



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

**SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 69

Año: 2020 Tomo: 3 Folio: 644-663

EXPEDIENTE: 7699706 -  - GAUNA, NATHAN SANTIAGO - CPO. DE EJECUCIÓN DE PENA

**PRIVATIVA DE LIBERTAD**

**SENTENCIA NÚMERO: SESENTA Y NUEVE**

En la ciudad de Córdoba, a los diez días del mes de marzo de dos mil veinte, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por la señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, con la asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesin y Luis Eugenio Angulo a los fines de dictar sentencia en los autos **“GAUNA , Nathan Santiago Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-”** (SAC 7699706), con motivo del recurso de casación interpuesto por la asesora letrada penal, doctora Silvina Muñoz -en representación de su asistido Nathan Santiago Gauna-, en contra del Auto número ciento once, de fecha quince de marzo de dos mil diecinueve, dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María, provincia de Córdoba.

Abierto el acto por la señora Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Resultan inconstitucionales los artículos 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 tras la reforma operada por la Ley 27.375?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

## A LA PRIMERA CUESTION

Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati, Aída Tarditti, Sebastián López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Domingo

Juan Sesin y Luis Eugenio Angulo dijeron:

I. Por Auto n° 111, de fecha 15 de marzo de 2019, del Juzgado de Ejecución Penal de Villa María se resuelve: “I) *Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del CP y 56 bis de la ley 24660, interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de Tercer Turno, Dra. Silvina Muñoz, en su condición de defensora del interno Gauna, Nathan Santiago. II) Rechazar el beneficio de libertad condicional, al interno Gauna Nathan Santiago, , legajo n° 76875, por improcedente (art. 13 ss. y cc. A contrario sensu del CP)...*” (ff. 50/55).

II. Comparece la asesora letrada con competencia múltiple de tercer turno de Villa María, Dra. Silvina Muñoz -en representación de su asistido Nathan Santiago Gauna- interpone “*recurso de inconstitucionalidad*” (ff. 59/66 del cuerpo de ejecución).

Preliminarmente señala el “Objeto” de su presentación y expone que satisface todos los requisitos que se exigen a los fines de la “Admisibilidad formal”. Indica como núcleo central de sus “Puntos de agravios” que la nueva normativa impone un requisito negativo más a la sistemática del CP que regula el acceso de los condenados al instituto de la libertad condicional y a los beneficios del período de prueba a los condenados por ciertos delitos. Luego, bajo el título “Desarrollo de los agravios” recuerda, en primer lugar, como “Antecedentes” que la sanción de la Ley 27.375 modificó los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 que restringe la libertad a condenados de ciertos delitos, entre los cuales se encuentra el delito por el cual resultara condenado Gauna (tenencia de estupefacientes). En relación a ésta, sostiene que profundiza la reforma anterior a la ley de ejecución penal, enrolándose en postulados de “sistemas penitenciarios de corte autoritario” a favor de la “defensa de la sociedad toda al compás del clamor popular teñido de punitivismo”. Sustenta que su orientación se basa en la aplicación de programas de resocialización máxima -cuyo

objetivo es obligar al condenado a identificarse con los valores socialmente hegemónicos- tratándose de medidas notoriamente contrarias a las garantías y derechos consagrados en la normativa internacional. Por ello, entiende, muchos de los aspectos introducidos implican un franco retroceso en materia de ejecución penitenciaria y defensa de los DDHH de los condenados, debilitando el principio de legalidad ejecutiva y el permanente control judicial de la ejecución, principios rectores de la etapa de ejecución penal.

Señala que además de los reparos constitucionales que merece la norma, el razonamiento formulado para motivarla y justificar su procedencia, contiene afirmaciones que carecen de apoyatura en datos de la realidad y la considera una “respuesta espasmódica frente a la demanda de mayor seguridad surgida, generalmente, luego del acaecimiento del algún evento particularmente cruento o grave”. Desde esa lógica -añade- no resulta apta para neutralizar la comisión de delitos y garantizar la seguridad de los ciudadanos y cita como prueba de ello, que a más de diez años desde la anterior reforma (fundada en la misma pretensión), lejos de disminuir el delito, el mismo se ha incrementado, por lo que entiende se desnaturaliza la teleología *pro homine* que inspira el progresivo reconocimiento de los derechos humanos y se consolida una legislación cada vez más regresiva.

Critica la fundamentación esgrimida por el sentenciante ya que, en tanto política criminal, sancionada y promulgada por autoridad competente, no alcanza para determinar su validez material. Por tanto, apuntala, es indispensable que el intérprete, antes de aplicarla valore su contenido y coherencia con principios y normas de jerarquía superior. En ese marco de ideas refiere que el juzgador no explicitó la razonabilidad de las normas cuestionadas.

En otro apartado, la defensora enfatiza en que resulta evidente la afectación del régimen de progresividad de la pena y atenuación del encierro y, bajo dicho entendimiento, postula que “simplemente se prolonga la estadía de los condenados en los establecimientos carcelarios, sin pensar en los resultados adversos que dicha medida puede generar (hacinamientos, motines)” lo que tilda de ser “una reforma encubierta al código de fondo”.

Bajo la insistencia de la conculcación de todos los estándares constitucionales y jurisprudenciales de la CSJN, apunta como notoria contradicción que, por un lado, se declama la vigencia del régimen progresivo, y al mismo tiempo elimina groseramente una de sus notas distintivas esenciales, cual es, la incorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada. En ese punto concluye que régimen progresivo y liberación condicional son las dos caras de una misma moneda, resultando indiscutible que no hay régimen progresivo sin liberación vigilada.

A continuación transcribe el pasaje de uno de los argumentos empleados por el Diputado Petri en tanto formuló: *“El objetivo en ningún momento deja de ser la resocialización a través de un régimen progresivo, pero se trata de adaptarlo a ciertos casos para que pueda cumplirse respetando el cumplimiento íntegro de la pena intramuros”*, a su modo de ver ello engloba una contradicción insalvable: o bien el legislador quiso abandonar el sistema progresivo (lo que no parece viable conforme los fundamentos del proyecto y la cantidad de oportunidades en que el texto legal ratifica su vigencia) o bien no se comprendió las notas distintivas de éste régimen, eliminando su característica central y distintiva, generando una legislación que resulta irrazonable y contradictoria. Con este esquema, le parece resulta de aplicación el principio lógico de no contradicción como causal de arbitrariedad de las sentencias. E insiste en que el principio de legalidad exige que las normas sean inteligibles, por ende si las mismas evidencian regulaciones contrapuestas o contradictorias, tornándose incomprensibles e irracionales, se configura la ausencia del presupuesto básico para que cualquier persona pueda obedecer una mandato legal. Por caso, cita el caso “Dessy” de la CSJN (Fallo 318:1894) donde se dejó establecido que *“no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido y ampara sostener”*.

En sintonía con lo expuesto, expresa que la falta de coherencia descripta no puede ser sorteada con la incorporación del *art. 56 quáter de la Ley 24.660* que crea el “régimen preparatorio para la liberación”. Al respecto, señala que la norma no precisa quién debe

elaborar el programa, con qué pautas advirtiendo la ausencia de una regulación respecto del contenido del programa, tornando imprecisa la redacción de la norma y absolutamente cuestionable en tal sentido. En el análisis de esa norma, puntualiza que su redacción es confusa o engañosa y destaca que no se requiere demasiado esfuerzo para advertir que tal régimen no constituye un sistema de libertad vigilada, sino que sólo crea un acotadísimo mecanismo “transicional” de permisos de salida como máximo de doce horas.

Con arreglo a ello, considera que un mecanismo de salidas transitorias periódicas no garantiza la progresividad, en tanto sólo es posible esa caracterización si contiene un instituto de liberación anticipada vigilada para todos los condenados (libertad condicional o asistida) y enfatiza que de ningún modo se puede negar de manera absoluta y general el acceso a la liberación y simultáneamente afirmar que el régimen igualmente es progresivo.

Por otro lado, plantea que la normativa achacada de inconstitucional también *violenta el principio de igualdad y humanidad de las penas*. En ese punto, cuestiona el razonamiento del *a quo* bajo la premisa de que si nuestro país tiene incorporado un régimen progresivo no puede admitirse discriminar de modo general a un grupo de privados de libertad impidiéndoles acceder al mismo y que ello no supera el test de razonabilidad. En términos concretos, afirma que existen reiterados precedentes de los más Altos Tribunales federales e incluso de este Tribunal que ya han declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de condenados de regímenes de liberación anticipada con motivo del tipo de delito cometido (cfr. “Aguirre”).

