

## **Los excluidos de la reinserción: a propósito de las restricciones del art. 14 2º parte del CP y 56 bis de ley 24660**

“(a)unque esto pueda resultar hasta irrisorio, a mí me da la sensación de que **estamos a un paso de asistir al funeral del derecho argentino. Estamos al borde de plantear el acta de defunción de lo que fue para la República Argentina el criterio de rehabilitación.**”

Intervención de la Dip. Lucrecia Monteagudo en el debate parlamentario previo a la sanción de la Ley nº 25.948 que introdujo el art. 56 bis. a la ley 24660<sup>1</sup>

Por Juan Fernando Gouvert<sup>2</sup>

**1- Exordio:** Alboreando una comisión<sup>3</sup> –otra más<sup>4</sup>- que estudie y proyecte una reforma integral al farragoso y descalabrado derecho punitivo argentino<sup>5</sup>, y ante la inminente reforma para restringir institutos en la faz ejecutiva de la pena a raíz de

---

<sup>1</sup> Debate parlamentario que precedió a la sanción de la reforma operada por la Ley nº 25.948. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 5º reunión, 4º sesión ordinaria (especial), del 7 de abril de 2004, p.376/377, es mía la negrita.

<sup>2</sup> Abogado y mediador (ME033). Diploma honor (USAL) .Especialista en Derecho Penal de la UBA. Autor de más de noventa artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformativas del ritual punitivo bonaerense.”, Buenos Aires, Scotti., 2010. Comentarios a [jfgouvert@hotmail.com](mailto:jfgouvert@hotmail.com) .

<sup>3</sup> En 2017 el decreto 103/2017 creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la «Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación», la que tendrá a su cargo la elevación al Poder Ejecutivo Nacional de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación”; esperemos que tenga mejor suerte que los anteriores.

<sup>4</sup> Cabe recordar que hacia mediados del año 2005 se concretó el “Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal”, que fue dado a conocer mediante las resoluciones M.J. y D.H. Nº 303/04 y Nº 136/05, el cual, tenía 341 artículos, entre parte general y especial, constituyendo nuevo Código Penal, con mayor coherencia y razonabilidad en tipificación de conductas y en monto de penas. **Desgraciadamente no fue tratado por el congreso Nacional debido a la polémica en la opinión publicada por cierta flexibilización al tipo penal del aborto.** En 2013 se discutió ampliamente otro Anteproyecto de Código Penal. (ver Zaffaroni, E. Raúl/Carlés, Roberto (dirs.): Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario, Buenos Aires, 2014, puede ser visto el texto de ese cuerpo normativo, cuadros comparativos y más de cuarenta artículos de discusión sobre las disposiciones de un proyecto terminado el 14 de febrero de 2014. Tras la falta de consenso político motorizado por una campaña de junta de firmas de un partido político que se oponía al debate. legislativo de la reforma, **tal anteproyecto tampoco fue discutido parlamentariamente.**

<sup>5</sup> Entre otras reformas, e dictan innumerables figuras penales, cambian escales punitivas ante cada suceso mediático con la pueril y cándida creencia de solucionar todo factor criminógeno con el sistema penal. En efecto, un integrante de la reciente “Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación” el Dr. Mariano Borinsky expuso :”. No. se puede avalar con seriedad que el “derecho penal vigente” sea aquello que se estableció en un Código que tiene casi 100 años, y que ha tenido tantas reformas (900) y leyes complementarias que difícilmente se sepa qué es todo lo que está prohibido y cuál es la pena. Esta percepción no es nueva; por ello, en los últimos diez años, se presentaron tres proyectos que no fueron aprobados, por temas controvertidos tales como: aborto, reincidencia, limitación temporal de las penas. “( Nota “El nuevo Código Penal, o un contrato social moderno con delitos y penas coherentes”, diario “La Nación 14/2/ 2017, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1984477-nuevo-codigo-penal>)

luctuoso caso<sup>6</sup>, me invade –también otra vez más- la remanida porfía<sup>7</sup> de un orden de ejecución penal liberal donde se priorice verdaderamente el derecho –convencional, constitucional y legal<sup>8</sup>- de reinserción social del condenado por sobre los componentes peligrosistas tendientes a obstaculizar y/o retardar el inevitable e imprescindible retorno al natural medio social libre<sup>9</sup> del cual fue legal y temporalmente privado por imposición judicial de la pena de prisión.

---

<sup>6</sup> La desaparición y búsqueda por varias semanas de Micaela García y su posterior y luctuosa aparición sin vida asesinada por Sebastián Wagner al cual meses antes se le había concedió la libertad condicional un juzgado de ejecución penal de Gualeguaychu a cargo del Dr. Carlos Alfredo Rossi, **desató un mediático y demagogo debate sobre los “beneficios” en la faz ejecutiva de la pena.**

Seguramente, al leer este opúsculo, podrá haber sido reformada -o no-la ley de ejecución penal restringiendo los derechos de los condenados; desaprovechándose una discusión reflexiva y sincera del estado y función actual de las cárceles argentinas, y con ello una revisión penológica en general y de la prisión en particular, y su hipotético cumplimiento -o no- del pretendido fin de “seguridad” estampado en el art. 18 de la Carta Magna. El fallo, muy fundado y criticado pero muy poco leído, está disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/77843/notas-de-fondo/jueces-garantistas-o-desidia-judicial.html>.

<sup>7</sup> Dan testimonio de los aportes y glosas en pos de un derecho de ejecución penal liberal libre de conceptos peligrosistas mis escritos: “Eventuales implicancias penitenciarias del anteproyecto de Código Penal” Revista de “EL DERECHO PENAL” doctrina y jurisprudencia, mayo de 2007, Revista nº 5, Sección “Doctrina”, Pags. 21a 30 ; “Algunos ejemplos de “enemigo” en el orden punitivo actual, “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12948, ED. 246, del viernes 2 de marzo de 2012, pag. 1 a 6.; “La inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando (arts. 14 del CP y 872 del Código Aduanero): apostillas a dos acertados- y por ahora solitarios- fallos casatorios que restan vigor a la solapada presencia del derecho penal de autor en la ley penal” Edición Nro. 146, 1 de agosto 2012, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), sección Ejecución penal, doctrina.”, “Reformas en la ejecución penal nacional respecto a los delitos sexuales”, El derecho Legislación Argentina (EDLA), 12 de julio de 2013, boletín nº 12, sección doctrina, pags. 7 a 17; entre otras.

<sup>8</sup>La ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de libertad, establece como finalidad “...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social (art. 1). En tal sentido, dicha ley ha receptado la finalidad de readaptación social ya consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5, apartado 6) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10, apartado 3), con rango constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22, segunda cláusula, C.N.). Recordando también que el art. 18 in fine de la Carta magna establece 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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

<sup>9</sup> Desde la pretura ejecutoria bonaerense, lúcidamente ilustra el Dr. Ricardo Favio Oliveira Buscarini: **“Debe tenerse en cuenta que el Hombre es libre por naturaleza, y su detención debe proceder según el espíritu de las actuales normas de ejecución de la pena**, como “última ratio”, brindando una seria de derechos liberatorios que nos permite inferir que la idea central del ordenamiento jurídico de ejecución , es que , una vez demostrado el cumplimiento de las normas penitenciarias impuestas y hubiese transcurrido el período establecido por ley, es casi insoslayable su otorgamiento, toda vez que como ya lo dijese dicha libertad ( libertad asistida) aún es a prueba y no plena , debiendo someterse periódicamente a las reglas que le voy a imponer” (Juz. Ejec. Penal nº 2 de Mercedes (Prov. Bs A.s), “Incidente de ejecución de Maldonado, Juan Pablo; causa nº 1552, 8/6/10, Juez Dr. Ricardo Favio Oliveira Buscarini.)

Justamente, la faz penal del orden legal es denominada así porque lleva ínsita una idea de punición, de castigo<sup>10</sup>, de venganza<sup>11</sup>, y en última instancia, de violencia<sup>12</sup>. La rama punitiva del derecho implica siempre el debate sobre la posible aplicación de una pena posterior a una conducta que afectó anterior y seriamente a bienes jurídicos. Lo distintivo de lo penal no es tanto su discurso formal, sino su materialidad intrínsecamente punitiva. En definitiva, es la manifestación republicana con que se expresa y aplica el *ius puniendi* estatal.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Ya lo enseñaba el maestro Soler: “Pena es un mal amenazado primero, y luego, impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico y cuyo fin es evitar los delitos” (Soler, Sebastián; “Derecho Penal Argentino”, T. II, TEA, Bs. As., 1970, 4ª edición Parte General, pag. 342). Siendo la reacción jurídica más grave del sistema legal, una pena significa siempre un mal, un castigo que se materializa en una restricción a un bien jurídico del sujeto –libertad, propiedad, etc.- Las sanciones establecidas son legales, o sea, dadas previamente por ley- cárcel, multa, etc.-, y al estar cuantificadas previamente por el Congreso, se las presume en abstracto proporcionales y adecuadas

<sup>11</sup> La vindicta privada ahora es pública, pero es vindicta al fin. En este sentido: “Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de ésta. Sólo un demolidor de ruinas como Nietzsche podía; además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal; que era venganza contra el tiempo, porque nadie puede hacer que lo que fue no haya sido” (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La pena como venganza razonable*, Lectio doctoralis en la Università degli Studi di Udine, Italia, julio de 2009, en [http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORtal\\_IDP.PROC\\_FICHERO.DOWNLOAD?p\\_cod\\_fichero=F557701777,12./10/2009](http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORtal_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F557701777,12./10/2009))

Es más, el propio Zaffaroni postula que en esta civilización debemos soportar una venganza razonable: “En síntesis...la venganza está íntimamente vinculada a la idea lineal del tiempo propia de la civilización industrial y, por tanto su superación sólo puede producirse mediante un verdadero cambio civilizatorio que, obviamente, no depende del poder cuyo ejercicio los penalistas podemos proyectar. En tanto no se opere este cambio, será necesario soportar una venganza razonable, o sea, proporcional a los conflictos realmente existentes en una sociedad y limitada al mínimo posible optimizando el poder de contención de las agencias jurídicas pero con clara consciencia de que éste será siempre insuficiente sin los aportes de otros mecanismos culturales y políticos. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La pena como venganza razonable*, ob. cit).

