



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3

Legajo N° 138.759

UFEP N° 74774 s/inconstitucionalidad art. 14, segunda parte del CP e incorporación al régimen de libertad condicional.

Sr. Juez:

I. Que por el presente, y en virtud del traslado conferido, esta Unidad Fiscal de Ejecución Penal emite opinión respecto de la solicitud formulada por el Dr. Rubén Alderete Lobo -defensor *ad hoc* de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal-, orientada a que se declare la inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte del CP y, en consecuencia, se incorpore a /// al régimen de libertad condicional.

II. La defensa argumentó que el art. 14, segunda parte del CP, en cuanto prohíbe el acceso a la libertad condicional de aquellos condenados, entre otros, por el delito previsto en el art. 165 del mismo cuerpo normativo, constituye una reglamentación que resulta contraria al mandato de reinserción social consagrado por el bloque de constitucionalidad federal y recogido por la Ley N° 24.660. Ello, ya que respecto de aquellas personas condenadas por determinados delitos el Estado no tendría la obligación de favorecer su reinserción social. En esa dirección, podría vedar legítimamente su acceso a la libertad condicional durante todo el lapso de la condena y, en consecuencia, estaría habilitado a promover su neutralización. Paralelamente, sostuvo que la norma en cuestión se opone al principio de igualdad y, en conjunto, que no supera el test de razonabilidad constitucional (art. 28 de la CN).

III. Que con fecha 22 de febrero de 2013, en el marco de la causa no. 7347, el Tribunal Oral de Menores N° 2, condenó a /// a la pena única de trece años y seis meses de prisión, comprensiva de la pena impuesta, esa misma fecha, de tres años y seis meses de prisión por el

delito de robo con armas en concurso material con el de resistencia a la autoridad y abuso de arma de fuego agravado, en concurso ideal entre sí, y de la sanción impuesta en el marco de la causa no. 2427 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, a la pena de once años de prisión por el delito de homicidio en ocasión de robo -art. 165 del CP- (v. fs. 286).

En virtud del cómputo efectuado, y dado el tiempo que permaneció detenido en la causa del TOC N° 6, la sanción impuesta vencerá el 5 de abril de 2018 (v. fs. 291).

Que, en cuanto al presente examen importa, la sentencia de condena del TOC N° 6 fue dictada el 23 de abril de 2007, y el hecho que le fuera reprochado a /// acaeció el 29 de enero de 2006 (v. fs. 1 y 2vta.).

Las perspectivas temporales reseñadas permiten advertir que cuando /// perpetró el hecho reprochado estaba en vigor, no solamente la segunda parte del art. 14 del CP (incorporada mediante Ley N° 25.892, B.O. 26/05/04), sino también el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 (incorporado por Ley N° 25.948, B.O. 12/11/04).

De tal forma, más allá del originario planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa, el examen del caso impone valorar conjuntamente los alcances de los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley N° 24.660.

IV. Como primera aproximación a la materia objeto de examen corresponde señalar que, en virtud de la posición que ha sido asignada por la Constitución Nacional y la Ley Orgánica de Ministerio Público, uno de los deberes centrales de esta Unidad Fiscal radica en fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios de igualdad ante la ley, presunción de inocencia y derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y contribuir, de esa manera, con un sistema penal justo y equitativo y con la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia (v. arts. 120 de la CN; 1 y 25 de la Ley N° 24.946 y Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptadas en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente -27/8 al 7/9/1990-).

Aquel deber genérico impone, como necesaria consecuencia, examinar la restricción que fija el art. 14, segunda parte del CP para ser



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

incorporado al régimen de libertad condicional y, paralelamente, las excepciones que el art. 56 bis de la Ley 24.660 establece para acceder a las modalidades comprendidas en el período de prueba del régimen penitenciario, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos. Ello, a fin de dilucidar si nos encontramos en presencia de reglamentaciones legítimas o, en cambio, de aquellas que *alteran* el acceso a la libertad condicional y, en términos generales, al régimen progresivo de los ciudadanos condenados por determinados tipos penales (arts. 14 y 28 de la CN).