De acuerdo a esa postura, estima que la ampliación del catálogo de delitos adolece del mismo defecto, e insiste en que, teniendo en cuenta normativa internacional, la sola tipología delictiva que determina la exclusión sin mirar condición personal alguna del penado ni circunstancia de otra índole importa una afectación del principio de igualdad, pues quien incurre en un delito de esta nómina se encuentra en una situación más desfavorable que quien comete cualquier otro y equiparado a quien es, además reincidente.

Entiende que la reforma agrupa delitos de los cuales no puede predicarse una misma razón que muestre con claridad cuál ha sido el paradigma que ha orientado a su elección como impeditiva del beneficio, criterio que como adelantó fue expuesto por el TSJ en el fallo “Aguirre”.

En el estudio de la norma observa que dentro del texto actual, se incluyen todos los homicidios calificados (art. 80 CP) y figuras calificadas por el resultado muerte, hipótesis que indicaría atiende a los delitos de mayor gravedad. Sin embargo, remarca que en otros incisos, no hay resultado mortal sino que se trata de bienes jurídicos individuales (v.gr. delitos contra la integridad sexual), delitos vinculados a la criminalidad organizada (v.gr. trata de personas, terrorismo y delitos aduaneros) y, en lo concerniente, delitos vinculados al narcotráfico (inc. 10) se priva del beneficio tanto a los ilícitos de micro como macrotráfico, siendo que se tratan de conductas que, conforme se ha pronunciado esta Sala en “Loyola”, no pueden recibir el mismo tratamiento legislativo ante su evidente diferente grado de injusto. A partir de ello, razona que la selección, ni siquiera aparece ligada a la mera gravedad de la pena, como ocurría con el texto anterior por lo que la imposibilidad de encontrar un baremo explicativo de la privación de la libertad condicional para estos supuestos conculca principios fundamentales conforme lo sostuvo la vocal de la Cámara Segunda del Crimen Dra. Traballini *in re* “Salguero” S. n° 4 del 12/2/2019.

Solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 14 2° supuesto del CP y 56 bis de la Ley 24.660 según texto reformado por Ley 27.375. Finalmente, formula reserva del caso federal.

**III.** Por Dictamen P n° 549, del 16 de agosto de 2019, el Representante del Ministerio Público de la Pcia. de Córdoba, se notifica del recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa del imputado emitiendo opinión en el sentido de que el mismo no puede prosperar (ff. 72/85).

1. El representante del Ministerio Público advierte que concurren los presupuestos de admisibilidad formal de la vía recursiva intentada (art. 483 del CPP). El recurso ha sido deducido en término, por quien se encuentra procesalmente legitimado al efecto y en contra

de una resolución impugnada que contiene un pronunciamiento contrario a las pretensiones del recurrente. A su vez, el planteo es oportuno y eficaz, con expresa mención del derecho federal invocado y su conexión con la materia del pleito (v. acta debate ff. 387/389) y se realiza en oportunidad de que el imputado se encontraría en condiciones efectivas de solicitar la libertad condicional.

2. En orden a la procedencia sustancial del recurso sostuvo que a más del requisito propio de la vía (concurso de una resolución contraria a los intereses de la recurrente), el recurso de inconstitucionalidad no se encuentra exento de las exigencias de motivación que rigen en materia de impugnaciones; se pretende entonces, una argumentación capaz de poner en jaque los fundamentos del fallo contra el que se dirige.

Bajo este marco, el cuestionamiento puntual impetrado sobre la norma debe ser estudiado en el concierto de los preceptos de derecho común, a los fines de salvaguardar el principio que instituye su declaración como un acto de suma gravedad, esto es, la última ratio del ordenamiento jurídico. Pues, la escasa legitimidad democrática de los tribunales, determina que no pueda el juzgador arrogarse tareas que solo corresponden al depositario de la soberanía popular.

Entre otras condiciones, la inconstitucionalidad de una norma –señala- no persigue la uniformidad de criterio en el tratamiento de los casos sino el mantenimiento incólume de los principios rectores del orden constitucional (Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, actualizado por Jorge R. Montero, 1998). Así pues, la supremacía y rigidez de las normas constitucionales reside en los principios consagrados en la Ley Suprema, los cuales son considerados conquistas de derecho y obran como un dique o una valla insalvable contra las concepciones movilizadas o circunstanciales de los cuerpos legislativos (Guastavino, Elías P. “Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad”, tomo I, p.144).

Avanzando en concreto y bajo esa prudencia de trabajo, se advierte que el eje de la discusión gira en torno de si la nueva legislación, relativa a nuevas pautas en la modalidad de ejecución

de pena privativa de libertad respecto a un conjunto cierto de delitos, resulta conveniente o discrecional, pues aquí se impugna la supuesta contrariedad a derechos fundamentales del condenado.

3. El representante del Ministerio Público Fiscal adelanta que de las constancias de la causa y conforme los postulados apuntados, no se advierte la repugnancia de la norma con las cláusulas constitucionales que se mencionan.

Entiende que el escrito recursivo luce infundado pues insiste en argumentos que recibieron un correcto tratamiento por parte del a quo (v. Auto n° 111/2019), rigiéndose aquél decisorio en una derivación razonable tanto del derecho aplicable como de las constancias de autos.

4. No obstante, a pesar de ello, a los fines de satisfacer las expectativas de la recurrente y por la trascendencia de la cuestión bosquejada, formula consideraciones sobre el tópico. En esa tarea, aborda en primer lugar el contexto normativo internacional y nacional que sirve de apoyo a los principios básicos de la ejecución de la pena y, luego, las motivaciones (razones de política criminal) de la nueva reglamentación. Finalmente, se enfoca en las derivaciones en el caso planteado y el análisis de la afectación o no de garantías constitucionales.

Planteo constitucional:

El contenido de la normativa reformada de la Ley 24.660, y cuya tacha es aquí objeto de reproche, consiste básicamente en que: no se concederá libertad condicional (art. 14 del CP) y/o no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados (art. 56 bis Ley 24.660) -entre otros- por: Delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace (inc. 10).

La defensora cuestiona la constitucionalidad de las normas pues considera un escollo para la progresividad de su asistido. Señala que tomando en cuenta los extremos de la sanción impuesta, Gauna habría cumplimentado con el requisito temporal de ocho meses de su condena el día 24/11/2018 (cfr. f. 28 de la situación legal del interno indicada por el Servicio Penitenciario). No obstante, incorporados los informes del Establecimiento carcelario en el

que se encuentra alojado (ff. 16/28) y diligenciado el pedido de libertad por ante el Tribunal de Ejecución, éste denegó la solicitud de conformidad a los nuevos postulados.

Estándares normativos - Marco teórico:

Señala que el modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho, supone que cada individuo está sujeto a la ley, incluidas las personas que son legisladores, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y jueces. En esa línea –adita-, la Carta Magna (y en igual jerarquía los tratados internacionales), moldea los principios fundamentales que se erigen como un valladar infranqueable para la tarea del legislador.

Bajo dicho esquema, principios como el de culpabilidad, legalidad penal o igualdad, entre otros, han mantenido históricamente una importancia innegable en la revisión de constitucionalidad de las leyes penales, presentándose como principios rectores de la política criminal en tanto límites del *ius puniendi* estatal.

1. En lo que atañe a los principios básicos de ejecución de la pena –precisa- hay dos leyes internacionales que son de relevancia: por un lado, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 5.6 predica: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y, por el otro, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) reza en igual sentido: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (art. 10. 3).

2. En consonancia –observa-, nuestro país recepta el principio de progresividad de la pena. Así, la imposición de una pena pretende, a los fines de la reinserción social, que el condenado conforme a los indicadores de evolución en el tratamiento aplicado, pueda ser incorporado paulatinamente desde una situación de rigidez carcelaria hasta estadios de autodisciplina (López, Axel y Machado, Ricardo en “Análisis del Régimen de Ejecución Penal”, Ed. 2014, p. 69).

En tal sentido –agrega-, el art. 6 de la Ley 24.660 ha previsto: “El régimen penitenciario se

basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”. Y, con la última reforma el constituyente agregó: “Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda” (art. 6 segundo párrafo).

3. Por otra parte “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” de Naciones Unidas adoptadas por el Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C [XXIV], 31/7/1957 y 2076 [LXII] de 13/5/1977), conocidas como “Reglas de Mandela”, es un documento que -si bien no cuenta con raigambre constitucional como los instrumentos internacionales elevados a esa máxima jerarquía normativa por el art. 75, inc. 22° de la CN resulta orientador como pauta de una buena organización penitenciaria, y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos, como lo señala el propio documento en las “observaciones preliminares”.

Considera relevante lo dispuesto en sus “principios fundamentales” en tanto la Regla n° 4 establece: “Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad...” y la Regla n° 87 dispone: “Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá

una asistencia social eficaz”.