En otro orden, Sancinetti ausculto el componente vindicativo que ostenta el principio de lesividad: “... aquí no importan los detalles de la discusión dogmática, sino el principio general que fluye de esta doctrina: *sólo un principio vindicativo puede fundamentar la relevancia del disvalor de resultado como parte del principio de lesividad*. La lesividad que interesa es la *lesión del pacto social*, esto es, el quebrantamiento de la norma, contra el que hay que reaccionar para asegurar las expectativas de conducta. En la pena lo que está en juego no es la recomposición de un bien, sino la estabilización general de normas de conducta confiables. En suma, hay un principio de lesividad, sólo que se lo formula erróneamente: El daño es el *daño social*, la lesión a la norma como pauta para la relación social, que se produce por igual con consumación o sin ella. (Sancinetti, Marcelo A., “El pensamiento de la Ilustración y el llamado “principio de lesividad””, [www.eldia.com.ar](http://www.eldia.com.ar), Suplemento de derecho penal y procesal penal, 17/08/2010.)

<sup>12</sup> No ya del Derecho Penal sino el orden jurídico en su conjunto puede calificarse como un método violento de solución de los conflictos de los cuales se ocupa – conflictos normados-. Es contundente Remo Entelman al respecto: “he destacado ya la perplejidad que puede generar reconocer que el universo de los conflictos no se agota en el espacio que ocupan los conflictos jurídicos. Pero no lo es menos sorprendente la afirmación de que el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias. Violento, porque recurre al uso o a la amenaza de la fuerza”. Sigue: “En la comunidad estatal, la sociedad monopoliza la fuerza y centraliza su uso en manos de órganos especializados, los jueces. Pero las amenazas que los particulares se intercambian y las que los jueces formulan cuando intiman a entregar bienes o libertad son las del simple y descarnado uso de la fuerza física que no lo es menos porque reciba el aristocrático nombre de fuerza pública” (Entelman, Remo F., *Teoría de Conflictos*, Gedisa Editorial, Segunda Reimpresión, enero de 2009, Barcelona, España, Págs.60 y sigs.)

<sup>13</sup> Conf. Gouvert, Juan Fernando: “Actualidad y vigencia de la pena natural”, “El derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, año XLVI, nº 12.121, jueves 30 de octubre de 2008, sección doctrina, Págs. 1 a 4.

Por ello, recordando que el sustrato distintivo del poder punitivo<sup>14</sup> es el carácter afflictivo<sup>15</sup> de la pena<sup>16</sup> y que su pretendida finalidad resocializante merece debate<sup>17</sup>; vemos como los principios cardinales de legalidad ejecutiva<sup>18</sup>, resocialización, judicialización y reingreso al medio libre que gobiernan la faz de ejecución de la pena<sup>19</sup> se ven opacados por ciertas disposiciones que perturban el basal derecho penal de acto en la postrera etapa del proceso penal. **Así, la tensión siempre existente entre los principios culpabilidad y peligrosidad delictiva<sup>20</sup> - y muchas veces la primacía del**

---

<sup>14</sup> Bien apunta el Dr. Mahiques cuando resalta la gran importancia de la pena a aplicarse: "...aunque se verifican en la causa, según la materia fáctica establecida en la sentencia de origen, los presupuestos típicos que habilitan la atribución de responsabilidad a J. S. B. a tenor de lo dispuesto en las normas sustantivas antes citadas, *se presenta aquí un caso que demuestra claramente que la verdadera esencia del Derecho Penal no se encuentra en la vulneración de la respectiva norma punitiva, sino en la pena que deberá ser aplicada*. Es por ello que aún en aquellos supuestos donde se ha cometido responsablemente un delito, no puede sancionarse a su autor con la respectiva pena, cuando ello aparezca por algún motivo como manifiestamente desproporcionado. (TCPBA, sala II, Causa n° 19.007, "B., J. S. s/recurso de casación", 16/8/07, voto del Dr. Mahiques. el resaltado me pertenece).

<sup>15</sup> No debe perderse de vista que toda pena de prisión importará, necesariamente, un deterioro psicológico y físico al que la sufre, desde que el ser humano no está naturalmente destinado al cautiverio. Es obvio, además, que en tanto los plazos de privación de la libertad se extiendan en el tiempo, esos efectos alienantes de la personalidad se incrementarán necesariamente. La cuestión será, así, que exista siempre un límite constitucional a la duración del encarcelamiento legal (principio de legalidad), de manera que, el cumplimiento de la pena no sea desproporcionado (principio de proporcionalidad), ni refractario al fin resocializador ya indicado, o irrespetuoso de la dignidad del ser humano (principio de humanidad).

<sup>16</sup> Más allá de su vector netamente acotante y racionalizador del poder punitivo y férreo respeto a los derechos y garantías ciudadanas inherentes a un Estado Republicano, el derecho penal es pena y nada más, no tiene una finalidad simbólica – ni está comprobada empíricamente- que no sea la de imponer un castigo legal, fundado, proporcional, racional y justo ante la grave afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos creados y protegidos por el resto del orden jurídico

<sup>17</sup> El debate por la función y finalidad de la pena aún está abierto ¿Vale la pena la "pena"? Este es un interrogante que en los últimos años se ha convertido en una constante en las reflexiones de aquellos estudiosos de la dogmática penal; hoy en el siglo XXI, aún discutimos las doctrinas sobre los fines de la pena que se elaboraron ya hace más de uno o dos siglos sobre los postulados filosóficos de Kant, Hegel, Feuerbach, Bentham, y tantos otros; no ha habido avances significativos, y el esfuerzo se ha centrado en adecuar las tesis retributivas o preventivas según las circunstancias de tiempo y lugar; los magros resultados incluso han llevado a discutir la existencia de pena y su reemplazo por medidas alternativas, cuya aplicación y adecuación aún no ha tenido los resultados esperados. Es por ello que la pena sigue prevaleciendo. Este trabajo describe el estado actual de la función de la pena, en base a la realidad en la cual se aplica; porque es necesario conocer nuestra realidad a los fines de elaborar una política criminal respecto de la cual se establecerán los fines que persiga el derecho penal.

<sup>18</sup> Compuesto a su vez por los sub-principios de Reserva, Humanidad, igualdad ante la Ley y Progresividad del régimen penitenciario

<sup>19</sup> En este sentido "... para que la aplicación de una pena sea justa y legítima en un caso concreto, debe además estar relacionada con la culpabilidad del sujeto – la entidad del reproche-, ser proporcional con la gravedad del injusto, necesaria, racional y no ser cruel según las circunstancias particulares de la cuestión. Casi nunca se toma en cuenta los daños o lesiones que el imputado sufrió como consecuencia del delito: la única pena admisible, cuantificable y aplicable es la establecida en la norma" (Gouvert, Juan Fernando: "Actualidad y vigencia de la pena natural", "El derecho" diario de doctrina y jurisprudencia", año XLVI, n° 12.121, jueves 30 /10/ 2008, sección doctrina, pag. 1)

<sup>20</sup> Recordemos que aunque los propósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1 ley 24.660), en un modelo partidario de un derecho penal de hecho, de acto, la prevención especial no puede constituir el único fin de las penas. Por ende, tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Una situación que importa dar cabida, tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal (CREUS, Carlos, "Justificación, fines e individualización de la pena", en Cuadernos del Departamento de derecho penal y criminología – Nueva Serie N° 1 Homenaje a Ricardo C.

**segundo por sobre el primero-** se plasman en los tristemente perennes parches legislativos que restringen, aplazan e impiden el reingreso al medio libre solo por la circunstancia de estar condenado por ciertos ilícitos.

Nacida en el fragor punitivo del fenómeno “Bumberg”<sup>21</sup> y con aviesa genealogía en los “crímenes repugnantes” de la Carta Magna Brasileña<sup>22</sup>, la Ley 25.892<sup>23</sup> reformó al art. 14 del Código Penal estableciendo que la libertad condicional, además de estar vedada a los reincidentes –supuesto que no nos ocuparemos aquí<sup>24</sup>-, “Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo.” La moderna conceptualización de la libertad

---

Núñez, Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1995, p. 110) .

<sup>21</sup> Jurisdiccionalmente se caviló: “...la mala técnica legislativa utilizada en la reforma introducida por la ley 25.892 que fue producto de la presión que sufrieran los legisladores en virtud de los reclamos que se efectuaran en las llamadas “marchas Blumberg” como oportunamente señaláramos en la causa “Valdez, Gabriel Alejandro” (cfr. T.O.C. n° 1, causa n° 2.270, sentencia del 12/10/05). Dicho modo espasmódico de responder las agencias responsables de la creación de las leyes se tradujo en la imprecisión de los tipos penales creados y en una ausencia de proporcionalidad punitiva, es decir que reflejó –al decir de Sergio Moccia- una forma asistemática con que operaba la tarea legislativa en materia penal (cfr. Moccia, Sergio “La Perenne Emergenza”, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pág. 16 y 17, citado por Yacobucci, Guillermo Jorge en “¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?” en El Derecho del 27 de septiembre de 2004). Para los actores políticos, frente a las presiones inmediatas de la indignación pública, las críticas de los medios masivos de comunicación y la competencia electoral sobre el tema del delito, resulta extremadamente difícil desembarazarse de la responsabilidad por el control del delito y señalar los límites del Estado en la materia. Frente a estas presiones, señala Garland, el atractivo esencial y persistente de la respuesta “soberana” frente al delito (y sobre todo de las leyes vengativas que crean sanciones penales más severas y facultades policiales más amplias) es que puede ser representada como una intervención inmediata, confiada y fiable (cfr. Garland, David “La cultura del control”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 227). Tal acción brinda la impresión de que “algo se está haciendo”, aquí, ahora, decidida y rápidamente, sin importar el principio de legalidad, la utilización del derecho penal como ultima ratio y el principio de proporcionalidad de las penas” (TOCF n° 5 de Capital Federal, causa n° 1.320, Larrosa Chiazaro, Carlos Alberto y otro, s/ secuestro extorsivo”, 26 /5/ 2.011, voto de los Dres. Martín E. Vázquez Acuña y Luis R. J. Salas.

