

SALIDAS TRANSITORIAS. ART. 56 BIS LEY 24.660. CONSTITUCIONALIDAD.  
DISIDENCIA.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala III (CPenalRosario)  
(SalaIII)

Fecha: 27/12/2012

Partes: B, M. L s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias

Publicado en: LLLitoral 2013 (abril), 339

Cita Online: AR/JUR/78398/2012

Hechos:

El condenado por homicidio en ocasión de robo apeló la resolución que rechazó su incorporación al régimen de salidas transitorias. El Juez de Ejecución fundó la negativa en el art. 56 bis de la ley 24.660, incorporado por la ley 25.948, en cuanto establece que no podrán otorgarse los beneficios a los condenados por los delitos allí enumerados. Tal decisión es apelada por el penado, por lo que solicita su revocación y la declaración de inconstitucionalidad del mencionado artículo. La Cámara, por mayoría, confirmó el fallo.

Sumarios:

1. La normativa incorporada por el artículo 56 bis de la Ley 24.660, en cuanto niega y obstaculiza determinados beneficios para penados que han cometido delitos gravísimos —en el caso, homicidio en ocasión de robo— no puede estimarse inconstitucional, si fue dictada siguiendo las etapas que el ordenamiento constitucional prevé con la intervención de los poderes del Estado en un sistema republicano, pues por tratarse de una expresa prohibición, no cumplirla importaría arbitrariedad, consistente en la negación del principio lógico de vigencia.

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Corte Suprema en “Lapadu, Oscar Eduardo c. Dirección Nacional de Gendarmería”, 23/12/2004, La Ley Online, AR/JUR/13719/2004, sostuvo que si bien los jueces tienen la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, la Corte Suprema ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda, debe estarse por su constitucionalidad, debiendo sólo

acudirse a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

(\*) Información a la época del fallo

2. Declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis inciso 4° de la ley 24.660, implicaría una intromisión en las facultades del Poder Legislativo, incompatible con el concepto de República y de división de poderes, pues ello no esta dentro las pautas de control de constitucionalidad del Poder Judicial (del voto del Dr. Prunotto).

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Corte Suprema en“Lapadu, Oscar Eduardo c. Dirección Nacional de Gendarmería”, 23/12/2004, La Ley Online, AR/JUR/13719/2004, sostuvo que si bien los jueces tienen la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, la Corte Suprema ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda, debe estarse por su constitucionalidad, debiendo sólo acudirse a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

(\*) Información a la época del fallo

3. 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 (del voto en disidencia del Dr. Ríos).

Texto Completo: Rosario, diciembre 27 de 2012.

Voto del doctor Crippa García:

Que el Sr. M. L. B. solicita el otorgamiento de salidas transitorias en el cumplimiento o ejecución de la pena de doce años de prisión, con declaración de reincidente, que le fuera impuesta al ser declarado penalmente responsable de la comisión del delito de robo agravado por homicidio resultante (Vide fjs. 1); agregados los informes; con el apoyo de la Sra. Defensora (Vide fjs. 19/20), y la oposición del Ministerio Fiscal de grado (Vide fjs. 16 vta), el Dr. Arri, Juez de Ejecución de la ciudad de Coronda, dispone

acoger lo dispuesto por la Dirección del Establecimiento mediante resolución n° 1272/12 (Vide fjs. 15), consistente en no proponer la incorporación de la salida transitoria peticionada (Vide fjs. 21/22).

Tal decisión es apelada por el penado, y llegados los autos a la Alzada, la Dra. De Luca, se agravia del rechazo fundado en la prohibición de la norma del artículo 56 bis de la Ley 24.660, ya que afirma que sin pedir la declaración de inconstitucionalidad, todo está supeditado al alcance que se le dé a esa norma, pues la judicatura es saber elegir, y la que debe darse es la que más hace al valor justicia, siendo excesivamente rigorista, por lo que solicita la revocación de la decisión y la declaración de inconstitucionalidad (Vide fjs. 27/28).