Motivaciones legislativas:

1. Razones de política criminal: El señor Fiscal precisa que una adecuada directriz de política criminal, necesariamente debe atender a los criterios apuntados en el apartado anterior, pues para la toma de decisiones legislativas en materia criminal -como se adelantó- un obstáculo insalvable son los principios en los que se asienta nuestro Estado de Derecho. Bajo dicho segmento, el legislador tiene el derecho y la posibilidad de cambiar las políticas en miras de resguardar la coyuntura económica y social. Para ello, el contexto a considerar debe enmarcarse en: la existencia del riesgo que se pretende contrarrestar con la criminalización, y, las razones por las cuales otros medios no han sido efectivos; ello así, ponderando las opiniones de todos los potenciales afectados.

Afirma que es posible establecer que la reforma al Código Penal y su Ley complementaria n° 24.660, modificatoria del régimen de excarcelación para algunos delitos, no fue antojadiza, sino por el contrario, el parlamentario procuró endurecer la ejecución de las penas impuestas de aquellos comportamientos que mayor indignación o alarma social producen.

Ese enfoque residió en la preocupación principal del incremento de los delitos cometidos por individuos que, habiendo recibido condena, cometían un nuevo delito durante la fase de ejecución, sumado a la escasa participación de la víctima en el proceso penal. Ambos extremos pusieron foco en el sistema de justicia penal, exigiéndole que torne su mirada hacia el ofendido del delito con el fin de atenuar y prevenir los efectos de la victimización. Por ello, el debate parlamentario transitó en torno a una única demanda social: “cerrar la puerta giratoria”.

Como asunto de relevancia –destaca-, el legislador adoptó como medida de respuesta, la necesidad de que el condenado, recorra, a los fines de su reinserción social un programa específico de carácter individual en el que la progresividad de la pena se ajuste al reclamo social. Así, como lo anticipó el órgano de ejecución, a partir de una elección de política

criminal creó el “Régimen preparatorio para la liberación” (art. 56 *quáter* de Ley 24.660) que prevé que un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el individuo hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, pueda acceder a la libertad. A esos fines, distinguió tres fases: Preparatoria y dentro del establecimiento (durante los primeros tres meses); De salidas con acompañamiento (durante los seis meses siguientes) y de salidas fuera del establecimiento sin supervisión (los últimos tres meses). En el caso de las salidas prescribió que todas debían ser diurnas y por plazos no superiores a las doce horas.

A lo apuntado, se añadió el especial interés en la desincentivación de ciertas conductas delictivas, imponiéndose la necesidad de diferenciar un elenco de delitos que el legislador, en base a su mayor gravedad y otras razones de prevención general, le pareció relevante distinguir. Entonces el nuevo paradigma revela el diseño de una nueva política criminal que, sin desconocer los estándares internacionales básicos (CADH, PICDP, “Reglas de Mandela”), pregona una perspectiva que integra la visión de la víctima en la última fase del proceso penal.

#### Los Antecedentes:

Seguidamente, el Sr. Fiscal consideró de utilidad recurrir a los “Antecedentes Parlamentarios” de la sanción de la Ley 27.375 (BO 28/7/2017). Ello así, toda vez que al interpretar una ley es necesario echar mano de la principal herramienta que la doctrina ofrece, esto es, el “espíritu del legislador”, pues toda ley posee una letra (lo que consta escrito) y un ánimo, lo que motivó al parlamentario a dictarla. Expuesto de ese modo, es posible reparar en algunos pasajes de las manifestaciones vertidas por los legisladores en las sesiones celebradas en ambas Cámaras legislativas.

Así, en la Excma. Cámara de Diputados de la Nación (Período 134, 21a. Reunión - 20a. Sesión ordinaria especial de fecha 23/11/2016), la mayoría de las voces legisferantes se

pronunciaron a favor de un nuevo régimen en la ejecución de la pena impuesta. En efecto, las palabras del Diputado Nacional por la ciudad de Mendoza Luis Alfonso Petri avizoran la intención legislativa de la reforma. En primer lugar, sostuvo que “muchos delincuentes cumplen sus condenas y a la mitad de ellas obtienen los beneficios de las salidas transitorias o de la utilización del régimen de semilibertad, y terminan cometiendo delitos cuando deberían estar cumpliendo sus penas...”, o bien, deliberó: “cómo explicamos a la víctima de un delito en manos de un delincuente que salió bajo el régimen de salidas transitorias que nos equivocamos, porque si hubiese estado cumpliendo la condena no hubiera cometido ese delito. Esa omisión es imperdonable en manos del Estado...”.

En esa línea, el constituyente Martín Osvaldo Hernández sintetizó: “Todas estas medidas en su conjunto se dirigen en el sentido de establecer bases más justas de una política criminal que tienen en la actualidad y desde hace mucho tiempo una mirada indulgente y complaciente para los autores de delitos y, por el contrario, una mirada indiferente para quienes han sufrido esos delitos”.

Con el mismo vigor la mayoría de la Cámara Alta emitió su voto. Así, el Senador Nacional Miguel Ángel Pichetto, en lo particular, se refirió a la entidad de los delitos conglomerados en el art. 56 bis expresándose del siguiente modo: “Estamos poniendo los delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves para que no obtengan el beneficio ni de la salida transitoria ni de la salida anticipada y que cumplan la totalidad de la condena”. Por el otro, Julio César “Cleto” Cobos armonizó esos lineamientos con los estándares vigentes en orden al principio fundamental de progresividad de la pena, al decir que no había que confundir que “estamos sancionando una ley solamente para restringir las salidas transitorias y solamente para prohibir la libertad condicional en crímenes aberrantes. Estamos restringiendo; eso sí, pero estamos abordando y mejorando todo el principio de progresividad del cumplimiento de la pena. Esto tiene que ver con todos los aportes que se han hecho a modificaciones de leyes que ya están sancionadas, generando así un mecanismo de resocialización, de rehabilitación

con mayor eficacia, con mayor seguimiento, y dando intervención a las víctimas en la última etapa del régimen de progresividad, que es cuando viene el beneficio de la salida transitoria o de la libertad condicional (...) Lo que estamos queriendo hacer con esta ley, además de lograr la resocialización y la reinserción, es que aquellos delitos aberrantes sean sancionados con una prisión efectiva, cumpliendo la totalidad de la pena, pero no evitando someterlos al proceso de mejora progresiva que debe tener el condenado para que después sí salga en las mejores condiciones”.

#### Examen del caso:

Luego de establecido el marco normativo y las razones parlamentarias de la sanción legislativa ingresa al examen del caso.

1. Reitera que concurre el requisito de pronunciamiento previo exigido por el art. 483 del Código ritual, mas, vale reiterar, la defensora no ha conseguido otorgar argumentos suficientes que permitan establecer la declamada inconstitucionalidad.

En concreto, el ejercicio de su empresa se enmarca en consideraciones generales, sin definir la concreta vulneración a los derechos constitucionales que invoca (principios de igualdad, progresividad y culpabilidad), apelando como fundamento de su reclamo, a que nuestro sistema judicial local se enarbola a favor de la inconstitucionalidad de cualquier normativa que se dicte en detrimento de la libertad anticipada y en donde se discrimine arbitrariamente algunos delitos, citando a esos fines el fallo “Aguirre” (TSJ, Sala Penal, S. n° 434 de fecha 29/9/15).

Observa que la pretensión enarbolada en base a dicho precedente es enunciada bajo abstracciones, desapegadas de las constancias de la causa en tanto las divergencias fácticas y legales de ambas.

Advierte que en aquella oportunidad -a través del Dictamen “P” N° 190 del 17/4/2015-, tuvo posición favorable en la tacha de inconstitucionalidad de las normas previstas en el art.14 segundo supuesto del CP y art. 56 bis de la Ley 24.660, por cuanto se advirtió la existencia de

un error legislativo al cancelar discrecionalmente, para una cierta categoría de delitos, la posibilidad de acceder a la libertad condicional. Se consideró que la reforma no superaba el test de razonabilidad, en tanto vulneraba garantías consagradas por nuestra Ley Suprema; más aún, tornaban inoperante el objetivo constitucional que persigue la ejecución de las penas privativas de libertad, esto es, la progresividad de la pena.

Precisa que los extremos que se pudieron verificar en aquella causa no concurren en esta. Destaca que si bien la nueva redacción de los artículos 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 (modificados por Ley 23735) se muestra similar, ya que, en definitiva, inhabilitan los beneficios comprendidos en el período de prueba para quienes cumplen penas por cierto catálogo de delitos, de las alternativas especiales relativas a la prisión discontinua o semidetención y la libertad condicional, no convierte a la ejecución de la pena sea inconstitucional en sí misma, atento existe una posibilidad razonable de progresividad de la pena en virtud de la incorporación del art. 56 *quater* (Ley 24.660 modificada por Ley 27.375) -norma no discutida por la defensa-.