<sup>22</sup> La Constitución de la República Federativa del Brasil en su art. 5 dispone que “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:...” y en el pto. 42 expresa “42. la ley considerará delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes , respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran; .. texto traducido extraído del [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=218272](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=218272). Para más información ver el 1º Congreso Internacional de Ejecución Penal 2013, e el panel “La Ejecución Penal y los crímenes hediondos en Brasil” donde expone el Dr. Luciano André Losejann (Juez Aux. de la Presidencia del Consejo Nacional de Justicia, a cargo del monitoreo y fiscalización del sistema carcelario en Brasil) (conferencia disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=IPibs-AbM5Q>)

<sup>23</sup> Promulgada de Hecho 24/5/2004

<sup>24</sup> Ya hemos expresado que el art. 14 en cuanto niega la libertad a los reincidentes, es un claro ejemplo de derecho penal de autor (ver de mi autoría **“Algunos ejemplos de “enemigo” en el orden punitivo actual**, “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12948, ED. 246, 2/3/2012, pag. 1 a 6.; **“La inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando”** (arts. 14 del CP y 872 del Código Aduanero): apostillas a dos acertados- y por ahora solitarios- fallos casatorios que restan vigor a la solapada presencia del derecho penal de autor en la ley penal” Edición Nro. 146, 1 de agosto 2012, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), sección Ejecución penal, doctrina.” ) Además dos fallos de tribunales inferiores lo han tachado de inconstitucional, a saber 1) TOF n° 1 de “Cordoba, “auto interlocutorio N° 104/10”, GOMEZ, Roque S/Legajo ejecución” (Expte. N° 06/08),27/7/2010, resuelta por el Dr. Jaime Díaz Gavier y 2) Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, “Navarro, Zacarías Andrés s. robo calificado” (Expte. N° 3603-0296), 4/8/2004, voto de la Dra. Bernard.

condicional como verdadero **derecho**<sup>25</sup> del condenado no hace más que realzar lo sensible de la restricción legal.

La ley 25948<sup>26</sup> extendió el impedimento a la ley nacional de ejecución penal n° 24660 agregándole el 56 bis<sup>27</sup> que impide obtener ciertos beneficios por el hecho de ser condenados a los “delitos” –en puridad tipos penales-ya previstos en el art. 14 sustantivo. La exclusión es extensa y comprende desde los institutos previstos en el régimen de prueba<sup>28</sup> -incorporación a un establecimiento abierto, salidas transitorias o régimen de la semi-libertad- hasta la prisión discontinua o semidetención y libertad asistida<sup>29</sup>. Similar obstáculo, pero a distintas figuras penales y con otros beneficios –con desprecio absoluto

---

<sup>25</sup> Hay acuerdo doctrinario en considerar a la Libertad Condicional como un derecho del condenado, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado]. Es decir, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional el deber de acordarlo cuando estén reunidos los requisitos formales y materiales[10]. Así “...la expresión podrán del art. 13 no debe entenderse en el sentido de que el Tribunal la puede negar pese a estar reunidos los requisitos legales, sino que se refiere al condenado que puede solicitarla”( BACLINI, Jorge C., Condena y libertad condicionales. Edit. Juris, Rosario, 2007, p.10, con cita de los autores Zaffaroni, Slokar, Alagia). Y ello, resulta coherente con los principios rectores de la ejecución penal, representando la Libertad Condicional un derecho de los penados que han demostrado avance durante el transcurso de la pena en prisión, y de esta forma, colaborar en el objetivo anhelado por la ejecución de la pena privativa de libertad que es la resocialización del interno.

En consecuencia, la Libertad Condicional es un derecho del condenado, no obstante su concesión no deja de ser una facultad del Tribunal puesto que el mismo debe observar que el condenado cumpla los requisitos requeridos por la ley, por lo que su aplicación no es automática ya que no sólo hay requisitos objetivos sino también subjetivos cuyo análisis puede ser favorable en algunos casos y en otros no[Opinión de BACLINI, J. (...), p. 121]. En la postura minoritaria Chichizola q sostiene el carácter facultativo y no obligatorio cuando concurren los requisitos legales, expresando que “no implica el reconocimiento de un supuesto derecho del condenado, sino que es un acto discrecional del poder estatal” (CHICHIZOLA, Mario I, El procedimiento para la obtención de la libertad condicional, La Ley 1963, 111-358, pag.364)

<sup>26</sup>BO 12/11/2004

<sup>27</sup> "Artículo 56 bis.- No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.- Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4.- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley."

<sup>28</sup>Detallados en el art. art. **15 ley 24660.**

<sup>29</sup> Conf. arts. 35, 54 y cc ley 24660

a una mínima de coherencia sistémica<sup>30</sup>-, años después se estableció en el ámbito bonaerense en el art. 100 3º párrafo en la ley 12.256 14296<sup>31</sup>

Ahora bien, ¿resulta una reglamentación razonable –art. 28 CN- que los condenados por determinados tipos penales sean excluidos de la mayoría de los institutos de la ley de ejecución penal? ¿resulta convencional, constitucional y legalmente legítimo que solo por ser autor de un tipo penal se impida la mayoría de las vías legales que posibilitan el progresivo retorno al medio libre?. En suma: ¿son compatibles el art. 14 2º parte del CP y el art. 56 bis de ley 24660 –y por tanto el bonaerense art. 100 3º párrafo de ley 12256- con un derecho de ejecución penal de acto que propenda al declamado fin resociabilizante de la pena y el igualitario tratamiento progresivo penitenciario para conseguirlo? **Estimamos que no**, con argumentos venideros que tuvieron y tienen un eco jurisdiccional que, auguramos, cada vez más fuerte.

### **2-Maculas convencionales, constitucionales y legales a los arts. 14 2º párrafo del Código Penal y el art. 56 bis de ley 24660**

Primeramente, las restricciones legales para la pena de prisión contenida en los arts. 14 2º parte del CP y 56 bis de ley 24660 – y con ello también art. 100 3º párrafo de ley 12256- se generaron en un contexto de reclamo mediático-social<sup>32</sup> por “seguridad” catalizado en emergenciales reformas penales como irreflexiva -a menudo con debate insuficiente-, maquinal –es casi la única contestación intentada- y a la postre ineficaz – pues tiene nula repercusión en el fenómeno delictual- respuesta socio-política a la coyuntura criminógena que cíclicamente aqueja a los ciudadanos.

Cierto es que el Congreso produce esencialmente leyes y que el orden jurídico-penal es un basamento necesario e insustituible en cualquier sociedad moderna, pero lo no es menos que la repetida y cuasi exclusiva utilización de la ley represiva **se erije siempre consecuencialmente<sup>33</sup> en la casi exclusiva y excluyente reacción estatal** para paliar o disminuir los padecimientos ciudadanos que provocan tal o cual ilícito; casi

---

<sup>30</sup> Se tomó como parámetro básico la regulación nacional (artículo 56 bis de la Ley Nº 24.660 y sus modificatorias), **aunque con algunas asimetrías que a continuación detallamos:** inc. 1) se excluye solamente el inc. 1 del art. 80 del CP, cuando la norma nacional solo incluye el inc. 7 del mismo delito; inc. 2) se mencionan sólo algunos delitos contra la integridad sexual<sup>30</sup> – antes era todo el título 3 del Código Penal-, siendo igualmente una exclusión más extensa que su par nacional (La regulación que avanza en el sentido de los parámetros nacionales, al excluir de la causal impeditiva supuestos que se estiman de mucha menor gravedad que los restantes que contiene la norma.) ; inc. 3) se mantiene igual aunque el delito de privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte está previsto en el anteúltimo y no en el último párrafo del art 142 bis del Código Penal como incorrectamente consigna la ley local; inc. 4) persiste la tortura seguida de muerte (art. 144 tercero, inciso 2º CP), delito que pese a su innegable gravedad **no está previsto en la ley nacional**, constituyendo una inadmisibles desigualdad ante la ley entre ambos regímenes que la reforma tendría que haber subsanado; inc. 5) se mantiene igual; inc. 6) se sustituye el art. 186 inc. 5 del CP por el secuestro extorsivo con muerte intencional de la víctima -art. 170, anteúltimo párrafo del CP.-, que si bien corresponde a la jurisdicción federal, resulta posible que por conexidad o acumulación de causas o por no existir intereses federales en juego, la competencia termine siendo asumida por los tribunales locales, sin perjuicio de existir además casos que ya fueron objeto de juzgamiento provincial y respecto de los cuales se mantiene el cumplimiento de la pena.

<sup>31</sup> BO: 8/9/2011

<sup>32</sup>En este caso, el fenómeno “Blumberg” del 2004. Es tristemente común como mediática y políticamente se aprovecha y utiliza el entendible y genuina aflicción de las víctimas ya sea para llenar espacios comunicacionales (radio, TV, diarios, etc.) como también para lograr algún rédito y/o posicionamiento electoral propalando la expansión del poder punitivo. Más triste es que, decantado los fenómenos por el tiempo, poco hace el Estado para ayudar realmente a las víctimas, sumándose a defesios legislativos que dificultan la aplicación razonable de un ya desquiciado orden represivo

<sup>33</sup> Después de todo, el Derecho sigue al hecho.

siempre con escaso impacto en el magma criminológico de base, más allá de la **ficcional expectativa de seguridad ciudadana con que tales reformas demagógicamente tales reformas se publicitan**. En este caso- ante la imposibilidad jurídica de imponer medidas de seguridad a imputables, -, se buscó -tal vez con velado anhelo inocuizante- que los autores de ciertos ilícitos que causan más rechazo social se les coarte si posibilidad del paulatino contacto a la sociedad, **con norte al cumplimiento efectivo total de la condena**.