El Sr. Fiscal de Cámaras, por su parte, expone que el pronunciamiento del Juez de Ejecución resulta válido y ajustado a derecho pero que, sin dejar de reconocer la gravedad de los hechos para los que se ha previsto la limitación, ello atenta contra los fines de la ley penitenciaria nacional, en cuanto afecta la procura de una adecuada reinserción social del condenado, por lo que, para el caso de ser declarada la inconstitucionalidad de la norma en cuestión estarían o sería viable el otorgamiento de las salidas transitorias (Vide fjs. 30).

Habiendo procedido a la lectura de los presentes advierto que el planteo y los argumentos son similares a los que recientemente se ha tratado en la causa “Sanchez Pablo Andrés s/salidas transitorias” (Auto n° 411 del 3.12.2012), en lo que también se cuestionaba la decisión del Sr. Juez de Ejecución de Coronda, Dr. Arri, por la aplicación de la ley, donde expuse mi opinión confirmatoria, por lo que son plena e íntegramente aplicables los argumentos y fundamentos allí expuestos.

Más allá de reiterar mi preocupación una vez más, ante las calificaciones de conducta y concepto que vienen definiendo el o los organismos carcelarios, casi siempre ejemplares, pero que no lograr explicar por ejemplo en el caso, como es posible ello cuando ha tenido sanciones notables y reiteradas por destrucción de elementos del Estado, mediante intento de incendio, amenazas al personal penitenciario, desobediencias, negarse a ingresar al pabellón —en siete oportunidades—, haber ingerido psicotrópicos en grado tal que ameritaron su internación en el hospital “Cullen” de Santa Fe, inicialmente en estado de coma (Vide fjs. 55 expediente agregado por cuerda), y riñas; lo que impide contar con calificaciones serias y sustentadas, que hablen además no del simple transcurrir diario en prisión, sino de las respuestas al tratamiento, en cuanto hace al grado de avance en la comprensión del respeto a la ley y

a la convivencia, esencialmente a partir de una vida dedicada al delito, que nos muestra una planilla prontuarial conteniendo 18 hechos, y que han culminado en causar el más grave de los delitos, la muerte de una persona; persona que además ha estado con un fuerte consumo —como lo ha hecho en detención en grado tal que implicó, como he indicado— de sustancias, que han tenido consecuencias en secuelas observables a nivel cognitivo-psicológico que explican sus reacciones más impulsivas (Vide fjs. 3), y que debieron ser también valoradas por un psiquiatra que necesariamente debe integrar el Organismo según lo previsto en el artículo 185 inc. 2 de la Ley Penitenciaria, que también prevé la participación de un educador y un abogado; falencias y omisiones que, reitero, no permiten contar debidamente con un panorama que sea real, no meramente formal y que nos indique el grado de recuperación y de falta de peligro para la sociedad. La normativa incorporada por el artículo 56 bis de la Ley 24.660, en cuanto niega y obstaculiza determinados beneficios para penados que han cometido delitos gravísimos, como es quitar la vida a otras personas ha sido dictada por el Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante la Ley 25.948, o sea, siguiendo las etapas que el ordenamiento constitucional prevé con la intervención de los poderes del Estado, en un sistema republicano, de manera que no puede estimarse la hipótesis de inconstitucionalidad, ni de que manera se afectan derechos, advirtiéndose por ejemplo en el caso, que B. ya ha sido autorizado y llevado al domicilio de sus familiares tres veces.

Cabe además recordar, que las normas de la Ley 24.660, donde está inserto el artículo 56 bis, integran la ley penal sustancial, según lo dispuesto por el artículo 229 de ese texto legal, plenamente observable; debiendo atenderse por su íntima conexión, otra prohibición, como la que establece el artículo 14 del C.Penal, en cuanto también obsta beneficios, que ha sido declarada constitucional por la Corte provincial, en el caso “Herrera” —7.12.2011— y reiterado posteriormente.

La garantía constitucional de igualdad, no impide que el legislador contemple en forma distinta, situaciones que considera diferentes, en tanto ello no importe arbitrariedad o indebido privilegio de personas o grupos, no advirtiéndose tampoco diferencia entre la norma cuestionada y los obstáculos que pueden emerger de las diversas fases del tratamiento, ni tampoco se perjudican otras posibilidades, como la ya indicada visitas a su familia, que constan en el cuerpo agregado por cuerda.