Explica que el nuevo instituto “preparatorio para la liberación” anuncia un programa de tratamiento individualizado que permitirá que el reo en el último año del cumplimiento de la sanción y de forma gradual pueda acceder a salidas supervisadas y sin supervisión, pudiendo de ese modo adquirir un hábito de respeto a la ley. Para otorgar dicho beneficio, deberá seguirse la evolución en el tratamiento penitenciario del condenado, lo cual se instituye en la presente reforma como la expectativa principal que sirve de guía al correcto desempeño en el desarrollo de la ejecución de la pena siempre teniendo como norte la fecha de cumplimiento total de la pena y la libertad definitiva del condenado.

Esta nueva modalidad de morigeración de la pena –entiende– es suficiente para cumplimentar con el derecho del condenado a recuperar su libertad hasta su extinción total y en el marco de progresividad que la normativa penitenciaria persigue.

2. Luego, analiza la previsión del régimen diferencial a las personas condenadas por delitos

taxativamente establecidos, entre ellos, el delito de tenencia de estupefacientes (art. 5 de la Ley 23737). Observa que la defensa plantea que se vulneran los principios de igualdad y culpabilidad, tomando en cuenta el precedente “Aguirre” de esta Sala cuyos argumentos recuerda.

Señala que este tribunal, por unanimidad, justipreció que el legislador había realizado una “selección discriminatoria” respecto de los condenados de ciertos delitos, y allí destacó: “semejante exclusión no se sustenta en la gravedad de los delitos. Así lo evidencia que, si bien los excluidos lo son, existen otros delitos de igual o mayor gravedad contra los mismos bienes jurídicos, para cuyos condenados, en cambio, sí son posibles los beneficios cancelados a los condenados por los delitos comprendidos en el catálogo”.

En ese sentido, se contempló los casos que se encontraban abarcados abstractamente de la exclusión de los beneficios del período de prueba y los que no, versando la discusión en orden a la ausente “justificación racional en la gravedad del injusto, culpabilidad u otro fin con amparo constitucional”.

En el caso –asegura-, no se advierte cómo el nuevo sistema legislativo sería incompatible con el estándar que pregona la igualdad ante la ley (art. 16 de la CN).

La tradicional doctrina de nuestra Corte Suprema de la Nación repara en que la garantía constitucional del art. 16, implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias y que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o un indebido privilegio (CSJN, Fallos: 327:5118). Pues, la Constitución Nacional no establece derechos absolutos y todos los derechos en ella consagrados se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional.

De acuerdo a dichas pautas, resulta claro que las distinciones que efectúa el legislador o el

constituyente en los supuestos que estime, deben obedecer a una objetiva razón de diferenciación y ello sucede cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo.

El representante del Ministerio Público considera que la nueva normativa no resulta violatoria de la garantía de igualdad; esto así, desde que a los fines del régimen de progresividad de la pena, no discrimina entre la categoría de los condenados por delitos vinculados al narcotráfico (aquí comercialización de estupefacientes) y, que, la distinción que realiza de algunos delitos, responde a la mayor gravedad y en virtud de la especial exigencia de persecución de ciertos comportamientos cuya existencia repercute en el orden y la tranquilidad pública.

Reflexiona que de acuerdo a nuestro sistema constitucional, cualquier programa elemental de política criminal, debe ajustarse a ciertas condiciones básicas. Se trata de un sistema que establece los valores y bienes individuales (v. gr. la vida, la libertad) y sociales (v. gr. “la seguridad pública”) cuya tutela asume diversas formas y en donde la reparación se encuentra prevista en caso de ser vulnerados. Así, a partir de la noción de “bien jurídico protegido”, definido como “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (siguiendo a Von Liszt en Kierszenbaum, Mariano “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual” [Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, pp. 187/211]), el legislador clasifica aquéllas conductas que merecen mayor reproche penal.

Es discrecional de la función legislativa, la tipificación abstracta de las conductas prohibidas y su pena, tratándose de la etapa en la que cobra especial relevancia la finalidad preventiva general por la amenaza que la sanción supone (Jorge De La Rúa -Aida Tarditti; Derecho Penal -Parte General, tomo II, pág. 512-513). En tal quehacer, se encuentra también la de fijar los principios básicos uniformes en materia de ejecución penal (Obra cit. p. 596).

No resulta irrazonable –observa- que la decisión del legislador -en tanto forma parte de sus incumbencias- haya optado por establecer un régimen diferencial de ejecución de la pena a

aquéllos condenados por delitos cuyo grado de injusto atiende a la gravedad del delito y la extensión del daño. Asimismo, el mayor grado de culpabilidad de las conductas incluidas resultó otro parámetro que ha incidido en el legislador al incorporarlo como un factor de mediación de la sanción, prohibiéndoles obtener el beneficio de libertad condicional, aunque como se apuntó, sin quitarles la posibilidad de obtener salidas al medio social en el curso de su tratamiento.

3. En línea con el análisis que viene desarrollando, señala que no puede soslayarse que entre los fines y objetivos del Ministerio Público Fiscal (art. 120 de la CN) se encuentra la defensa de los intereses generales de la sociedad. Tal como lo reflejan prestigiosos catedráticos -en obra Manual de Derecho Procesal Penal Ed. 2003 -p.234-235-, su alcance es propio de un perfil funcional de agente público al servicio del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito, y es bajo esta visión que en el proceso penal el Ministerio Público Fiscal aboga un rol representante de la víctima.

En base a dicha directriz, recuerda que emitió opinión en lo que atañe a la persecución de los delitos de narcotráfico desfederalizados, a través del Recurso extraordinario presentado en contra de la decisión adoptada por el Alto Cuerpo Provincial en autos “Loyola Sergio Alejandro p.s.a. comercialización de estupefacientes -recurso de inconstitucionalidad”. En dicho razonamiento, al que conviene remitirnos en honor a la brevedad, se contuvo el aspecto aquí tratado, en tanto resaltar la especial gravedad que reviste la modalidad delictiva relacionada con el tráfico menudo de sustancias narcóticas (arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23.737).

4. En conclusión, el representante de la Fiscalía General no avizora razones suficientes para hacer efectiva la tacha de inconstitucionalidad que se pretende. Como se ha visto, a la luz de las prerrogativas convencionales aplicables al caso, el fastidio constitucional alegado resulta propio de una interpretación parcializada de la normativa aplicable, sobre la base de un precedente del Tribunal Superior de la provincia que no resulta de aplicación.

Queda claro –asegura- cuál fue el espíritu legislativo al modificar el régimen de ejecución

penal para una categoría de delitos. Ello, así como un modo de desalentar la repetición de conductas que, a juicio del parlamentario, ocurren en parte por un sistema que hasta la fecha no demostró ser eficiente para la correcta reinserción de los condenados. En tal sentido, se pudo observar que la alternativa propuesta no es incompatible con lo establecido por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Carta Magna, por ende, la injusticia alegada no ha logrado ser expuesta en autos.

El señor Fiscal Adjunto entiende que no se encuentra vulnerada ninguna de las garantías, emitiendo opinión contraria a la tacha constitucional del art. 14, inc. 10 del CP y 56 bis la Ley 24 660, de acuerdo a la Ley 27.375, conservando su eficacia en los presentes.

Como colofón, recuerda la tradicional doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como ‘última ratio’ del orden jurídico. Y está a cargo de quien invoca una irrazonabilidad la alegación y prueba respectiva; (...) pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia...”. Teniendo en cuenta estas premisas, se debe entender que la declaración de inconstitucionalidad debe reservarse sólo para aquellos casos en que “la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable...” (Fallos: 226:688; 42:73; 300:241, 1087, entre muchos otros).

**IV.** Previo ingresar al examen del recurso se efectúa una síntesis de las circunstancias relevantes de la causa:

**1.** La Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Bell Ville de esta provincia de Córdoba, en el marco de un juicio abreviado, con fecha 23 de octubre del año 2018, dictó la Sentencia n° 52 (copia de ff. 2/3 del cuerpo de ejecución) donde resolvió: *1) Declarar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de tenencia de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737), por el que viene acusado Nathan Santiago Gauna,*

*confeccionándose un nuevo marco punitivo por un mínimo de tres años y un máximo de diez años de reclusión o prisión, II) Declarar a Nathan Santiago Gauna, ya filiado, autor penalmente responsable del delito de estupefacientes con fines de comercialización (art. 45 del C. Penal y art. 5 inc. “c” segundo supuesto de la ley n° 23.737) por el que viniera requerido a fs. 112/121 vta. y condenarlo a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo.*

2. Una vez radicadas las actuaciones por ante el Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María (f. 12), el incoado *Nathan Santiago Gauna* presentó solicitud de libertad condicional (f. 14), al que se le imprimió trámite incorporándose los informes a fs. 17/28.