Adviértase, en esa dirección, que el Supremo Tribunal de nuestro país ha sostenido largamente en el tiempo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual debe recurrirse a ella únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (*Fallos* 303:625).

Con ese norte, la jurisprudencia de la CSJN ha enfatizado el deber de agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, toda vez que es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (*Fallos* 328:1491).

En el caso, este examen cobra especial importancia, en tanto podría poner en juego el valor de los tratados internacionales ratificados por el Estado en el orden interno.

En esa dirección, la CSJN ha evaluado las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emergentes del caso “Almonacid”, del 26/9/2006, según las cuales si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico;

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico. Así, concluyó que el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos (v. “Mazzeo”, *Fallos* 330:3248, el resaltado corresponde a esta pieza).

a) En orden a los parámetros aludidos, y como primer paso, corresponde examinar los lineamientos que enmarcan en nuestro orden jurídico el denominado régimen progresivo de ejecución de la pena.

A partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1853 cabe colegir una determinada orientación en la ejecución de la pena privativa de la libertad, en cuanto su art. 18 dispone que las 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 aquella exija, hará responsable al juez que la autorice. De modo que *prohíbe* todo contenido doloroso en el encierro carcelario y, por esa vía, cristaliza un sentido humanista, que reconoce la dignidad del ser humano.

Sin embargo, esta originaria perspectiva prohibitiva se ha visto robustecida con la incorporación de una *finalidad* explícita en la ejecución de la pena a partir de la reforma constitucional del año 1994 y de la inclusión, con esa jerarquía, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (*art. 75, inc. 22 C.N.*) “en las condiciones de su vigencia”, es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias.

El art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

“el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En adelante, entonces, existirá una finalidad constitucional que trazará el sentido de las ejecuciones penales: la reinserción social del condenado.

Y, para que aquella finalidad guarde conformidad con el resto de los derechos, principios y garantías del cuerpo constitucional, nunca ha de importar una invasión en la esfera de reserva del condenado (art. 19 CN), sino, antes bien, una garantía que le asiste y una obligación en cabeza del Estado, que debe disponer los medios necesarios orientados a dotar a los sujetos pasivos de una sanción de herramientas para la consecución de su reinserción.

Paralelamente, y en virtud de lo normado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 25 y 26), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 5), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.2) y el Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.1), el principio de *humanidad* ha de regir el cumplimiento de la pena privativa de la libertad. En consecuencia, será obligación del Estado garantizar a las personas condenadas el diseño de una política penitenciaria que tenga como norte la dignidad de la persona humana y que obste todo trato cruel, inhumano o degradante.

En esta dirección, la CSJN ha resaltado la obligación estatal de dar cumplimiento a los extremos prescriptos por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas respecto del tratamiento digno que se debe conceder a toda persona privada de libertad, a la par de exhortar a los poderes políticos a *adecuar* su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal y penitenciaria a los mandamientos constitucionales e internacionales ratificados por nuestro país (v. causa “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus” *Fallos* 328:1146).

En consonancia con este régimen, y en el ámbito

infraconstitucional, la Ley N° 24.660 ha incorporado el denominado principio de progresividad de la pena. Su art. 1°, en plena concordancia con el propósito constitucional, dispone que “...*la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”.

Frente a este cometido general, de raíz constitucional, la norma reglamenta el aludido “régimen progresivo”, orientado a evitar el reintegro abrupto del condenado a su vida en libertad, promoviendo limitar su permanencia en establecimientos cerrados, su incorporación a instituciones abiertas o semiabiertas y a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina (v. art. 6 de la Ley).

Para asegurar ese objetivo, el art. 12 diagrama la ejecución del encierro mediante un régimen penitenciario progresivo, que consta de cuatro períodos: *a) observación; b) tratamiento; c) prueba y d) libertad condicional*. De esta forma se pretende garantizar el tránsito del interno por modos menos rigurosos de encierro, en la medida que le permiten acceder a salidas periódicas una vez cumplidas determinadas condiciones (v. art. 17 de la Ley), hasta su final incorporación al medio libre.

