusión.

Pocas veces la voluntad del legislador es tan clara: quitar a los jueces sus facultades y negar toda posibilidad de salida a los culpables de "delitos aberrantes".

Creo que es válido y que es una aspiración que muchos jueces tenemos, que el legislador de claridad a las normas que dicta, pero el camino elegido en el presente caso es claramente inconstitucional.

Amén de lo ya dicho, la norma en cuestión se sancionó en un periodo de claro pánico moral, con marchas a la puerta del congreso reclamando penas mas duras y sin sustento fáctico alguno.

La reforma, que propicia Casanovas, es la misma reforma que llevó con posterioridad a la debacle penitenciaria de la provincia de Buenos Aires y al fallo Verbitsky de la CSJN.

La apelación de Pinedo a que "Si el día de mañana tuviésemos cárceles, sistemas penitenciarios, sistemas de reclusión de menores, policía y seguridad maravillosos, seguramente podríamos modificar este proyecto para volver atrás y ser más benignos en la liberación, pero mientras tanto preferimos que a nuestros hijos no los maten" permite ver que ante la ineficacia del aparato represor del estado, la solución es una mayor represión, una pena incapacitante antes que una pena resocializadora.

Diaz Bancalari también es claro, supone y así lo expone, una lucha entre los ciudadanos decentes y los delincuentes, entre la vida y la muerte.

La solución propuesta no tiende a "resocializar" a los condenados por delitos aberrantes, sinó por el contrario claramente pretende que los mismos permanezcan apartados de la sociedad.

Puede discutirse el fin resocializador de la pena, pero es el único fin constitucional de la misma, con independencia que en la práctica pueda producir otros fines. Si esto es así, el fin buscado ab initio por la norma es inconstitucional.

Pero en el caso en que se creyera que la resocialización del interno puede producirse sin salida alguna al exterior del penal es, en palabras de Elbert como "enseñar a jugar al fútbol en un ascensor".

Si algo muestra la práctica cotidiana de un juzgado de ejecución es que genera mucha más dudas a todos los integrantes del sistema un sujeto que retoma la libertad sin haber sido probado mediante salidas transitorias, que aquel que paulatinamente se incorporó a la sociedad.

El fin buscado por la norma, en términos prácticos, es muy probable que sea frustrado por la misma norma.

Por todo ello

RESUELVO: 1.- Declarar la inconstitucionalidad del Artículo 56 bis de la Ley 24.660 en tanto impide a Facundo Javier Herrera acceder a beneficios penitenciarios en virtud del delito por el que fue condenado.

Juan Pablo Chirinos
Juez de Ejecución Penal

En fecha / 07 /2011 se notificó al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra.
Defensora Oficial de Cipolletti vía digital.-

Secretaría de FERIA