3. El tribunal corrió vista al Fiscal de Ejecución penal de esa ciudad, Dr. Horacio Vázquez (f. 29), quien dictaminó no se haga lugar al pedido efectuado por ser un caso atrapado en lo preceptuado por los arts. 14 ap. 10 del CP y 56 ap. 10 de la Ley 24.660 que impiden la libertad condicional (ff. 30/31).

4. Corrida vista a la defensa (f. 32), compareció la asesora letrada con competencia múltiple de tercer turno de la cuarta circunscripción judicial con asiento en la ciudad de Villa María, Dra. Silvina Muñoz (fs. 33/38) y presentó escrito intitulado “*Contesta vista – plantea inconstitucionalidad*”.

En lo que concierne, opinó -en prieta síntesis- que la reforma profundiza un sistema de ejecución penal diferenciada, contraria a lo estatuido por la CN y tratados internacionales, en tanto desatiende el fin resocializador de la pena.

Destacó que se requiere analizar su compatibilidad con el mandato de resocialización y de igualdad. Sostuvo que se alteran de manera esencial principios elementales sobre los que se estructura el Estado constitucional de derecho, como la razonabilidad y supremacía constitucional, legalidad ejecutiva, resocialización del condenado, igualdad, culpabilidad y derecho penal de acto, humanidad de la pena y progresividad del régimen penitenciario.

Consideró que si bien la Ley 27.375 fue promulgada y sancionada por autoridad competente,

ello no basta para que sea considerada racional. Apoyó su parecer sobre la base de doctrina que sostiene la idea de la necesidad de desmitificar el concepto de legislador “racional”, ya que esa noción impide, en muchas ocasiones, el análisis de los verdaderos factores económicos, políticos e ideológicos que pueden haber motivado el dictado de una determinada legislación. Según ese parámetro, postuló que el debate parlamentario fue promovido para satisfacer reclamos de las víctimas de delitos, presentado como una herramienta en respuesta de la inseguridad.

Seguidamente, planteó que la vulneración del régimen de progresividad y del principio de igualdad que pregonan, fue tratada por la Corte IDH en el caso “Suarez Rosero vs Ecuador” (Sentencia del 12/11/97, párrafo 98). En esa tesitura, a su entender, la reforma se debe analizar bajo los siguientes criterios: a) utilidad o adecuación de la intervención del derecho; b) necesidad o indispensabilidad de la medida restrictiva, c) y proporcionalidad en sentido estricto.

Con relación al primero de los apartados, aseveró que la restricción del penado a acceder a un egreso anticipado hasta prácticamente agotada la pena, no es idónea para alcanzar el fin tenido en cuenta por el legislador histórico, puesto que se trata de una solución simbólica sin cambiar ni el grado, ni la sensación de inseguridad que tiene la gente.

Respecto a la necesidad o indispensabilidad de la medida prevista en el 14, 2º supuesto del CP reparó en que la ley y la reglamentación penitenciaria cuenta con instrumentos de control suficiente para prevenir accesos a egresos anticipados de personas con pronóstico criminológico desfavorable.

En cuanto al principio de culpabilidad, compartió doctrina que postula los criterios retribucionistas admisibles exclusivamente en el momento de que el legislador conmina abstractamente los márgenes de pena o cuando el juez efectúa una individualización concreta de ella.

Peticionó se adopte la solución receptada por el TSJ sobre la base de argumentos similares en

la causa “Aguirre” (S. n° 434, 29/9/2015) y se haga lugar a lo solicitado. Finalmente, formula reservas de ley.

**5.** Del planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa, el tribunal corrió vista al Fiscal de Ejecución Penal Dr. Horacio Pedro Vázquez (f. 39) para que emita opinión.

Preliminarmente, con arreglo al criterio sustentado por la CSJN conforme el cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, anticipó su discrepancia con la defensa puesto que, entendió que el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del legislador resulta ajeno al control judicial (ff. 43/45).

En lo referido a la materia de narcotráfico, enfatizó en las razones de política criminal como respuesta a una razón objetiva de discriminación, que no se presenta arbitraria, sino fruto de la discreción legislativa, perteneciente a ese ámbito de debate y reservado a los otros poderes, destinada a combatir especialmente determinadas categorías de delitos, sin que ello implique falta de racionalidad o un error del legislador.

Consideró que las reglas cuestionadas no violan el principio de igualdad, reparando en que se trata del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones, pues los obstáculos se prevén para todo el que es condenado en función de los delitos previstos por los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23.737. Destacó que esa diferenciación ya se encontraba establecida en los arts. 13 CP y 17 Ley 24.660, al fijar diferentes plazos para el cumplimiento del requisito temporal para regímenes alternativos conforme al monto de la pena impuesta y recordó que, por imperio del art. 14, los condenados declarados reincidentes tampoco pueden acceder al régimen de libertad condicional, conforme fuera resuelto en innumerables oportunidades. Así, razonó que en el marco de la generalidad se presentan tratamientos distintos conforme cada uno de los colectivos identificados previamente por la ley.

Así, descartó la inconstitucionalidad alegada, bajo la tesitura que las reglas cuestionadas no violentan el principio de resocialización, ya que no se trata de un supuesto de pena perpetua y

el condenado se reincorporará al elenco social al momento de agotamiento de la pena con capacidad de comprender y respetar la ley.

**La resolución impugnada:**

Con fecha 15 de marzo del año 2019 el titular del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María, Dr. Arturo Ferreyra dictó el Auto n° 111 (ff. 50/54) por el que dispuso, en lo que nos interesa: *I) Rechazar el planteo de constitucionalidad del art. 14 del Código Penal y 56 bis de la Ley 24.660 interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de Tercer Turno, Dra. Silvina Muñoz, en su condición de defensora del interno Gauna, Nathan Santiago. II) Rechazar el beneficio de libertad condicional al interno Gauna Nathan Santiago, legajo n° 76.875 por improcedente (art. 13 ss. y cc, a contrario sensu, del CP).*

Respecto el planteo de inconstitucionalidad, tuvo en cuenta, preliminarmente la doctrina del Alto Tribunal que lo proclama como un acto de suma gravedad y de carácter restrictivo.

Bajo ese parámetro consideró que no se veía afectado el principio de igualdad y advirtió que la normativa impugnada prevé iguales obstáculos para todo el que sea condenado en función de los mismos delitos, ello, inspirado en razones de política criminal, potestad exclusiva de un poder del Estado que no es el judicial.

Respecto del carácter resocializador de la pena, no negó que reviste especial importancia durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad, y si bien consideró que en función de ello la normativa podría ser objetada, en tanto se impide acceder al beneficio de la libertad anticipada a las personas condenadas por determinados delitos desde el punto de vista de la elección política-criminal, desde la perspectiva constitucional no ocasiona perjuicio alguno, ya que aquéllas cuentan con la posibilidad de ser incorporados al régimen preparatorio para la liberación (art. 56 *quáter* de la Ley 24.660), que elabora un programa específico de carácter individual, que tiene en cuenta la gravedad del delito cometido, dando permiso a un mayor contacto con el mundo exterior y que se implementa un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado cumpla una serie de requisitos.

Consideró que estos mecanismos buscan paliar las consecuencias desocializadoras del encierro carcelario lo cual significa el respeto al derecho a la no prisionización.

**V.1.** De la atenta lectura del libelo recursivo, surge que la defensa evidencia su disconformidad con la negativa del juez de ejecución a la declaración de inconstitucionalidad postulada, cuestionando su razonamiento.

La recurrente denuncia los arts. 14, segundo supuesto, inc. 10 del CP y 56 bis inc. 10 de la Ley 24.660, según Ley 27.375, pues considera que son contrarios a garantías y derechos consagrados en normativa internacional que implican un retroceso en materia de ejecución penitenciaria y defensa de los derechos humanos de los condenados. Además –agrega-, violentan los principios de igualdad, humanidad, progresividad y fin resocializador de las penas, pues la discriminación de delitos efectuada no supera ningún test de razonabilidad. En sustento de su postura acude al fallo de esta Sala “Aguirre”, S. n° 434, del 29/9/2015, que declaró la inconstitucionalidad de dichas normas con anterioridad a la Ley 27.375, y asegura que el nuevo art. 56 *quáter* de la Ley 24.660 resulta ineficaz para alcanzar los fines de la pena.