De tal forma, queda diagramado un programa constitucional *progresivo*, destinado a limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, que inhibe toda posibilidad de establecer distinciones para transitarlo que excedan las propias respuestas del interno al tratamiento penitenciario individualizado (art. 8 de la Ley).

Son claros, en consecuencia, los objetivos que persigue en el plano del *deber ser* el régimen de progresividad plasmado en la Ley de ejecución: el avance de la persona condenada desde establecimientos cerrados a los semi abiertos, pasando por los regímenes de seguridad hacia los de autodisciplina, a través de períodos continuos que permitan, a la vez, disminuir las restricciones a las que se encuentra sujeto el interno y aumentar de forma gradual su ingreso al medio libre para, finalmente, habilitar una reinserción *eficiente*.

b) Frente a este régimen de raíz constitucional, cabe ahora sí



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

examinar la normativa incorporada por medio de las Leyes N° 25.892 y 25.948.

La actual redacción del art. 14, segunda parte del CP fue introducida por medio de la Ley N° 25.892 (B.O. 26/05/04). Desde entonces, a la tradicional previsión contenida en la primera parte de dicha disposición, referida a que la libertad condicional no podrá otorgarse a los reincidentes, han sido agregados otros supuestos que obstan su concesión cuando la condena haya sido dictada por la comisión de determinados delitos, a saber: homicidio *criminis causae*; abuso sexual seguido de la muerte de la víctima; privación ilegítima de la libertad coactiva seguida de la muerte intencional de la víctima; robo seguido de homicidio y secuestro extorsivo seguido de la muerte intencional de la víctima.

Paralelamente, mediante la Ley N° 25.948 se incorporó a la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad el art. 56 bis, que excluye del usufructo de las modalidades comprendidas en el período de prueba del régimen penitenciario a los ciudadanos condenados por el mismo catálogo de delitos enumerados en el art. 14, segunda parte del CP. Concretamente, le impide su incorporación a un establecimiento abierto o basado en el principio de autodisciplina, salidas transitorias y semilibertad (art. 15 de la Ley N° 24.660). Y, a los efectos de reafirmar la postura diferencial en materia político-criminal, en su último párrafo, también excluye a esos condenados de los derechos a la prisión discontinua (art. 36 del mismo cuerpo normativo), semidetención (art. 39) y libertad asistida (art. 54).

Los proyectos correspondientes fueron debatidos en la Cámara baja del Congreso de la Nación. Diversas fueron las voces que se alzaron para argumentar en pos de su avance y, paradigmáticamente, cada una de ellas parecen canalizar un ideario similar. Difícilmente pueda decirse que hayan observado a la persona condenada y a su autonomía ética, anclada en el principio de reserva; o al ideal resocializador, como sendero final de la pena. En cambio, aquellas posturas parecen tener la mira en el *afuera*, en la protección del cuerpo social frente a una

emergencia. (v. Antecedentes Parlamentarios, La Ley; *El régimen de libertad condicional del Código Penal reformado por la ley N° 25.892*, Levene (n.) Ricardo, 2005-C, pp. 2/3).

De esta forma, tanto la redacción final de las normas examinadas, como sus antecedentes parlamentarios denotan la presencia de un claro objetivo político-criminal: excluir el mayor tiempo posible de la sociedad a aquellos sujetos que sean condenados por la comisión de delitos considerados por el Legislador como especialmente disvaliosos y, así, evitar que vuelvan a delinquir mediante el cumplimiento íntegro de la *eventual* pena fijada por el Tribunal de condena.