Ya en el plano sistemático, si el mismo Estatuto de Roma aún en los crímenes de “genocidio”; “de lesa humanidad”; o de “guerra”<sup>34</sup> que lesionan al derecho de gentes tiene prevista una flexibilización del encierro traducido en la reducción de la pena impuesta<sup>35</sup> para estos gravísimos casos cuando el autor presto cooperación<sup>36</sup>, resulta **desproporcionado** que las limitaciones legales internas analizadas coarten la progresividad de la pena para ilícitos -si bien sensibles en el orden vernáculo- no tienen parangón con la trascendencia internacional de los primeros.

Sin olvidar que hasta la Corte Suprema<sup>37</sup> tangencialmente admitió que la prisión perpetua sin posibilidad libertad de pre-egreso podría calificarse como un “tormento” del art. 18 CN<sup>38</sup>, **las restricciones legales analizadas vulneran el mandato resocializante que convencional<sup>39</sup>, constitucional<sup>40</sup> y legalmente<sup>41</sup> prevé la pena de prisión<sup>42</sup>, puesto que enlodan el indispensable contacto progresivo con la**

---

<sup>34</sup> Conf. art. 5 del Estatuto de Roma aprobado por Argentina por Ley N° 25390 y ratificado el 16/1 2001, disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

<sup>35</sup> La pena prevista para estos crímenes tiene un máximo de 30 años de “reclusión” ( conf. art. 77), reducido a 25 años de prisión en la ley de Implementación ( conf. arts. 7 a 10 ley 26200)

<sup>36</sup> Conf. art. 110 ley 25390.

<sup>37</sup> En “Giménez Ibáñez” donde un condenado a prisión perpetua con declaración de reincidencia – y por ende, imposibilitado de obtener la libertad condicional según el art. 14 del CP-, tangencialmente – ya que asintió un argumento alegado por el defensor- se refirió a la incompatibilidad de la pena perpetua con el art. 18 de la Carta Magna: “Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (en el que se alegó -con acierto- que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional), el a quo lo declaró mal concedido por considerar ....” CSJN, G. 239. XL., RECURSO DE HECHO “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, 4/6/2006 conf. Considerando 4, es mío el destacado.

<sup>38</sup> Más allá de la exigencia dispuesta por el artículo 18 de C.N, respecto a que el cumplimiento de la pena privativa de libertad implique un trato digno y humano, ésta debe además respetar la finalidad reconocida de manera explícita por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, relativa a “...la reforma y la readaptación social de los condenados...” (arts. 5.6, C.A.D.H. y 10.3, P.I.D.C.P.). Éstas finalidades deben ser el eje que guíe la ejecución de la pena, tanto desde el ámbito legislativo con la formulación y sanción de leyes, como en el judicial al momento de interpretar las mismas y aplicarlas en el caso concreto. En esa dirección, López y Machado interpretan a la “reinserción social” como un proceso de “personalización” tendiente a “disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo” (conf. López Axel y Machado, Ricardo, Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, pag 42)

<sup>39</sup> Es así que la ejecución de la pena debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados (arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 CN).

<sup>40</sup> Conf. art. 18 in fine CN

<sup>41</sup> Conf. art. 1 ley 24660.

<sup>42</sup> La enunciada es una garantía oponible al Estado que excluye la posibilidad de que las penas privativas de la libertad puedan tener fines inocuizadores o relegatorios

**sociedad a medida que avanza el tratamiento penitenciario<sup>43</sup> aplicado igualitariamente a todos los condenados, en pos de “no recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella”<sup>44</sup>.**

La progresividad de la pena consiste, a través del acceso a distintas fases y períodos del régimen penitenciario, morigerar –gradualmente– las condiciones de detención de los internos, a medida que éstos incorporan las herramientas que les permiten lograr el fin de toda ejecución de la pena o sea, la readaptación al medio libre; y paralelamente aumenta –paulatinamente– su contacto con el mundo extramuros, **de modo esencialmente previo a su egreso por el agotamiento de la pena impuesta<sup>45</sup>.**

Por ello “.. resulta contradictorio afirmar que existe este fin de resocialización de la ejecución de la pena –pacíficamente aceptado– y al mismo tiempo que éste no se vulnera porque el interno igualmente recuperará su libertad al agotar su condena. Tal tesis pasa por alto que el propio legislador diseñó un esquema que brinda la posibilidad al interno de acceder a distintos regímenes, como medio necesario para conseguir tal fin.”<sup>46</sup> Poco se asegura el vital vector progresivo de la ejecución de la condena con normas que tienden a restringir y/o impedir *a priori* y al máximo el contacto del interno con el medio libre **y con ello asegurando que sólo con el agotamiento total de la pena se retornara a núcleo socia, volviendo meramente declamativo y dificultoso – aún mas- la chance efectiva de reinserción.**

Por ende, la negativa a acceder a la libertad condicional y la restricción sustancial a la incorporación a ciertos institutos que proponen art. 14 2º parte del CP y el art. 56 bis de ley 24660 **afectan el mandato readaptativo de la pena al tronchar su vital vector progresivo<sup>47</sup> porque se dificulta la mejor reinserción posterior al impedir el gradual**

---

<sup>43</sup>Conf. arts. 6,12 y 15 ley 24660. Asimismo, el Reglamento de las Modalidades Básicas de Ejecución n° 396/99, bajo el título “Principios Básicos”, en su art. 1º lo define como “un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos. Su base imprescindible es un programa de tratamiento interdisciplinario individualizado”.

Destaco la regla 87 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) aprobadas NE Asamblea General, resolución 70/175, anexo, el 17 de diciembre de 2015.(disponibles en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf)) y sus antecedente las reglas las 60 pto. 1 y 2 de “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>44</sup> Destaco la regla 88.1 “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)”.

<sup>45</sup> En esta senda “La posibilidad de atemperar la rigurosidad del encierro a través del acceso a los diferentes derechos del período de prueba y luego mediante la libertad condicional ha sido considerada por la ley 24660 como una herramienta fundamental en miras a la necesidad de incorporación paulatina y controlada del penado a la vida libre, es decir, la progresividad y, por tanto, la resocialización. Es por ello que una norma que priva a los condenados por determinados delitos de modo absoluto de uno de los períodos del tratamiento penitenciario, desvirtúa un derecho fundamental como lo es el de todo condenado a cumplir su pena dentro de un régimen progresivo que aspire a alcanzar la finalidad resocializadora.” (conf. Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Mendoza, Expte. N° 11063/E , "Berguecio Coria Flavio Ariel P/ Ejec. Sentencia", 01 /2/ 2016)

<sup>46</sup> Conf. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala 2, “causa n° CCC 45565/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”, Reg. n° 438/2016, 10/6/2016, voto del Dr. Morín.

<sup>47</sup>La sujeción a un régimen de progresividad tal como está regulado, con suficiente control jurisdiccional, le asegura al condenado lo hacen proclive a prepararse para su reintegro a la libertad

**e imprescindible testeo con el medio libre anterior al vencimiento de la condena<sup>48</sup>, excluyendo al condenado de las opciones para reintegrarse paulatinamente al seno familiar y social; impidiendo así, en definitiva, la paulatina interacción entre el ámbito penitenciario y el exterior.<sup>49</sup>**

Entonces que: “si el tratamiento penitenciario es un régimen caracterizado por la progresividad, quienes cumplen pena por alguno de esos delitos están excluidos del tratamiento resocializador y, por ende, a su respecto se afectan sus garantías convencionales. Su prisionización responde -en estos casos- a criterios de prevención especial negativa.”<sup>50</sup>, o sea, de neto corte retributivo<sup>51</sup>.

Además las normas en glosa quiebran el basal mandato constitucional de igualdad ante la ley contenido específicamente en el art. 8 de ley 24660<sup>52</sup> que manda un trato carcelario igualitario<sup>53</sup> sin “discriminación o distingo” y solo admitiendo **diferencias objetivas** por razones de “tratamiento individualizado”<sup>54</sup>. **El cercenamiento a priori del**

---

<sup>48</sup>Es más, el carácter progresivo de la pena hace que se haya declarado la inconstitucionalidad de las normas al mismo momento de dictar sentencia condenatoria: “La necesaria progresividad que debe tener el régimen penitenciario al que es sometido el condenado, desde el mismo inicio del cumplimiento de la condena, hace ineludible que la inconstitucionalidad referida sea declarada en el momento de imposición de la pena y no quepa aquí esperar la etapa de ejecución.” (conf. TOCF n° 5 de Capital Federal, causa n° 1.320, Larrosa Chiazzaro, Carlos Alberto y otros, s/ secuestro extorsivo”, 26/5/ 2.011, voto de los Dres. Martín E. Vázquez Acuña y Luis R. J. Salas.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Quiñones Allende, Gabriela, “El mandato de certeza y la ejecución de la pena, Id SAIJ: DACC130316, disponible en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc130316-quinones\\_allende-mandato\\_certeza\\_ejecucion\\_pena.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc130316-quinones_allende-mandato_certeza_ejecucion_pena.htm).