El escrito de la defensora –tal como destaca el señor fiscal en su dictamen- reúne todos los requisitos formales establecidos legalmente, esto es, temporalidad, impugnabilidad objetiva y subjetiva y oportunidad, desde que la inconstitucionalidad fue planteada desde la primera etapa procesal pertinente y se cuenta con una resolución adversa a su pretensión.

**2.** Previo ingresar al análisis de la cuestión planteada resulta necesario efectuar algunas consideraciones.

Esta Sala ha expresado en reiteradas oportunidades que la discusión sobre la constitucionalidad de las normas locales o federales, en contra de resoluciones definitivas o equiparables a tal o de autos mencionados en el art. 469, sólo podrá efectuarse a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 483 del CPP (Cfr. TSJ, Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, 11/12/1997; “Acción de Amparo presentada por Jorge Castiñeira” A.

n° 178 del 3/5/2001; “Delsorci”, A. n° 365, 20/9/2001; entre otros); siempre que la decisión fuere contraria a la pretensión del recurrente.

El recurso de inconstitucionalidad es una vía incidental para traer la materia constitucional. Para su procedencia la resolución judicial recurrida debe haberse pronunciado en forma contraria a la pretensión del recurrente; debe existir una decisión adversa.

Es necesario recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como “última ratio” del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse sólo para aquellos casos en que la “repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

Se ha sostenido en la jurisprudencia de este Tribunal Superior en cuestiones relativas al control de constitucionalidad de las leyes penales en orden a la fijación de los marcos punitivos o la exclusión de ciertos beneficios (libertad condicional) durante la ejecución de las penas privativas de libertad, que no se trata de controvertir por los jueces el mérito, la conveniencia o la discrecionalidad de los legisladores, sino de reparar el error legislativo a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego.

De allí que en este ámbito de potestades discrecionales legislativas, el marco punitivo o la exclusión de un beneficio para la declaración de inconstitucionalidad deben presentar una irrazonabilidad e inequidad manifiesta (CSJN, “Martínez, José Martín”, Fallos 312:826, del Voto del Dr. Fayt que concurre a formar la mayoría del Alto Tribunal; TSJ, en pleno, “Toledo”, S. n° 148, 20/7/2008), que torne al caso aplicable la denominada regla de la clara equivocación, conforme a la cual *“sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional”*, en cuyo caso *“la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable”* (Thayer, J.B., “The origin and scope of the american doctrine of constitutional

law”, Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, “El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss).

En el caso bajo examen, la recurrente con anterioridad a esta instancia efectuó el planteo de inconstitucionalidad de las normas referenciadas, pero el juez de ejecución se expidió a favor de la regularidad constitucional de los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660, motivo por el cual insiste en esta ocasión.

**3.** Sorteados los requisitos de admisibilidad formal de la vía introducida, corresponde ingresar al examen de la cuestión planteada.

Respecto de los arts. 14, 2da. Parte del CP y 56 bis de la Ley 24.660, ya se expidió esta Sala a partir del precedente Aguirre (S. n° 434, del 29/9/2015) declarando su inconstitucionalidad pues se consideraron violatorias de la garantía de igualdad ante la ley y los principios de progresividad, proporcionalidad y humanidad, y el mandato de resocialización.

Si bien esta resolución resulta anterior a la modificación de la Ley de Ejecución Penal n° 24.660, propiciada por Ley 27.375, se mantienen los motivos allí establecidos, pues la nueva ley no ha traído solución alguna a la argumentación que tacha de inconstitucional aquellas normas.

A partir de la causa Aguirre, se sostuvo que:

El art. 16 CN consagra el principio de Igualdad, lo que la CSJN ha definido como “...*el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias de ellos*” (Fallos 16:118; 124:122; 127:18 y 167; 150:122; 161:148; 183:95; 191:233; 211:589 entre otros). Hemos sostenido que en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato. Empero, se destacó

que la norma debe ser interpretada como lo expusiera destacada doctrina comparada, ya que *“...no implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, siempre que la diferencia de tratamiento esté justificada legal y constitucionalmente y no sea desproporcionada con el fin que se persiga”* (López González, José Ignacio, “El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Nro. 52, año 1988, pág. 67; TSJ, Sala Penal, “Prosdócimo”, S. n° 27, 24/4/1998; “Martínez Minetti”, S. n° 51, 23/6/2000; “Acción de amparo interpuesta por Danguise, Oscar Alfredo c/ A.D.A.C. y otros”; S. n° 82, 20/9/2000; “Lavra”, S. n° 101, 3/12/2002; TSJ, en pleno, “Toledo”, S. n° 148, 20/7/2008). En síntesis se ha sostenido que *“...la protección del derecho de igualdad, del derecho constitucional a la no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: si la diferencia de trato está dotada de una justificación objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente; y si existe la debida proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen...”* (TSJ, Sala Contencioso-administrativo, “Ludueña de Miniki, Esther Elba c/ Provincia de Córdoba”, S. n° 68, 23/10/1997; Sala Penal, “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/6/2000; “Danguisse c/ADAC”, S. 82, 20/9/2000. Cfr. López González, José Ignacio, ob. cit., pág. 67).

Siendo así las cosas, la exclusión abstracta de un catálogo de delitos con la consiguiente cancelación de los beneficios que durante la ejecución de la pena privativa de libertad se confiere en virtud del principio de progresividad, tal como se encuentra contemplada, vulnera la igualdad ante la ley por configurar una discriminación irrazonable.

Como es sabido, la progresividad del régimen penitenciario fue receptada en las *Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos* de Naciones Unidas adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra,

1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31/7/1957 y 2076 (LXII) de 13/5/1977), en tanto establecen que el régimen “*debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona*” y, por ello, que “*antes del término de la ejecución de una pena o medida*” se adopten “*los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad*” (numeral 60).

También ha sido receptada por el Código Penal en la libertad condicional y por la Ley 24.660 (de ejecución penitenciaria) ya que se trata de una característica central de la ejecución de la pena privativa de libertad, porque implica gradualmente la flexibilización del encierro carcelario y posibilita que, bajo ciertas condiciones generalmente conectadas con el tiempo de cumplimiento y comportamiento (conducta y concepto), el interno pueda acceder a modalidades menos rigurosas de cumplimiento de la pena (alternativas especiales), las salidas transitorias y diferentes formas de libertades anticipadas reinsertándose en el medio libre positivamente aunque con restricciones.

Repárese en que dicha normativa penitenciaria, no sólo consagra la progresividad como un principio para todo el tratamiento penitenciario en general –en sentido amplio–, sino que lo introduce como el criterio central la división de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en los cuatro períodos que establece en su art. 12 y ss. (observación, tratamiento propiamente dicho, prueba y libertad condicional).

Ante ello se advierte que las reglas objetadas, cancelan abstractamente esenciales beneficios del período de prueba que se encuentra situado en el último tramo de la ejecución de la pena privativa de libertad, consistente en un conjunto de alternativas que flexibilizan el encierro carcelario para atenuar sus consecuencias desocializadoras, como por ejemplo la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente que se basen en el principio de autodisciplina (penal abierto o semiabierto), las salidas transitorias y

la incorporación al régimen de semilibertad, asimismo deniega todas las posibilidades de las libertades anticipadas (libertad condicional y asistida).

Sin embargo, semejante exclusión no se sustenta en la gravedad de los delitos. Así lo evidencia que si bien los excluidos lo son, existen otros delitos de igual o mayor gravedad contra los mismos bienes jurídicos, para cuyos condenados, en cambio, sí son posibles los beneficios cancelados a los condenados por los delitos comprendidos en el catálogo.

En ese sentido, el art. 14 CP sólo selecciona dentro de los homicidios más graves punidos con pena perpetua al grupo de homicidios (previstos en los arts. CP 80 inc. 7° -*criminis causae*-, 124 -resultante de un abuso sexual-, 142 bis -causado intencionalmente en torno a un secuestro (142 según DJA)- y 170 CP -causado intencionalmente en el marco de un secuestro extorsivo-, textos según Ley 25.893) y entre los delitos con pena temporal uno solo, homicidio en ocasión del robo (art. 165 CP). No obstante, otros supuestos de homicidio previstos en el art. 80 CP que revisten la misma gravedad del supuesto *criminis causae* –como se infiere de la idéntica respuesta punitiva dispuesta por el legislador– no resultan afectados por esas restricciones del art. 14 CP. Incluso existen otros injustos de mayor gravedad que no integran el catálogo, en referencia a los comprendidos en el Estatuto de Roma y en los que la Ley n° 26.200 individualizó la prisión perpetua, para cuyos condenados se mantienen los beneficios del período de prueba y las libertades anticipadas.