En esta dirección, la reforma introducida en el art. 14, segunda parte del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 bien puede ser enmarcada entre los postulados de la teoría de la prevención especial negativa o de la *inocuización*. Esta perspectiva analítica propone identificar a aquellos delincuentes a los que el Estado estima especialmente peligrosos. La finalidad de la pena privativa de la libertad estará orientada a extrañar a esos sujetos de la sociedad por la mayor cantidad de tiempo posible -o, incluso, de por vida-, con el objetivo de que no cometan nuevos delitos.

Una clásica definición del concepto de inocuización es la de Franz von Liszt, en cuanto sostenía que “...*la pena puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándolo de la sociedad...*” (v. *Tratado de Derecho Penal*, Valleta, Buenos Aires, 2007, pág. 237).

Las indisimulables semejanzas dejan poco lugar a la libre interpretación. El Legislador ha incorporado al derecho interno una programación de política criminal que hace eje en la *inocuización* de las personas condenadas por determinados delitos que considera especialmente disvaliosas.

Si bien la CSJN aún no ha efectuado un control de constitucionalidad de la norma aquí examinada, resultan relevantes para nuestro análisis diversos pasajes argumentales expresados en sus fallos a lo largo del tiempo.



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

En primer lugar, cabe señalar la postura adoptada con motivo de examinar la legitimidad de la Ley N° 24.410, en cuanto estableció que la figura prevista por el art. 139 bis del CP quedaba excluida del régimen general de excarcelación. Es este caso, el Supremo Tribunal del país sostuvo que el Legislador tiene la facultad de proteger determinados bienes jurídicos mediante el aumento o la disminución de la escala penal en los casos que lo estime pertinente. Pero, en cuanto importa al presente examen, afirmó que no resulta legítimo agravar la ley sustantiva a partir de modificaciones al régimen de libertad durante el proceso, basadas “...*en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos*” (v. CSJN “Nápoli, Erika s/infracción art. 139 bis del CP”, *Fallos* 321:3630).

A su vez, la CSJN ha reafirmado la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, al sostener que “...*el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que «las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice», reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento*” (v. considerando 34 del voto de la mayoría en *Fallos* 328:1146, ya citado).

Más recientemente, en oportunidad de revisar el valor constitucional de la pena por reclusión indeterminada prevista en el art. 52 del CP, la Corte sostuvo que “...*la idea de un Estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de*

acuerdo con su gravedad” (v. considerando 16 del voto de la mayoría en el fallo “Gramajo”, rta. el 5/9/2006).

En ese mismo fallo, resulta esclarecedora la postura adoptada por el Ministro Petracchi en su voto al desarrollar su repudio a toda pretensión preventivo-especial negativa de la pena. Señaló que, frente a la inocuización “...*el principio de culpabilidad aparece como un obstáculo que puede ser sorteado por la vía de ulteriores necesidades de prevención, y con total prescindencia del mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reclama a los estados miembros que la pena de privación de la libertad se oriente hacia la reinserción social del condenado (art. 5, inc. 6 CADH) y no al puro aseguramiento. Dicha regla, así como el mandato de que toda privación de la libertad –se trate de una pena o no- se ejecute con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano (art. 5, inc. 2, in fine, CADH), no resulta compatible con una autorización general a tratar a quienes han sido previamente penados en las condiciones del art. 52, Código Penal, como sujetos que pueden ser mantenidos fuera de la sociedad a perpetuidad, sobre la base de la incierta presunción de que nunca habrá de corregirse y que a su respecto no cabe ninguna esperanza de mejoramiento.*” (v. Considerando 29). Y concluyó que “...*el nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad.*” (v. Considerando 30).

Los antecedentes reseñados denotan que la originaria previsión humanitaria contenida en el art. 18 de la CN, robustecida por la reforma constitucional -en cuanto importó en el orden interno el deber de aplicar los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 CN y, a su vez, las lecturas realizadas por los organismos internacionales encargados de interpretarlos-, y su consecuente interpretación por parte del Supremo Tribunal de Justicia de la Nación, condicionan definitivamente el valor que ha de asignarse a las reformas examinadas.