<sup>51</sup> En este sentido, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As., en causa n° 43.933, “Rodríguez”, sentencia del 15/07/2011, con el voto mayoritario de los Dres. Daniel Piombo y Bejamín Sal Llargués, concedió las salidas transitorias del encartado a pesar de encontrarse alcanzado por las prohibiciones de la normativa aquí discutida en base a considerarla inconstitucional porque “...patentemente contraría el sistema constitucional creando una especie de “derecho de ejecución de autor” inconcebible según los parámetros que inspiran las leyes sustantivas...”. Y **si no fuera un derecho penal de autor en la ejecución, sería una expresión manifiesta de puro retribucionismo, incompatible con lo normado en el art. 18 de la Constitución Nacional**, desde su redacción originaria -1853/60- previó que “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los...detenidos en ella...” ( es mía la negrita)

<sup>52</sup> Conf. art. 16 CN. El art 8 ley 24660 estipula:“Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”. Así: “Una interpretación constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad consistente con el principio de igualdad sólo establece 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

<sup>53</sup> Las salidas anticipadas que brinda del tratamiento carcelario permite al condenado 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

<sup>54</sup>El art. 8 de la ley 24660 recepta expresamente el principio de igualdad en el específico ámbito de ejecución de la pena privativa de libertad, mediante la exigencia de que la aplicación de las normas que rigen esta materia se realice evitando toda discriminación ilegítima y arbitraria. de la igualdad de trato que se contrapone abiertamente con lo dispuesto por el Artículo 56 bis de la 24.660.(conf. Arocena Gustavo A. —Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Cesano – Picón Coord, pág. 147)

**tratamiento carcelario de institutos progresivos por la única razón del delito cometido estructura una diferenciación subjetiva e irrazonable al negar arbitrariamente a unos los que la misma ley les concede a otros en igualdad objetiva de condiciones**<sup>55</sup>. Por ello, impedir a unos condenados lo que la ley que no les impide a otros sin ninguna circunstancia diferencial razonable y objetiva que lo justifique - y la naturaleza de delito cometido no es una de ellas- **deviene una diferenciación ilegítima, arbitraria y discriminatoria**<sup>56</sup> **fincada en criterio lindantes, o tocantes, a un derecho de ejecución penal de autor**<sup>57</sup>.

Las normas comentadas al quitar la equiparación inicial del régimen progresivo de la pena, violan –por arbitrarias- el principio de igualdad, dado que el único criterio admisible de justificación objetiva y razonable de un trato desigual hacia el penado, estaría dado, como establece la norma del citado art. 8 de la ley nacional, por las diferencias impuestas por las particularidades del tratamiento penitenciario

---

<sup>55</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un criterio constitucional colacionable a la cuestión tratada: "resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados". (CSJN, Fallos 321:3630, "Nápoli, Erika Elizabeth y otros", 22/12/1998; "Véliz, Linda Cristina", 15/06/2010) El precedente fija que la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrientes 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 impiden 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; 1994; 304:390).-Que, en este sentido, la garantía de la igualdad exige que concurren "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302.484 y 313:1638 considerando 2 del voto del Dr. Belluscio).- Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147:402), considerado como tal aquél conducente a los fines que imponen sus adaptación (Fallos 256:241, consid. 5º y sus citas) 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 25:410, consid. 2º).-

<sup>56</sup> Al respecto la Corte Interamericana ha diferenciado entre distinciones y discriminaciones. Las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de Derechos Humanos. –Art. 16 de la Constitución Nacional, 24 de la C.A.D.H. y 2 del P.I.D.C.yP.– Que en tales condiciones la restricción de derechos en la ejecución de la pena, motivada 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, o ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legiferantes. Además se desvirtúan los objetivos propios de la pena hasta su anulación, pues la aspiración de que, condenados por ciertos delitos no accedan a diferentes modos de cumplimiento, presupone que tales objetivos no se cumplan anticipadamente.-

<sup>57</sup> Al dictar la ley 12543 que incluyó en ámbito bonaerense el art. 100 de la ley 12.256 que deniega basales institutos que hacen al gradual contacto con el medio libre del condenado solo por el delito cometido se expuso: "...No se advierte que relación guarda la conducta atribuida en una sentencia con la aplicación de un régimen con especial e intensa severidad en la fase ejecutiva..." (Leonardo Celsi y Gabriel Bombini, "IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal", Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, 21/23 Nov. 2002, Ed. Suarez). **Quizá una respuesta posible a ese interrogante sería que: "...no se pretendió mejorar el sistema de ejecución penal, sino introducir componentes de un derecho penal de autor que permita seleccionar con un criterio pseudo-racional una categoría de personas respecto de las cuales se aplicara la teoría preventivo especial negativa de la pena, evitando su reincorporación al medio libre por la mayor cantidad de tiempo posible.."** (Ibidem Leonardo Celsi y Gabriel Bombini).-

individualizado y aceptado voluntariamente por el interno. De esta forma, insistimos, la distinción resulta arbitraria ya que no tiene una justificación objetiva y razonable en vista de la finalidad perseguida por la ejecución de la pena, inobservándose, con ello, el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (CN, 28) que cuida especialmente, que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales "de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución"<sup>58</sup>

Por ende, negar las posibilidades de gozar de salidas transitorias a un condenado que reúne todas las condiciones exigidas para ello porque ha cometido un determinado delito no constituye **ningún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos, configurándose la mácula al principio de igualdad y de resocialización**. Ello porque la finalidad resocializadora y el objetivo de reinserción del condenado en la base social se procura mediante un régimen penitenciario basado en la progresividad; de forma tal que para tales objetivos se requiere un creciente acercamiento a la libertad total, una especie de aclimatación previa de quien egresara próximamente del hermetismo de la cárcel, una preparación paulatina e integración gradual en el cuerpo social, **objetivos truncados con normas que propugnan ex ante el cumplimiento efectivo total de la condena**.

A todo evento, la supresión para determinados delincuentes de poder obtener derechos penitenciarios importa cercenar la propuesta igualitaria de resocialización que debe ofrecer el Estado de Derecho a los presos; y ello es discriminante porque la propuesta debe regir para todos los delitos y todos los condenados para no afectar el mentado principio de igualdad.

En suma, las normas en glosa vulneran también el principio de igualdad ante la ley **ya que negar la posibilidad de gozar de salidas transitorias sólo por la naturaleza del delito por el que fuera condenado va contra la garantía constitucional y convencional**<sup>59</sup> que tiene todo habitante, en general, para impedir que se estatuyan en leyes que establezcan "...distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios..."<sup>60</sup>, y en particular porque el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado no está justificado objetiva y razonablemente ni puede sustentarse conforme según parámetro igualitario del el art. 8 de ley 24660.

Finalmente, **se afecta el principio de readaptación social mínima** porque quita de relevancia jurídica a los esfuerzos personales del condenado por resocializarse y avanzar en el tratamiento carcelario, ya que los arts. 14 2º parte del CP y 56 bis de ley 24660 presuponen *iure et de jure* que los condenados por ciertos delitos son incapaces de merecer y gozar de ciertos institutos, no brindando la normas posibilidad alguna de demostrar lo contrario. Pero negar la posibilidad de casi todos los institutos del periodo de prueba sólo por la naturaleza del delito cometido, **vulnera también el principio de razonabilidad**<sup>61</sup> **porque son irrazonables con el propio sistema de ejecución penal,**

---

<sup>58</sup>Conf. Fallos 304:972, 308:418.

<sup>59</sup> Conf. art. 16CN, y 75 inc. 22; 24CADH, 15PIDCyP.

<sup>60</sup> Conf. CSJN, Fallos 299:146, 302:192, 302:457.

<sup>61</sup> Si la ejecución de la pena se inspira en un objetivo resocializador, la reglamentación de su desarrollo ( art. 28 CH) debe procurar **razonablemente** la posibilidad de que el condenado logre, sólo según una evolución personal favorable hacia la adecuada reinserción social, morigerar la inicial rigidez del encierro carcelario mediante su incorporación gradual a modalidades de ejecución penitenciaria en las que tiende a limitarse y sustituirse el enclaustramiento riguroso por regímenes que permiten el egreso de la cárcel, basados en la confianza en su capacidad de gobernar apropiadamente su conducta.

**porque violan el paradigma de tratamiento personalizado que el propio ordenamiento jurídico de la ley nacional 24.660.** Así, sin medir en lo absoluto cuál ha sido el desempeño carcelario concreto del sujeto de que se trate, se le impide gozar de la etapa de prueba y libertad asistida, sólo por la naturaleza del delito cometido. En consecuencia que las normas en cuestión **vulneran el principio de culpabilidad por el acto y proporcionalidad de la pena** (arts. 18 y 19, C.N.; 9 C.A.D.H. y 15 P.I.D.C.P.), **en tanto proscriben la imposición de una pena que exceda la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor en el hecho**<sup>62</sup>.

Es así que “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”<sup>63</sup>. Por lo que “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**”<sup>64</sup>.

En síntesis, la veda a obtener la libertad condicional y la exclusión de los beneficios inherentes al período de prueba del régimen penitenciario ordinario; prisión discontinua o semidetención; y libertad asistida contenidas en los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660 por la sola razón de ser condenado por un determinado delito, **son inconstitucionales y anticonvencionales por violentar los principios de igualdad ante la ley** (art. 16 y 75 inc. 22 C.N.; 1 y 24 CADH; 3, 14 y 26 PIDCyP; y 8 de la ley 24.660), **proporcionalidad, culpabilidad del acto** (art. 18 y 19 C.N, 9 C.A.D.H y 15, P.I.D.C.P), **razonabilidad** (art. 28 CN) y **finalidad resocializadora de la pena** (art. 5.6, C.A.D.H y 10.3, P.I.D.C.P), **con ostensible mella a su sistema progresivo** para la consecución de tal fin preventivo especial positivo (arts. 6,12 y 15 ley 24660).

### **3-La recepción en la jurisprudencia:**

La inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los arts. 14 2º párrafo del CP y 56 bis de ley 24660 – y con ello también art. 100 3º párrafo de la bonaerense ley 12256- ya fueron declaradas por distintos juzgados y tribunales revisores.

Si bien los argumentos confluyen –vulneración a los principios de resocialización y progresividad de la pena, de igualdad, legalidad y hasta culpabilidad y derecho de

---

<sup>62</sup> 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).