La selectividad que ha tenido el legislador, ha tenido en cuenta, como o por razones de política criminal para suprimir o restringir beneficios a quienes han cometido

determinados delitos, no ha sido arbitraria, sino por el contrario, han sido considerados aquellos hechos que por su entidad, gravedad y magnitud conmueven a la sociedad, que indican y muestran facetas en los autores de una agresividad y desprecio por el mayor de los bienes, como es la vida, y que ha mostrado en muchos casos, inclusive de reciente conocimiento, como quienes gozaban de salidas transitorias, reiteraban esas gravísimas conductas; por lo que de ninguna manera hay inconstitucionalidad en su normativización y aplicación.

Tampoco puede cuestionarse eventualmente, la constitucionalidad del obstáculo, aduciéndose que se trata de una manifestación de un sistema de derecho penal de autor, dado que por su propia estructura y los presupuestos para su aplicación, son claramente indicativos de que no se aplica a quien le corresponda “por lo que es”, sino “por lo que hizo”, adecuado así a un derecho penal de acto.

Y esa selección, esa normativización que ha realizado el legislador respondiendo a razones de política criminal, no es algo aislado, como se advierte justamente cuando el Congreso Nacional, a impulsos del Poder Ejecutivo, acaban de dictar dos nuevas normas, por la que, en un caso, el homicidio de o por cuestiones de género, llamado “femicidio”, es sancionado en forma diferente al homicidio común, por ejemplo, se pena con prisión perpetua; y más cercano al caso, se amplía la derogación de los beneficios del régimen penitenciario, incorporando a la violación seguida de muerte, habiendo acotado el Presidente de la mayoría del Senado al presentar el proyecto que “Para sujetos que violan y matan debemos generar instrumentos para tratar de cerrar la puerta y que la pena sea efectiva, y la perpetua sea perpetua” (Diario “La Nación” del 15.11.12, pág. 22). También esta prohibición es inconstitucional? También el Poder Legislativo actual seguiría dictando leyes inconstitucionales?

Lo que ha hecho el Dr. Arri es aplicar la ley correctamente, más allá de lo que sea su pensamiento o hasta su proyección de “lege lata”.

La inconsecuencia no se supone en el legislador, y por ello, las leyes deben aplicarse e interpretarse, en su caso, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, y así ha dicho el mas alto Tribunal, que la primera regla sobre una ley “es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley, siendo prioritario trasportarse al punto de vista del legislador, reproducir sus operaciones intelectuales, y de tal forma reconstruir el pensamiento de la ley (CSJN “Moschini”, 28.7.1994), y siendo la última ratio, por su excepcionalidad la declaración

de inconstitucionalidad de una norma, no se evidencia razón para ello, como lo ha terminado admitiendo el Dr. Arri.

Y tal como he dicho reiteradamente en los casos sobre la pretensión de inconstitucionalidad el art. 14 C. Penal, planteos por los que se pretende incumplir la ley, dejando de aplicar lo que el legislador ha resuelto concretamente y que ha refrendado el P. Ejecutivo con la promulgación, sustentado en razones de política criminal, por lo que, no hacerlo implicaría obrar contra legem, y desequilibrar el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros y de la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado (CSNJ Fallos 242:73, 314:424, entre otros).

El texto enunciado, que no amerita la declaración de inconstitucionalidad requerida, por tratarse de una expresa prohibición, no deja margen al operador del proceso penal, superando cualquier opinión contraria de posibilidades interpretativas que el texto deja al sentenciante, y no cumplirla importaría arbitrariedad, consistente en la negación del principio lógico de vigencia. Una norma no puede estar vigente y no estarlo al mismo tiempo, y a potestad del Poder Judicial en el último peldaño en la individualización de la norma general, no resulta ilimitada, pues se quebraría el delicado equilibrio que el constitucionalista —quien obviamente abrevó en las fuentes de Montesquieu— estructuró tanto en la construcción histórica, como en nuestra novísima Carta Magna.

Consecuentemente, y tal como adelanté, en mi opinión, la resolución puesta en crisis debe confirmarse, no tanto por las motivaciones argumentales sobre el penado, sino fundamentalmente, por la prohibición establecida en la ley, y como lo entendió la Fiscalía de Cámara, que admitiría o dictaminaría favorablemente, solo en caso de declararse la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, lo que no ha sido receptado, ni se ha bregado por ello en planteo de ese Magisterio.