Por consiguiente, resulta evidente que las restricciones aludidas constituyen una selección discriminatoria porque, a esos efectos restrictivos, se incluye un grupo de delitos graves pero de igual e incluso de menor lesividad por la referencia mencionada, sin que se avizore que responda tampoco a una mayor culpabilidad por acto. Y por ende, la aplicación de esas exclusiones al caso, resulta claramente vulnerante de la garantía de igualdad ante la ley del art. 14 CN, por las razones que se han señalado.

Es que, como con acierto se ha dicho, a la luz de dicha garantía constitucional, no resulta tolerable que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o

soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió (arg. conf. Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Ed. Del Puerto, 2006, p. 304).

Lo señalado es argumento suficiente para la descalificación constitucional de estas reglas, en lo que al caso concierne, esto es para denegar la libertad condicional (y la libertad asistida en el futuro) a un condenado a una pena temporal de catorce años y otros beneficios del periodo de prueba, eliminando abstractamente todos los beneficios de la progresividad del régimen a partir del citado período de prueba sin justificación racional en la gravedad del injusto, culpabilidad u otro fin con amparo constitucional.

4. La defensora de Gauna –como se anticipó–, sigue los lineamientos del precedente Aguirre y desarrolla nuevos argumentos para refutar las razones del Juez de Ejecución, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los nuevos artículos modificados por la Ley 27.375. En esa dirección, destaca que el nuevo art. 56 *quáter* resulta insuficiente para respetar la progresividad proclamada por la Ley 24.660 y para alcanzar los fines de resocialización de las penas.

5. Al igual que sucedió con las Leyes 25.892 y 25.948, la sanción de la Ley 27.375 (BO: 28/7/2017), obedeció a intereses políticos “justificados” en demandas sociales fortalecidas desde sectores mediáticos. La flamante normativa presenta nuevas reglas restrictivas para el acceso a los institutos del período de prueba del régimen penitenciario (salidas transitorias, semilibertad), a algunas alternativas para situaciones especiales (prisión discontinua, semidetención), a la libertad condicional y a la libertad asistida (Art. 56 bis LEP y Art. 14, 2º párrafo CP), soslayando las normas y principios penales y constitucionales existentes.

Sin embargo, pretendiendo evadir ulteriores objeciones de constitucionalidad, también regula un peculiar “*régimen preparatorio para la libertad*” de los condenados por determinados delitos -catálogo preestablecido- (art. 56 *quáter* LEP).

En cuanto a las restricciones señaladas, el legislador aumenta -en comparación con la

normativa anterior- la nómina de los delitos considerados “graves” e incluye otros de menor gravedad que “*equipara*” en cuanto a sus efectos, al prohibir a los condenados por esos delitos la incorporación al período de prueba del régimen penitenciario, prisión discontinua, semidetención, libertad condicional y asistida.

Pese al diferente nivel de injusto de las categorías delictivas incluidas, conforme los bienes jurídicos tutelados y sus penas, sin una razón válida se les otorga las mismas consecuencias penitenciarias.

Los delitos considerados por los derogados arts. 14 del CP y 56 bis LEP, coincidían en el sentido de que tenían como denominador común, la muerte de la víctima y además estaban sancionados con pena perpetua, con excepción del homicidio con motivo o en ocasión de robo del art. 165 CP, que tiene sanción temporal.

La nueva selección de delitos, conforme las normas vigentes, resulta absolutamente aleatoria e incomprensible y evidencia la manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada.

En efecto, analizando el contenido de los artículos en crisis se observa que el legislador incluye todos los homicidios calificados (art. 80 CP) y figuras calificadas por el resultado muerte, hipótesis que parecerían referir a los delitos de mayor gravedad; sin embargo, también se consideran otros delitos en los que no hay resultado mortal como, delitos contra la integridad sexual, inc. 2º; delitos vinculados a la criminalidad organizada incs. 7, 8 y 9; delitos vinculados al narcotráfico –inc. 10º-. En relación a los hechos de narcotráfico –como el de autos- se priva de beneficios tanto a los ilícitos de micro como macrotráfico, no obstante su diferente grado de injusto.

Como se observa, la selección, ya no puede relacionarse con la gravedad de las sanciones por la variedad de las conductas previstas y sus distintas consecuencias, resultando imposible, entonces, encontrar un motivo lógico para su equitativa consideración en cuanto a los efectos restrictivos de beneficios; ello lesiona principios fundamentales y determina

indefectiblemente su tacha de inconstitucionalidad.

Recordemos que a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha otorgado rango constitucional a declaraciones, tratados y convenciones, que contienen nuevas garantías y desarrollan más profundamente el contenido del art. 18 de la Carta Fundamental.

En lo que aquí respecta, se establecieron de manera expresa los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad (art. 6 Ley 24.660), que deben regir como pauta orientadora de la actividad de los órganos estatales que intervienen en la ejecución, siendo la resocialización y readaptación social del condenado, su principal finalidad (artículos 5.6 de la CADH, 10.3 del PICDCyP y 1° de la Ley 24.660). Dentro de la ejecución, la libertad condicional aparece como la fase final de dicho programa (art. 12, Ley 24.660), que sólo admite ser limitada con un fundamento razonable. Ello no ocurre con el segundo supuesto del nuevo artículo 14 del CP pues la exclusión se sustenta en la sola tipología delictiva, sin mirar condición personal alguna del penado, ni circunstancia de otra índole que así lo amerite. Esto importa una afectación del principio de igualdad (arts. 16 y 75 inc. 22 de la CN; 11 DADH; 7° DUDH; 3° y 14.1 PIDCyP; 8°.2 CADH; 7 Const. Pcial.), pues quien comete un delito del catálogo seleccionado se encuentra en una situación más desfavorable que quien opta por cualquier otro y equiparado a quien es, además, reincidente. Tal diferencia de trato no está dotada de una justificación objetiva y razonable y tampoco se observa una debida proporcionalidad entre la distinción que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen.

No es posible extraer el fundamento de estas normas toda vez que se agrupan delitos de los cuales no puede predicarse una misma razón que muestre con claridad cuál ha sido el paradigma que ha orientado su selección como impeditiva de beneficios.

La sola comisión de alguna de las hipótesis incluidas en la nómina de las normas cuestionadas importaría sin mas el rechazo de toda solicitud de solturas anticipadas o de acceso a situaciones especiales sin importar el contexto particular de cada interno.

Conforme los objetivos legales y convencionales señalados para las penas privativas de la libertad, es conveniente que antes del término de la ejecución de una sanción, se adopten los medios necesarios para asegurar al imputado un retorno progresivo a la vida en sociedad.

La progresividad del régimen penitenciario debería contar con la flexibilidad suficiente para posibilitar el avance del interno, sustentado en un programa de tratamiento individualizado que dé lugar a que su propio esfuerzo, sus condiciones personales y sus necesidades, sean el motor de ese avance; siendo por regla general, que el último tramo del cumplimiento de la pena lo sea en libertad, bajo alguno de los institutos pertinentes.

En consecuencia, el rechazo de beneficios no puede fundarse en la exclusiva circunstancia que el interno haya sido condenado por un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente al texto legal de los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 –según Ley 27.375-, se vería cercenada toda oportunidad de acceder a instituto liberatorio alguno.

Así, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que éste alcance en base a su comportamiento intramuros, dado que de cualquier forma, se encontraría imposibilitado.

Esta exclusión de determinados sujetos, atento el tipo de delito cometido, de la expectativa de obtener derechos penitenciarios de egreso anticipado, importa un significativo desmedro del sistema de ejecución progresivo de penas privativas de libertad, aplicable sin interesar cual fuere el delito juzgado y la sanción penal impuesta (art. 12 LEP)-, ya que ahora es la “misma” ley la que le priva al condenado del estímulo que representa la posibilidad de “diseñar” voluntariamente la forma de cómo va a cumplir su encierro.

La referencia a la mera naturaleza del delito castigado como fundamento discriminador importa sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios respecto del colectivo conformado por los condenados señalados en las normas criticadas, perspectiva incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria de nuestro sistema penal.

Alderete Lobo resalta que *“probablemente, uno de los aspectos que evidencia de modo más notorio el absoluto desconocimiento teórico de los promotores de esta reforma sea la contradicción insalvable que implica declamar, por un lado, la vigencia del régimen progresivo y, al mismo tiempo, amputar groseramente una de sus notas distintivas, esenciales: la posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada”* (ALDERETE LOBO, Rubén A., *“Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”*, *El debido proceso penal*, vol. 5, Dirección: Ángela Ledesma, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 190-191).