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

En esta dirección, del juego armónico de los arts. 14 y 28 de la CN ha de colegirse que si bien las declaraciones, derechos y garantías constitucionales no pueden tener un alcance absoluto -de modo que pueden ser reglamentados-, la capacidad reglamentaria tampoco puede extenderse de modo que termine por *alterarlas*. Esta limitación alcanza a todos los poderes del Estado y sus funcionarios. Al Poder Legislativo -al dictar normas generales-; al Poder Ejecutivo -cuando las reglamenta-; y al Poder Judicial -cuando resuelve conflictos sociales-.

En el caso concreto, el análisis de las previsiones contenidas en la segunda parte del art. 14 del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660, examinadas a la luz de las pautas trazadas por los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 CN y, a su vez, de las lecturas realizadas por el Supremo Tribunal del país, arroja que esas normas no pueden superar el test de razonabilidad.

Es que, una interpretación constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad consistente con el principio de igualdad sólo puede concluir que la progresividad del régimen penitenciario se aplicará a todos y cada uno de los internos condenados cualquiera sea la pena impuesta. Cada uno de ellos conforma un mismo grupo, una misma categoría -condenados- que no admite discriminación por parte del legislador; lo contrario importaría avanzar de forma irrazonable por encima de la barrera trazada por el art. 16 del texto constitucional.

Justamente, ese es el sentido que cabe colegir del art. 12 de la Ley N° 24.660 en cuanto dispone que “[e]l régimen penitenciario aplicable al condenado, **cualquiera fuere la pena impuesta**, se caracterizará por su progresividad...”. De ello se sigue que la pena fijada por la sentencia de condena resulta irrelevante. Lo será tanto en punto al monto de esa condena, como así también en cuanto a la figura delictiva en la que haya sido subsumida la conducta que se le reprocha. Ninguno de esos extremos serán aptos para cercenar *ab initio* el avance del interno en el régimen progresivo de raíz constitucional.

El único medio para establecer parámetros de distinción en la

evolución de los internos a través de las diferentes etapas del régimen progresivo está constituido por las variables del caso en el cumplimiento de los objetivos y los requisitos legales que -indefectiblemente- serán valorados por el Tribunal de ejecución penal. Son estos los únicos parámetros que pueden, y deben, otorgar fundamento al pronóstico favorable de resocialización que permita la reincorporación social del sujeto pasivo de una pena privativa de la libertad (v. más ampliamente Guillamondegui, Luís Raúl: “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control judicial en un Estado de Derecho”, en Jurisprudencia Argentina, Coordinador Sergio Delgado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 24/32).

Admitir lo contrario significaría sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciario, posición incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria, de conformidad con las pautas supraconstitucionales (v. Cesano, José Daniel “*EL régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)*”, AA.VV, Reformas al código penal, Bdef, Buenos Aires, 2005, pp. 323; Guillamondegui, op. cit., pp. 4).

Lejos de la posibilidad, ínsita en la Ley N° 24.660, de establecer parámetros de distinción en la ejecución de la pena merced a la diferente evolución de los internos en cada una de las etapas del régimen progresivo, la incorporación de la segunda parte del art. 14 del CP y del art. 56 bis a la Ley N° 24.660, lisa y llanamente, ha importado dar lugar a un nuevo esquema de ejecución penal, que tiene en miras antecedentes y fines completamente divorciados de aquéllos que emergen de las previsiones contenidas en el bloque de constitucionalidad federal examinado.

Es que, las normas examinadas no guardan razonabilidad con el sistema de ejecución penal, toda vez que violentan el paradigma de tratamiento personalizado que el propio ordenamiento jurídico aplicable prevé (ley nacional 24.660). Sin medir en lo absoluto cuál ha sido el desempeño carcelario concreto del sujeto de que se trate, le impiden gozar de los institutos que constituyen la esencia del sistema progresivo de la pena y de su resocialización; ello, basado exclusivamente en la naturaleza



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

del delito cometido. En verdad, la valoración de la calificación jurídica asignada al hecho reprochado a la persona debió haber tenido lugar al momento de fijar el monto de la sanción y no, posteriormente, en su ejecución.