Voto del doctor Ríos:

I. Antecedentes del caso.

El condenado B., apela la resolución que rechaza su incorporación al régimen de salidas transitorias. El Juez de Ejecución funda la negativa en el art. 56 bis de la ley 24.660, incorporado por la ley 25.948, en cuanto establece que no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los delitos enumerados en los cinco incisos ulteriores (entre los que se encuentra el homicidio en ocasión de robo, como el adjudicado a B.).

Señala el Magistrado que “en modo alguno considera feliz ni conveniente el cometido legislativo plasmado en la ley 25.948”, por cuanto la norma interrumpe el principio de progresividad en el cumplimiento de la pena al no permitir que el penado se inserte paulatinamente a la vida en sociedad. Asimismo, puntualiza el Dr. Julio Cesar Arri que el instituto de las salidas transitorias es entendido como un instrumento dirigido a atemperar las innegables consecuencias desocializadoras propias de la ejecución efectiva, destinado a ser el primer paso real en la preparación del condenado para su reintegro al consorcio social.

Después de tan acertada apreciación el pronunciamiento judicial no encuentra mérito suficiente para considerar inconstitucional a la reforma incorporada por la Ley 25.948, advirtiendo previamente que la citada norma del Artículo 56 bis de la Ley 24.660 no ha sido cuestionada por un pedido de expresa inconstitucionalidad por parte de la defensa recurrente.

De expresar agravios la Defensora de B. critica el injusto decisorio del A quo, postula la innecesariedad de la declaración de inconstitucionalidad para no aplicar lo dispuesto en el Artículo 56 bis de la Ley 24.660, pero al mismo tiempo postula y solicita sea declarada la inconstitucionalidad de dicha norma, pese a no considerar indispensable dicho paso formal para que pueda ser obviada la aplicación de dicho artículo.

Al contestar los agravios el Sr. Fiscal de Cámara entiende que, en principio, resulta válido y ajustado a derecho lo resuelto por el Juez de Grado, en razón de que el artículo 56 bis de la Ley 24.660 se hallaba vigente al momento de la comisión del delito tipificado en el artículo 165 del Código Penal. Sin embargo, acepta que “los ya citados artículos resultan prima facie inconstitucionales por cuanto, si bien no se deja de desconocer la gravedad de los hechos para los cuales se ha previsto la limitación referenciada, no es menos cierto que ella atenta contra los fines que específicamente tiene y postula la Ley Penitenciaria Nacional”. En definitiva el Dr. Camporini dictamina que para el caso de ser declarada la inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la Ley 24.660, en la hipótesis de auto se verifican, por parte de B., las condiciones para acceder a las salidas transitorias solicitadas.

## II. La ley, el derecho y la justicia.

Al formularse la pregunta ¿qué es el Derecho? Tomás Ramón Fernández, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, relata que, “cuando uno empieza sus estudios no duda, simplemente recibe y asimila lo que se le ofrece y a medida que lo hace adquiere pequeñas certidumbres que tiende

inevitablemente a sacralizar. Ahí hunde sus raíces el dogmatismo y formalismo, tan frecuente, en los que muchos juristas se quedan anclados para siempre”. Quien no se conforma con estas pequeñas certidumbres iniciales persiste en averiguar “qué hay detrás de la pantalla que forman los dogmas iniciales”; y “perdida ya la ingenuidad y la seguridad primeras, cuando empieza a saber como funciona realmente la vida jurídica..., no tiene más remedio que formularse esas preguntas fundamentales...” “El Derecho, ¿está en la ley o, por el contrario, está en los jueces, que son los que aplican la ley y, en consecuencia, tienen la última palabra?”

Fernández, Tomás Ramón, “El Derecho y el quehacer de los Juristas”, *La Ley*, entrega del 13 de abril de 2012, p. 1.