La discriminación señalada de los condenados, principalmente, por delitos graves importa en los hechos, prácticamente, una verdadera pena perpetua incompatible con nuestro sistema constitucional pues se trata de penas que deben ser cumplidas casi en su totalidad.

Se trata de una legislación asentada en criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor que afecta el principio de culpabilidad en su función limitadora de la duración de las penas (LASCANO, Carlos J. (h), *“El nuevo régimen de la libertad condicional. Ley 25.892”*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V, N° 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 166-167.)

Por su parte, Alderete Lobo, luego de examinar críticamente la reforma introducida por la Ley 27.375, entiende que *“la reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia”*, para después aseverar enfáticamente que *“como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona”* (ALDERETE LOBO, Rubén A., *“Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”*, *El debido proceso penal*, vol. 5, Dirección: Ángela Ledesma, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 197).

En esa dirección agrega: *“La norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar a todos los presos, con independencia del delito cometido”*. Por ello, *“una vez que se asume, en el orden interno, que el régimen progresivo es la herramienta de reinserción social, se sigue una prohibición al legislador de establecer “direcciones resocializadoras más restrictivas o diferenciadas” que priven de manera general y absoluta el acceso a los institutos de derecho penitenciario por él creados, sobre la base de clasificaciones no relacionadas con el desempeño del interno durante la ejecución de la pena”*. Concluyendo: *“El principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN es la apoyatura de esta prohibición” (Ibidem p. 199)*.

Igualmente se afecta la humanidad de las penas, otro de los principios rectores de la ejecución penitenciaria derivado de la constitución nacional, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y receptado por el art. 9 LEP mediante el cual se pone de resalto la obligación de respetar la dignidad humana del penado y de promover una política penitenciaria humanista, que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La lesión a dicho principio se evidencia en esta normativa al pretender que después de casi media vida entre rejas una persona condenada a pena perpetua -penalidad prevista para la mayoría de los delitos graves incluidos en la nómina- pueda reinsertarse en la sociedad bajo la modalidad del novedoso “Régimen preparatorio para la liberación” previsto en el Art. 56 *quáter* LEP, lo que pareciera ilusorio.

Ambas normas en crisis, tanto la cláusula restrictiva de la Ley Penitenciaria (art. 56 *bis*) como el limitativo precepto regulado en el código penal para la libertad condicional (art. 14, segundo párrafo CP), visualizan en la praxis una pena capital, ya que el encierro prolongado o a perpetuidad importa la aniquilación física, psíquica, civil y social de la persona; tiñendo de inhumana esta modalidad segregativa de ejecución del encierro y haciéndola totalmente

contraria a nuestra antropología constitucional.

En este sentido, Cesano sostiene que: “...*la posibilidad de perpetuidad existencial del encierro importa, directamente, tolerar la regresión hacia objetivos preventivos especiales negativos, que se identifican con la idea misma de inocuización; concepto que, a su vez, no resiste el más mínimo análisis desde la óptica de este principio constitucional (humanidad)*”, CESANO, José Daniel, “*El nuevo régimen de la Libertad Condicional (Ley 25.892)*”, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2005, p. 324).

Recordemos que el fundamento defendido para sustentar la vigencia de las penas perpetuas lo representaba la expectativa legal de que la persona condenada pueda retornar al medio libre antes del cumplimiento de la grave sanción penal impuesta, primero a través de institutos de salidas anticipadas (salidas transitorias y semilibertad), y *principalmente* mediante la *libertad condicional* -incluso reconocida para los multirreincidentes- y, en los penados reincidentes, vedados de aquélla, la libertad asistida. A través de dicho razonamiento, la pena perpetua en realidad no era tal.

Sin embargo, con las nuevas reglas de juego impuestas por el legislador y sin perjuicio del limitado alcance del particular “Régimen preparatorio para la liberación” (Art. 56 *quáter* LEP), conforme la mera naturaleza del ilícito, un interno condenado por determinado delito grave no podrá acceder a ninguna de las salidas anticipadas previstas legalmente. El castigo, en estos casos, se transforma en un encierro a perpetuidad dado su efecto absolutamente irreversible.

Ello, claramente no supera test de constitucionalidad alguno, desconociendo la vigencia del régimen progresivo.

Esa irrazonabilidad es aún más patente en relación a los delitos equiparados a los más graves que cuentan con penas de menor entidad (p/ej., abuso sexual simple, promoción y facilitación de la prostitución, pornografía infantil, tráfico de estupefacientes, contrabando agravado, financiación de actividades terroristas, etc.).

Así, la nueva legislación trasluce criterios peligrosistas, incompatibles con los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro sistema jurídico. En base a diferenciaciones que exceden los parámetros de un Derecho Penal de acto y que se sustentan en cualidades personales que supuestamente detentarían los autores de determinados delitos, se ha pretendido indebidamente otorgar un trato diferencial y desigual, operando en tales condiciones como una suerte de presunción iure et de iure en su contra. La Ley 27.375 ha desvirtuado el derecho fundamental de todo condenado expresamente previsto en la Carta Magna, de cumplir su pena dentro un sistema progresivo de ejecución, donde merced a su evolución personal se posibilite su tránsito paulatino hacia modalidades menos restrictivas de su libertad personal.

6. En relación al nuevo art. 56 *quáter* incorporado por Ley 27.375, en las penas temporales resulta ilusorio creer que las finalidades primordiales de la pena, esto es, resocialización, readaptación, reeducación social del condenado puedan encontrar satisfacción por la vía del régimen preparatorio para la liberación que pretende preparar para el retorno a la sociedad en tan sólo un año a aquellos castigados con penas de extrema severidad (art. 56 *quáter*), entre otras modificaciones.

Pretender compatibilizar dos expresiones, “progresividad” y “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” que, conforme su naturaleza, son irreconciliables, muestra una insalvable contradicción, que, no puede tener cabida alguna dentro de nuestro sistema constitucional. Se cancela el régimen progresivo. Prácticamente desaparece el último periodo de la Ley 24.660 siendo reemplazado por un tiempo mínimo de 1 año (art. 56 *quáter*).

7. En el caso, se condenó a Nathan Santiago Gauna como autor responsable de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inc. “c”, segundo supuesto de la Ley 23.737) y previo declarar el tribunal la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para dicho delito se le impuso la sanción de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo.

Al momento de solicitar la defensora se le otorgue la libertad condicional, no obstante contar

con informes positivos se le negó la concesión del beneficio por la naturaleza del delito cometido sin importar las características personales de Gauna y su comportamiento intramuros. A su vez, el plazo de un año para el beneficio del art. 56 *quáter*, es idéntico para un delito grave (por ejemplo homicidio simple), que para este delito de menor gravedad de peligro o daño hipotético (tenencia con fines de comercialización).

La irrazonabilidad de esta negativa luce patente al punto que se le podría permitir –conforme la tipología delictiva y el monto de la sanción- gozar de una condena de ejecución condicional pero no de la libertad condicional ni, en su momento, de la libertad asistida.

Los argumentos esgrimidos resultan suficientes para la descalificación constitucional de las normas cuestionadas: art. 14, 2º supuesto, inc. 10º CP y 56 bis, inc. 10º Ley 24.660 (texto según Ley 27.375) en favor de Nathan Santiago Gauna.

Así votamos.

#### **A LA SEGUNDA CUESTIÓN:**

**Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati, Aída Tarditti, Sebastián López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesin y Luis Eugenio Angulo dijeron:**

**I.** En virtud de la votación que antecede corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asesora Letrada Penal, Dra. Silvina Muñoz en favor de su asistido Nathan Santiago Gauna, en contra del Auto n° 111, del 15 de marzo de 2019 del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María.

**II.** Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 10 del CP y 56 bis, inc. 10 de la Ley 24.660, en cuanto excluyen al prevenido Nathan Santiago Gauna de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba –respectivamente- debiendo remitir la causa al Tribunal de Ejecución a sus efectos.

**III.** Sin costas, debido al éxito obtenido en la Alzada (arts. 550 y 551, CPP).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia en Pleno;

**RESUELVE:**

**I.** Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la asesora letrada penal, doctora Silvina Muñoz, en favor de su asistido Nathan Santiago Gauna, en contra del Auto n° 111, del 15 de marzo de 2019 del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María.

**II.** Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 10 del CP y 56 bis, inc. 10 de la Ley 24.660, en cuanto excluyen al prevenido Nathan Santiago Gauna de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba –respectivamente- debiendo remitir la causa al Tribunal de Ejecución a sus efectos.

**III.** Sin costas (arts. 550 y 551, CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

CACERES de BOLLATI, María Marta  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ANGULO MARTIN, Luis Eugenio  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María  
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J