Ha de señalarse que, este tipo de restricciones no resultan novedosas en el ámbito interno. Mediante las Leyes N° 12.543 (B.O. 14/12/00) y 13.177 (B.O. 20/04/2004), modificatorias del art. 100 de la Ley N° 12.256, se dictó una reforma similar en la Provincia de Buenos Aires, restrictiva de la concesión de los beneficios penitenciarios, aunque con un catálogo de delitos más amplio.

Al examinar la legitimidad de esta normativa y, paralelamente, la del art. 56 bis de la Ley N° 24.660, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata ha valorado que “[s]i 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 [a partir de] 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”. Ello, como mecanismo para que el condenado pueda “...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”. Y, en base a esos parámetros, concluyó que la diferencia de trato que contiene el art. 100 de la Ley N° 12.256 “...no se fundamenta 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” (v. Sala I, causa no. 21.805 “Suárez, Ricardo A., Anselmini, Ricardo A. y Echenique Oscar A. s/incidente de ejecución alternativa de la pena”, rta el 8/08/11).

En esa dirección, también la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido respecto de las restricciones fijadas al régimen progresivo por medio del art. 100 de la Ley N° 12.256 al tiempo de examinar la solicitud de un interno para acceder al régimen de salidas transitorias. Concluyó que correspondía hacer lugar a la pretensión del interno ya que las prohibiciones de la normativa aquí discutida resultaban inconstitucionales, al resultar “...*patentemente contrarias el sistema constitucional creando una especie de «derecho de ejecución de autor» inconcebible según los parámetros que inspiran las leyes sustantivas...*” (v. voto mayoritario de los Dres. Daniel Piombo y Benjamín Sal Llargués, Sala I, causa no. 43.933 “Rodríguez”, rta. el 15/07/11).

Con todo, las reformas incorporadas en la segunda parte del art. 14 del CP y 56 bis de la Ley N° 24.660 habilitan el cercenamiento de la reinserción social, durante la totalidad del lapso de la condena de prisión, de aquellas personas condenadas por determinados delitos que el legislador consideró especialmente disvaliosos.

De tal forma, a criterio de esta Unidad Fiscal constituyen reglamentaciones que se oponen abiertamente al programa constitucional de ejecución de la pena, cuyo norte es la reinserción social del condenado, a través de un trato que no avance sobre su esfera de reserva y que propenda a limitar su permanencia en establecimientos cerrados.

c) A partir de los parámetros delineados, corresponde rechazar toda pretensión que pretenda legitimar la vigencia de la norma examinada por considerar que efectúa una diferenciación que se compadece con los alcances del principio de igualdad.

El texto constitucional consagra la denominada igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley (art. 16). Su antecedente inmediato es la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia del 26 de agosto de 1789. Del juego armónico de sus arts. 1 y 6, ha de colegirse que debe garantizarse igualdad de derechos a todos los



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

hombres y que la ley debe ser la misma para todos, *tanto cuando protege como cuando castiga*.

Cierto es que la CSJN ha interpretado reiteradamente que esa garantía radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (*Fallos* 333:108; 330:4435; entre muchos otros), extremo que habilitaría la creación de categorías normativas diferenciales, como las previstas por el Legislador en el art. 14, segunda parte del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660.

Sin embargo, no es menos cierto que la creación de estas categorías impone de modo inmediato al intérprete efectuar un examen interno de ellas, a fin de evaluar si a alguno de los integrantes de aquéllas se lo excluye irrazonablemente del goce de los derechos que se reconocen a otros. Así, una garantía mayor de igualdad exige un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se construyeron las categorías (v. más ampliamente el examen sobre la garantía de igualdad efectuado por María Angélica Gelli: “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 231/60) la creación de categorías).