<sup>63</sup> . COnf. Guillaumondegui, 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.

<sup>64</sup> Conf.. Cesano, José Daniel “EL régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)”, AA.VV, Reformas al código penal, Buenos Aires, 2005, pp. 323, es mía la negrita.

ejecución penal de acto-, listaremos los párrafos más relevantes de algunos de ellos<sup>65</sup> con norte a comprobar que lo expuesto tuvo arraigo en sede tribunalicia.

### **3.1-Inconstitucionalidad de los arts. 56 bis de ley 24660 y 100, 3er. párrafo de ley 12256 (Buenos Aires)**

Aquí revistan la mayor cantidad de precedentes invalidantes del art. 56 bis de ley 24660, mas allá que los argumentos utilizados sean muy similares a los vertidos para descalificar al art 2º apartado del art. 14 del Digesto fondal.

Empezamos mencionando el voto del doctor Hornos de la Cámara Federal de Casación Penal que por mayoría se declaró la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660: “...en caso de circunscribirnos a la exégesis del texto legal en cuestión, estaríamos **aceptando la implementación de un sistema diferenciado o paralelo de ejecución de la pena privativa de libertad, incompatible con el diseño constitucional** (...) de donde surge claramente que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados. En rigor de verdad, el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha **escisión configura un menoscabo patente al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás...**”<sup>66</sup>.

Continúa el Dr Hornos “Por lo tanto, estimo que la norma no puede decidir de antemano, sobre un colectivo indeterminado de personas y sin importar el desenvolvimiento concreto que cada uno de los penados haya alcanzado luego de un tiempo legalmente estipulado de encierro efectivo, un modo de cumplimiento diferencial de ejecución de la pena, en base exclusiva al delito cometido. En tal sentido, mal pueden reflotarse demás concepciones positivistas que han sido ya superadas durante el siglo pasado, como obstáculos hábiles que cercenen derechos fundamentales. Tal ha sido la interpretación postulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala”, rto. el 20/06/2005, en cuanto al entendimiento que corresponde efectuar a concepciones criminológicas peligrosistas, que devienen incompatibles con un sistema penal de una moderna sociedad democrática”.<sup>67</sup>

Resume su Postura el Dr. Hornos “En mi opinión, el artículo 56 bis de la ley 24.660, en cuanto veda la concesión de cualquiera de las modalidades de ejecución distintas al encierro que implican el ingreso al período de prueba (entre las que se encuentran las salidas transitorias) a los condenados, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos cometidos **vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin específico**

---

<sup>65</sup> También merecen destacarse votos minoritarios: “El Artículo 56 bis de la Ley 24.660 es inconstitucional en cuanto veda la concesión de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los delitos allí enumerados, pues negar las posibilidades de gozar de salidas transitorias a un condenado que reúne todas las condiciones exigidas para ello porque ha cometido un determinado delito, atenta contra el principio de igualdad y de resocialización consagrado en la Ley de Ejecución de la Pena, la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos (Cám. Apel. Penal de Rosario, Sala III , “B, M. L s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias” 27/12/2012 , voto en disidencia del Dr. Ríos, Pub. LLLitoral 2013 abril, 339)

<sup>66</sup> CNCP, Sala IV, “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación” y en sentido coincidente el fallo Jofré Raul Horacio s/Impugna rechazo de Inconstitucionalidad y denegatoria de Salidas Transitorias, Legajo N° 10126/2 del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa), Registro N° 2557/13, 20/12/2013, voto Dr. Hornos, es mía la negrita.

<sup>67</sup> CNCP, Sala IV, “SOTO TRINIDAD.”, fallo cit., voto del Dr. Hornos.

**convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad -esto es, la resocialización o readaptación social de los penados-, y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial positivo como corolario del programa constitucional para aquél fin (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP).<sup>68</sup>**

En forma reciente la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal <sup>69</sup>, más allá de la profusa y esclarecedora cita del debate parlamentario que precedió a la sanción de la reforma operada por la Ley n° 25.948, **destaca la violación al tratamiento penitenciario individualizado proclamado por la misma ley 24660**: “No está en discusión la potestad del legislador de establecer escalas penales en función del mayor o menor reproche social que merezcan ciertas conductas. **Lo que de ningún modo es aceptable es que aquél instituya una regla que impida a priori a ciertos internos su incorporación a institutos que se dirigen a obtener su resocialización, basándose para ello en la naturaleza del delito por el cual se encuentran cumpliendo pena, descartando cualquier tipo de análisis de su situación concreta.** Ello vulnera el fin primordial de la pena desde una perspectiva distinta a la expuesta en el apartado anterior, ya que soslaya la existencia de un tratamiento individualizado, que debe brindarse a todo interno en el marco de la ejecución de su pena (cfr. arts. 5, 8, 12, 14 de la Ley n° 24.660, entre otros)<sup>70</sup>.”

Ya en orden de juzgados de instancia, también se remarcó la contrariedad de los artículos en glosa a un auténtico derecho de ejecución penal de acto, en este caso de titular Juzgado ejecución penal n° 1 de Mendoza: “...., la ejecución de la pena no debe estar basada en el principio de la igualdad, las únicas diferencias en cuanto al régimen progresivo de la pena y el acceso a los beneficios deben estar dadas por el esfuerzo personal del interno y su evolución en miras a la resocialización. Limitar tal acceso por el delito cometido, constituye un plus de penalidad que genera una desproporcionalidad entre la lesión al bien jurídico tutelado y la escala penal que se le aplica, ya que ésta categoría de penados deben soportar, además de la pena, la imposibilidad de acceder al régimen progresivo de la pena, independientemente del esfuerzo personal en avanzar en su resocialización. De esta manera entonces, **se está agravando la pena para un grupo de personas que por haber cometido delitos considerados aberrantes, pasan a ser considerados peligrosos, dejando de lado la teoría del Derecho Penal de Acto, para pasar a un Derecho Penal de Autor basado en un concepto peligrosista, subjetivo y que no se condice con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los últimos tiempos**”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> CNCP, Sala IV, “SOTO TRINIDAD.”, fallo cit., voto del Dr. Hornos, es mía la negrita.

<sup>69</sup> CNCCyC de la Capital Federal .Sala 2, “causa n° CCC 45565/2006/TO1/1/CNC1, “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”, Reg. n° 438/2016, 10/6/2016.

<sup>70</sup> Cam. Nac. de Cas. Criminal y Correccional de la Capital Federal .Sala 2, “causa n° CCC 45565/2006/TO1/1/CNC1, fallo cit, voto del Dr. Morín al que adhirió el Dr. Niño, es mía la negrita.

<sup>71</sup> Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Mendoza, Expte. N° 11063/E , “Berguecio Coria Flavio Ariel P/ Ejec. Sentencia”, 01 /2/ 2016, es mía la negrita. Sigue el Fallo “La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de conminación legal, sino en el de la ejecución de la pena. Este criterio rige en forma expresa en nuestro derecho positivo y con jerarquía constitucional, desde que el art. 5º, inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determina que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 75, inc. 22 CN). Por lo tanto, si la ley, como lo hace el art. 56 bis del ordenamiento penitenciario, establece que ciertos

Finalmente, destacamos los pareceres del Dr. Juan Pablo Chirinos de Río Negro: “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”...” “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”<sup>72</sup>. Sigue: “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.”<sup>73</sup>

Finalmente, atento que en materia de ejecución penal la ley nacional 24.660 conforma el piso normativo para todo el país<sup>74</sup> integrado en todo lo que sea más beneficiosa en jurisdicción bonaerense por la ley local 12256<sup>75</sup> la cual en su art. 100, 3er. párrafo<sup>76</sup> resulta muy similar al de la norma nacional en glosa – impedimento legal de acceder a ciertos institutos por la sola razón del delito cometido-, **traemos a colación un importante fallo de la Cámara Penal de Mar del Plata que invalidó ambas disposiciones.** En este marco el Dr. Viñas expresó: “En mi opinión los artículos mencionados, en cuanto vedan la concesión de cualquiera de los beneficios que implican

---

delitos no son merecedores de algunos beneficios que se conceden en general a los condenados, **es porque presume que determinado delincuente es incorregible en sintonía con un derecho penal de autor. Lo inconstitucional, por lo tanto, no es la posibilidad de denegar esos beneficios en el caso concreto conforme con las circunstancias, sino el hacerlo priori (art. 8º, Ley 24.660), aún por razones de política criminal.**” ( fallo cit., es mía la negrita)

<sup>72</sup>.- JEP N° 10 Gral. Roca (Río Negro), N° 231-JE10-10 caratulado “Incidente de planteo de inconstitucionalidad art. 14 CP y 56 bis. Ley 24660” , 11/7/2011, la negrita me pertenece.

<sup>73</sup>Fallo cit.

<sup>74</sup> La ley 24660 es la norma base por imperio del sistema jurídico que rige la ejecución de la pena en nuestro país como lo ha resuelto la Corte Federal “in re” “Verbitsky”: la ley 24.660 “...se trata de una clara norma marco que es constitucional, pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones...cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación...” (CSJN, Expte., V.856. XXXVIII, considerandos 59 y 60,3/5/2005).

<sup>75</sup> La Casación Penal Bonaerense, ha sentenciado en numerosas ocasiones que, en función de lo normado en el art. 229 de la ley 24.660: “...se debe insistir con el criterio sentado por esta Sala del Tribunal en las causas n° 38, 102, 125 y 152 entre muchas otras,...en cuanto a que la Ley n° 24.660 resulta aplicable al ámbito provincial...lo que resulta patente, ello por cuando el Derecho de fondo es el involucrado...” ( conf. TCPBA, Sala I, causa n° 7.324, reg. 842/2002, 17/12/2002, votos de Dres. Sal Llargués y Piombo)

<sup>76</sup> Art 100, 3er. párrafo de la ley 12.256 modificado por la ley 12.543. t.o. ley 13.177

el ingreso al período de prueba (incluida la libertad asistida) a los condenados, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos que allí se indican –..., violan los principios constitucionales de igualdad ante la ley (CN, 16 y 75 inc. 22; CADH, 24; PIDCyP 14 y CPBA, 11) el de razonabilidad (CN, 28), **en tanto y en cuanto, contradicen, por un lado, el fin específico que dicha pena privativa de la libertad, de acuerdo con lo que disponen normas de jerarquía constitucional superior y aquellas mismas leyes, tiene en la etapa ejecutiva: la resocialización o readaptación social de los penados; y por el otro, el sistema de progresividad y prueba que, para la consecución de dicho fin preventivo especial positivo, impone la ley 24.660.** <sup>77</sup>

En especial, **remarcamos como se fundamenta violación del principio de razonabilidad:** “..., las normas discutidas no guardan razonabilidad con el propio sistema de ejecución penal, en tanto y en cuando, violando el paradigma de tratamiento personalizado que el propio ordenamiento jurídico aplicable prevé (ley nacional 24.660 y 12.256 provincial), esto es: sin medir en lo absoluto cuál ha sido el desempeño carcelario concreto del sujeto de que se trate, se le impide gozar de la etapa de prueba y libertad asistida, sólo por la naturaleza del delito cometido. Si la ejecución de la pena se inspira en un objetivo resocializador, la reglamentación de su desarrollo debe procurar la posibilidad de que el condenado logre, sólo según una evolución personal favorable hacia la adecuada reinserción social, morigerar la inicial rigidez del encierro carcelario mediante su incorporación gradual a modalidades de ejecución penitenciaria en las que tiende a limitarse y sustituirse el enclaustramiento riguroso por regímenes que permiten el egreso de la cárcel, basados en la confianza en su capacidad de gobernar apropiadamente su conducta”. Y concluye “En síntesis, la diferencia de trato que contienen los arts. 56 bis de la ley 24.660 t.o. ley 25.948 y el art. 100 de la ley 12.256 t.o. ley 13.177 no se fundamentan en una justificación razonable, evidenciando desproporción entre la finalidad perseguida y el interés tutelado, por lo que resulta arbitrariamente discriminatoria y, en consecuencia, viola el principio consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.”<sup>78</sup>

La Casación Bonaerense también invalidó el art. 100 de la ley 12.256<sup>79</sup> **pivoteando argumentalmente siempre en la lesión a los principios de igualdad ante la ley, razonabilidad, finalidad resocializadora de la pena y su necesaria ejecución progresiva,** con excelente voto del Dr. Carral “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

---

<sup>77</sup> Cám. Apel y Gar. Penal de Mar del Plata, Sala I, causa n° 21.805, “Suárez, Ricardo A., Anselmini, Ricardo A. y Echenique, Oscar A. s/ incidente ejecución alternativa de la pena. Salidas Transitorias (Anselmini)”, 8/8/2012, voto del Dr. Viñas, es mía la negrita.

<sup>78</sup> Cám. Apel y Gar. Penal de Mar del Plata, Sala I Fallo cit.

<sup>79</sup> Cito a uno: ““(...) 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 (...)”(TCPBA, Sala I, causa N° 43.933 “R., J.C. s/ recurso de queja”, 15 /7/ 2011.

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”<sup>80</sup>.

### **3.2-Ins constitucionalidad del art. 14 2º apartado del CP y del art. 56 bis de ley 24660. Valioso dictamen de la Unidad Fiscal de Ejecución penal de la Capital Federal (UFEP):**

Los fallos que desautorizaron el 14 del Código Penal conjuntamente con el art. 56 bis de ley 24660, son menores pero igualmente existen.

Ya en 2011 el Tribunal Oral Criminal Federal nº 5 estableció que “... la veda a obtener la libertad condicional por ser reincidentes o por serlo en relación a ciertos delitos –allí enumerados-; como así también la exclusión de los beneficios inherentes al período de prueba del régimen penitenciario ordinario; prisión discontinua o semidetención; y libertad asistida, contenidas en los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660, son inconstitucionales, por ser írritas a los principios de igualdad ante la ley y debido proceso sustantivo, contenidos en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional; y a la finalidad de readaptación social que deben tener las penas privativas de la libertad, según los artículos 5.6 y 10.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados al texto constitucional (artículo 75.22 de la Constitución Nacional)”<sup>81</sup>. Nobleza obliga destacamos que aquí se trató un caso donde se aplicó prisión perpetua **y se descalifica también – al igual que el segundo-** al primera apartado del art. 14 – imposibilidad de libertad condicional por reincidencia-, supuesto que no tratamos aquí.

---

<sup>80</sup> Conf. TCPBA, Sala III, causa Nº51.310 caratulada “A., M. E. s/ recurso de casación”, rta. 13/09/12, voto del Dr. Carral, es mía la negrita.

También el Juzgado de Ejecución penal nº 2 de La Plata, declaró la institucionalidad del Artículo 100 de la ley 12.256 ( conf causa Nro. 2835 “F., Carlos Alberto s/ Legajo de Ejecución”, rta. 26/8/2010). El magistrado expuso la diferenciación arbitraria e irracional que estampa la norma bonaerense : “Que una enumeración de conductas tipificadas, excluya de antemano a una categoría de personas de una serie de derechos, basada exclusivamente en la calificación del delito por el que fueron condenadas, trae aparejado diferentes consecuencias. Una de ellas sería la posible doble valoración del delito por el cual se lo condena, la otra, y de importancia al caso, es que sujetos condenados a la misma pena tengan en determinados casos acceso a los derechos propios del régimen progresivo y en otros se vean limitados en forma absoluta. Lo cual resulta, una discriminación arbitraria por parte del legislador, violando con ello el principio de razonabilidad e igualdad ante la ley -Arts. 16, 18, 19 CN.- Que de ello se deriva que la norma referenciada más arriba excluyó a determinadas “categorías de personas” del régimen general de la progresividad de la pena, exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito por el cual fue condenado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula.”

<sup>81</sup> TOCF nº 5 de Capital Federal, causa nº 1.320, Larrosa Chiazzaro, Carlos Alberto y otro d , s/ secuestro extorsivo”, 26 /5/ 2.011 voto de los Dres. Martín E. Vázquez Acuña y Luis R. J. Salas. Es importante destacar que aquí la declaración d inconstitucionalidad de los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.66 se dio al momento de dictar sentencia condenatoria y no en la etapa de ejecución atento que “La necesaria progresividad que debe tener el régimen penitenciario al que es sometido el condenado, desde el mismo inicio del cumplimiento de la condena, hace ineludible que la inconstitucionalidad referida sea declarada en el momento de imposición de la pena y no quepa aquí esperar la etapa de ejecución”.

En forma similar el juez de ejecución penal de Catamarca preceptó que la los artículos en cuestión también contradicen los derechos del niño: “No puedo soslayar que con el llamado expansionismo penal y más precisamente desde el año 2000 operaron hasta la actualidad, mas de treinta y cinco reformas en el código penal, entre ellas la ley nº 25.892 (25/5/2004) que modifica el régimen de la libertad condicional, incorporando al texto de art.14 del Código Penal un segundo apartado y en virtud de ello, se eleva el tiempo de encierro efectivo exigido para condenas a prisión perpetua a treinta y cinco años; al mismo tiempo que, para los casos de los artículos 80, inc. 7, 12. 4, 142 bis, penúltimo párrafo, 165 y 170, penúltimo párrafo, se obtura la posibilidad de acceder a esta forma de externación anticipada; resultando a todas luces el pugna con el espíritu de las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, normativa que contempla sin hesitación el caso en examen”<sup>82</sup>

Ultimando, destacamos un importante dictamen de la Unidad Fiscal de Ejecución penal de la Capital Federal (UFEP) donde los representantes del Ministerio Público, titulares de la acción penal, defensores de la legalidad y promotores “de los intereses generales de la sociedad”<sup>83</sup>, entendieron 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 son irrazonables porque “sobrepasan el límite que impone el art. 28 de la CN, quedando fuera del diseño institucional”, postulando su declaración de inconstitucionalidad...”<sup>84</sup>

Diáfánamente exponen “.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.” Y “...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

---

<sup>82</sup> Juzgado ejecución penal de Catamarca, San Fernando del Valle de Catamarca, auto interlocutorio N° 36/2012,. incidente n° 475/2011 “Noriega, Claudio Sebastián s/ Solicitud de inconstitucionalidad del Art. 14 del C.P. y 56 de la ley 24.660 –Capital”,14/3/2012-. El Juez declaró la inconstitucionalidad del art.14 –segundo apartado- del Código Penal y 56 bis de la Ley 24660 porque no resultan de aplicación al mencionado quien al momento de la comisión del hecho por el cual cumple condena -contaba con la edad de 17 años- considerado menor de edad por el plexo normativo nacional e internacional.

También destacamos el voto en minoría del Dr. Erbeta de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en los autos “BELIZÁN, MANUEL LUIS - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (EXPTE. 774/13) EN AUTOS: “BELIZAN, MANUEL LUIS S / ROBO CALIFICADO POR HOMICIDIO RESULTANTE - SALIDAS TRANSITORIAS -” (EXPTE. 1534/12) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)”, Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00509230-9, 2/6/2015 , que también descalificó el art 56 bis de ley 24660

<sup>83</sup> En el dictamen se encargan de explicar la función de la a UFEP “...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-)” .

<sup>84</sup> UFEP dictamen N° 74774 s/inconstitucionalidad art. 14, segunda parte del CP e incorporación al régimen de libertad condicional, Incidente en trámite ante el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3, Legajo N° 138.759, 17/12/2013, Firmados por los fiscales Guillermina García Padín y Diego García Yomha. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos38088.pdf>.