En este mismo sentido, se ha sostenido que la norma constitucional está orientada a trazar una barrera que obste al Estado realizar distinciones entre las personas con criterios que no sean razonables, entendiendo como tales criterios o requisitos que no guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación (v. Saba, Roberto: *La Constitución como límite. El caso de la igualdad ante la ley*; en *La Constitución 2020, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pág. 32).

En esta línea, la CSJN ha enfatizado 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 sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio sino a una objetiva razón de discriminación (*Fallos* 301:381; 304:309).

Y continúa sosteniendo el Superior Tribunal del país que la garantía de igualdad exige que concurren *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 (*Fallos* 138:313; 147: 402), considerando como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (*Fallos* 256:241, considerando 5°) 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. 2°).

Frente a los parámetros señalados, se advierte que a través las normas incorporadas en el art. 14, segunda parte del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 el Legislador ha creado una categoría de condenados que se ven imposibilitados de reincorporarse al medio social hasta el agotamiento de la pena de prisión fijada en el debate oral. El criterio de diferenciación fijado encuentra anclaje en la comisión de determinados delitos -homicidio *criminis causae*; abuso sexual seguido de la muerte de la víctima; privación ilegítima de la libertad coactiva seguida de la muerte intencional de la víctima; robo seguido de homicidio y secuestro extorsivo seguido de la muerte intencional de la víctima-.

Toda vez que no resulta admisible establecer excepciones que excluyan a determinados condenados del goce de los derechos que se les concede a otros, en el marco de un idéntico programa constitucional de ejecución de la pena, a criterio de esta Unidad Fiscal estamos en presencia de una categoría que carece de objetivas razones de diferenciación y, en consecuencia, resulta irrazonable.

d) En otro orden, podría alegarse que ya en el pasado el



Ministerio Público de la Nación

Unidad Fiscal de Ejecución Penal

legislador ha fijado restricciones para el acceso a la libertad condicional. Tal es el caso de la prevista en la primera parte del art. 14 del CP, en cuanto impide la incorporación de los condenados reincidentes al régimen de libertad condicional.

Sin embargo, más allá de las críticas de las que ha sido objeto esta prohibición, y de la postura adoptada por esta Unidad Fiscal de Ejecución Penal en torno a sus alcances (v. Dictamen “Soto Cuellar s/inconstitucionalidad de los arts. 14 y 17 del CP”, del 16/10/13, legajo no. 134762, del registro del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2), ha de advertirse que los supuestos fácticos difieren. Ello, ya que en la declaración de reincidencia existe un fundamento de *mayor reproche* fundado en que la persona ataca reiteradamente bienes jurídicos a pesar de haber sido previamente sujeto a un régimen de reinserción social. En cambio, en el caso de la reforma introducida por la Ley N° 25.892 difícilmente pueda encontrarse el fundamento del agravamiento en la persistencia delictiva, sino, en cambio, en la evaluación realizada *ex ante* por el Legislador, quien considera que las personas condenadas por determinados tipos penales habrán de incurrir en reiteración delictiva y, el mecanismo para asegurarlo, es su permanencia en el encierro más riguroso posible.

La diferencia es, justamente, aquella que va desde el *ser* -en el caso de la reincidencia- al *deber ser* -en el caso de los delitos incluidos en la segunda parte del art. 14 del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660-, ya que en el último de los supuestos, el Legislado, aún sin mediar reiteración delictiva, fija un baremo que cercena definitivamente la posibilidad de avanzar en el régimen progresivo.

Por los argumentos expuestos, toda vez que las normas previstas en la segunda parte del art. 14 del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 sobrepasan el límite que impone el art. 28 de la CN, quedando fuera del diseño institucional, esta Unidad Fiscal de Ejecución Penal entiende que corresponde declarar su inconstitucionalidad y, en consecuencia, iniciar el trámite de libertad condicional respecto de ///.

Unidad Fiscal de Ejecución Penal, 17 de diciembre de 2013.

En del mismo se devolvió. CONSTE.

Fdo.: Guillermina García Padín (Fiscal); Diego García Yomha (Fiscal);
Gustavo I. Plat (Fiscal *ad hoc*).