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”<sup>85</sup>

Concluyen que los arts. 14, segunda parte del CP y en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 imposibilitan la reincorporación al medio social hasta el agotamiento de la pena, vía la **creación de una irrazonable y subjetiva categoría de diferenciación entre los condenados basada exclusivamente en la comisión de determinados delitos.**

Ostentando un rol vital en el Ministerio público en la etapa de ejecución de las penas<sup>86</sup>, cuestión que también traté en otros opúsculos<sup>87</sup>, la franca y valiente postura de la Unidad Fiscal Capitalina **es un fuerte cuestionamiento a la validez de las restricciones en glosa.** Si los defensores de la legalidad, representantes del interés y titulares del ejercicio de la acción penal pública – y por tanto de la impugnación- en los procedimientos donde se ventila la posible concesión de “beneficios” a los condenados alcanzados por estos valladares legales, dictaminan que tales normas son inconstitucionales, **tal opinión – si bien no vinculante- configura para el juez una trascendente alerta sobre la aplicación irreflexiva y acrítica** que los arts. 14, segunda parte del CP y 56 bis de la Ley N° 24.660. No es poco.

---

<sup>85</sup> Sigue el Dictamen “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 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.” (UFEP dictamen N° 74774 s/inconstitucionalidad art. 14, cit.)

<sup>86</sup> Al respecto, HARFUCH, Andrés y otros, “La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena. Observaciones críticas al fallo Romero Cacharane de la CSJN”, AA.VV., Derecho de ejecución penal, Dirección: Zulita Fellini, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 129-150; GARCIA YOMHA, Diego MARTINEZ, Santiago, “Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal”, Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, Di Plácido, Buenos Aires, 2006, pp. 319-338; y GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “La justicia de ejecución penal en un Estado de Derecho. Hacia un proceso acusatorio de ejecución penal”, Disertación efectuada en el Seminario “Jueces de ejecución penal: aspectos teóricos y prácticos”, organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba, Agosto/2005.

<sup>87</sup> Gouvert, Juan Fernando; “El nuevo art. 105 y la chance de profundizar la oralidad, intermediación y bilateralidad en la ejecución penal bonaerense”, “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO XLVIII, nros 12530, 24/7/ 2010, pags. 1 a 4; “Glosas a las nuevas facultades y organización del Ministerio Público Fiscal y en la Ejecución en el Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As, Revista de “EL DERECHO PENAL” doctrina y jurisprudencia, agosto de 2010, Revista n° 8, Sección “Doctrina”, Págs. 17 a 30; “La oralización de la Ejecución Penal Bonaerense: el nuevo art. 3 de la ley 12.256”, “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12.974, ED. 247, 11/4/2012, pag. 1 a 3; “La postergada y esencial armonización con el régimen nacional y otros cambios de la ejecución penal bonaerense (Parte I), “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.170, AÑO LI, ED. 251, 28/1/2013, pag. 1 a 4 y “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.171, AÑO LI, ED. 251, del martes 29 de enero de 2013, pag. 1 a 2 (continuación). y “La postergada y esencial armonización con el régimen nacional y otros cambios de la ejecución penal bonaerense (Parte II), “EL DERECHO” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.172, AÑO LI, ED. 251, del miércoles 30 de enero de 2013, pag. 1 a 5

#### **4-Reflexión última:**

En un plexo punitivo es vez más fragmentado, confuso, anacrónico, contradictorio y complejo, de ardua elucidación terminológica y sistemática - con la endémica la violación al principio de legalidad que eso incluye-, donde la desordenada expansión y recrudescimiento ley penal es cíclicamente utilizado como acicate para ficcionalmente “remediar” las demanda social de seguridad, no resulta llamativo listar algunos tipos penales y excluir a sus autores – por esa sola circunstancia- de casi todos los institutos que propenda a su efectiva reinserción. Pero lo recurrente de estas irreflexivas incursiones legislativas no autorizan a ser laxos con los valladares convencionales, constitucionales y legales que siguen rigiendo en un Estado de Derecho.

Más allá del quebranto de los principios de resocialización y progresividad de la pena e igualdad ante la ley, entre otros, inocular a la ley penal con esta suerte de *capitis diminutio* del plafón legal de la ejecución punitiva significa un ponzoñoso ejemplo de derecho de ejecución penal de autor, o mejor expresado, un desembozado espacio de no-reinserción, de no-igualdad, de no-ley, en fin, de no-Derecho; pero como postulaba Ihering debemos luchar por el Derecho.

Es que los arts. 14 2º parte del Código Penal, 56 bis de ley 24660 y su par bonaerense art. 100 de ley 12256 despoja a la misma pena de prisión de su declamada intención resocializante, dejando al desnudo su neto corte retributivo, por lo que queda solo la imposición de un castigo traducido en la nuda exclusión del seno social hasta casi el vencimiento temporal de la condena.

Al impedir y/o restringir *a priori y jure et de jure* el necesario y progresivo contacto con el medio libre del condenado las restricciones legales comentadas quitan al tratamiento penitenciario una su principales herramientas para efectivizar la pretendida finalidad de reinserción social y paliar el preponderante contenido aflictivo de la prisión. Si resulta hartó difícil incluir al ya excluido<sup>88</sup>, más arduo es reinsertar a quien se le niega una de las principales herramientas para tal meta, cual es, el paulatino contacto con el medio libre al que debe regresar –cumplida la pena- algún día.

Aún el autor del crimen más aberrante debe tener la chance – en paridad con cualquier otro condenado- y las herramientas necesarias para tratar ir gradualmente contactándose con el seno social del cual ya formó parte, fue apartado por la imposición de una pena y el sistema penal pretende reinstalarlo con éxito nuevamente. Neutralizando los esenciales institutos que posibilitan el re-contacto con el seno social no solo se lograra afinar los muchas veces deletéreos efectos<sup>89</sup> de la prisión – adopción

---

<sup>88</sup> Es una verdad de Perogrullo que la mayoría de la población penitenciaria tuvo seria falencias educativas, patrimoniales y económicas las que, sumado a la inexistencia o invavilidad de un proyecto de vida , optan muchas veces por delitos contra la propiedad u otros.

<sup>89</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Lori Berenson Mejía contra Perú” del 25/11/2004, señaló, en lo que hace al art. 5 de la Convención Americana, que “las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de la libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la finalidad esencial de las penas privativas de libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, la reforma y la readaptación social de los condenados. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas”.

de roles desviados, exposición a lesiones, enfermedades ,etc.-, sino que también dificultará su legalmente anhelada meta de reinserción social

Demorar el inevitable re-vinculación social del condenado lleva la ínsita y unívoca intención de mantenerlo bajo encierro total con mínimo o sin ningún contacto anticipado al vencimiento de la pena con una sociedad a la cual su avistamiento esporádico, aunque resuelto por un juez y sujeto a controles y reglas de conducta, puede generar alarma y conmoción porque se lo considera peligroso por la índole ilícito cometido. Por ello, ante la imposibilidad de imponer medidas de seguridad de extensión difusa a condenados imputables<sup>90</sup>, el legislador trata de calmar los reclamos de “seguridad” seleccionando coyuntural, antojadiza y arbitrariamente una serie dispares de tipos penales – no más graves que otros- para impedirles a sus autores condenados, no ya indefinidamente como reclama la pulsión relegadora de defensa social, sino al menos durante el término de la pena.

No hay que hacer una esforzada elucidación hermenéutica para distinguir elementos en las normas glosadas refractarios a un derecho de ejecución penal de acto, pues valiéndose de la mera índole del ilícito cometido se propende al confinamiento carcelario durante toda su condena violando –y olvidando- la supuesta finalidad resocializadora de su castigo.

El orden jurídico debe garantizar igualmente para todos **sus ciudadanos** ofensores a la ley penal una chance afectiva y posible de ser reinsertado a una sociedad de la cual formó, forma y debe formar parte; lo expuesto claro está, en el marco de un idéntico programa constitucional de ejecución de la pena en un Estado republicano de Derecho. Además, los institutos en glosa connotan un profundo descreimiento y desinterés del orden punitivo en el individuo porque lo supone no capaz de reinsertarse; pero más grave es que también el propio Estado descrea de sí mismo porque se asume incapaz, o sin interés, en propender a la reinserción social exitosa de los condenados nominados fragmentariamente peligrosos.

Hace algunos años durante mi época de estudiante, el siempre lúcido el Dr. Víctor José Irurzún al hablar de las prisiones<sup>91</sup> afirmaba, palabras más palabras menos algo así que “no se podía educar para la libertad desde el encierro”, cuánta razón tenía. Me permito agregar “que difícil es asegurar la reinserción del condenado negando su gradual y previo contacto con la sociedad al que, tarde o temprano, retornará”.

Pese a todo y con todo, el suscripto prefiere hacer votos para facilitar a la inclusión –en el vasto sentido del vocablo- de todos individuos de, en especial de quienes por violar reglas son condenados y deben poco a poco retornar al conjunto social lo más fácilmente posible. Una sociedad integrada y plural se conforma por todos sus ciudadanos, conserven o no -por ser penados- su libertad locomotiva. Una desigual y relegadora exclusión de institutos que propende a la reinserción de todos los

---

<sup>90</sup> Mas allá que con prohibir el derecho del condenado a las salidas transitorias lesiona el objetivo constitucional de las penas, legitimante del ejercicio del poder del Estado; las normas en glosa tampoco se justifica dada la desproporción en el interés perseguido por la ley, convirtiendo los arts 14 2º parte del CP, 56 vis ley 24660 a la pena en su tramo medio en una medida de seguridad por la envergadura del delito cometido.

<sup>91</sup> Además de juez, sociólogo, profesor –y muy bueno- y autor, fue inspector de cárceles-

condenados, sino por el contrario claramente pretende que los mismos permanezcan apartados de la sociedad<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Conf. JEP N° 10 De Gral. Roca (Río Negro), 31-JE10-10, caratulado “Incidente de planteo de inconstitucionalidad art. 14 CP y 56 bis. Ley 24660”, 11/07/11). Sigue el Dr. Pablo Chirinos: “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”. ( fallo Cit. )