Continúa diciendo el Jurista español: “Que el Derecho está en la ley, se ha creído durante siglos. Ha sido la creencia oficial, por así decirlo, durante la mayor parte de la Historia” “El derecho está en la ley, está hecho de antemano y a los jueces corresponde declararlo.” “Lo que hemos dado en llamar positivismo hunde sus raíces en una fe muy antigua, alimentada por un muy explicable afán de seguridad...” Pero es “de las filas del positivismo de donde curiosamente han surgido las corrientes de pensamiento que han contribuido en mayor medida a destruir la antigua creencia en que el Derecho está contenido de antemano en la ley” (Ibídem, p. 2).

Para el autor invocado en el párrafo anterior es un error identificar el Derecho a la Justicia: no se puede esperar tanto de los jueces. Es que “los problemas jurídicos no tienen sentido planteados en abstracto”; “surgen como problemas cuando encarnan en la realidad bajo la forma de un conflicto concreto entre personas de carne y hueso, con nombres y apellidos, que se desenvuelven en circunstancias de tiempo y lugar determinados y que protagonizan situaciones definidas”. En este concreto escenario procesal la respuesta correcta del derecho “no sería nunca una respuesta universal la única respuesta capaz de merecer el calificativo de justa, sino simplemente la respuesta a ese concreto conflicto, tal y como éste ha sido planteado. Con otros argumentos más acertados, con otras pruebas aportadas, la respuesta al mismo conflicto podría haber sido otra”.

Aclara Tomás Ramón Fernández en el trabajo citado: “Estas personas han actuado de una determinada manera y no de otra distinta en los prolegómenos de un conflicto, que precisamente se ha planteado como tal a consecuencia e esa concreta actuación. Surgido ya el conflicto sus abogados sostienen en él unas concretas pretensiones y en apoyo de éstas esgrimen unos ciertos argumentos. Y son estas pretensiones y estos alegatos los



que definen los términos del propio conflicto y, por lo tanto, los límites dentro de los cuales tiene necesariamente que moverse el juez para resolver la contienda, que no puede salir del círculo así dibujado por exigencias del principio de congruencia”

Ibídem, p. 2.

En este esquema, el proceso se asimila a una confrontación o intercambio de razones en el que han de imponerse finalmente las de mayor peso, según decida el juez, fundado en las razones que él directamente asuma y justifiquen su fallo. Las reglas y los principios reclaman el complemento de la argumentación para llegar a una respuesta racionalmente fundada. De allí que el quehacer esencial de los juristas sea argumentar; sustentar con razones convincentes la pretensión o la decisión que se propugna.

El quantum de la discrecionalidad, según expresión de Fernández, depende de la estructura finalista de la norma, porque el fin que ésta propone condiciona y limita seriamente y per se+ la libertad de elección de los medios que la norma concede y ello aunque el texto literal de la misma parezca otorgar una libertad total”. Cita el ejemplo de Dworkin de la orden que el oficial da a un sargento para formar una patrulla de soldados: la libertad del sargento en la elección de sus integrantes estará condicionada por el objetivo asignado (marcha larga y fatigosa, inclinará a seleccionar soldados atléticos y resistentes; la misión de abatir franco tiradores, propiciará escoger los soldados de mejor puntería). Y para los jueces “la libertad en que la discrecionalidad consiste no puede entenderse en términos de permiso, sino en términos de responsabilidad...porque su beneficiario no es un particular sino una autoridad pública investida por la Ley de un poder” cuyo ejercicio debe justificarse dando razones de su elección (op. cit., p. 3).

Con lo dicho se deduce que no cabe identificar a la ley con la justicia o el derecho. “Saber leyes, no es saber derecho”, porque la solución legal o reglamentaria en el caso singular puede significar una absurda inequidad, o consagrar una flagrante contradicción frente a principios y garantías constitucionales o internacionales, jerárquicamente superiores a la norma subordinada.

decía Alberdi, Juan Bautista “Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho”, año 1837

Por ello el eje de la cuestión pasa por la argumentación sustentable y plausible que justifique, en el pronunciamiento jurisdiccional concreto, el apartamiento de la ley, o su descalificación como incompatible con el ordenamiento superior. Esta es la condición sine qua non para la inaplicabilidad singular de excepción y para el control difuso de la

constitucionalidad o convencionalidad de una norma legislativa —aun la formalmente regular— por parte del Poder Judicial en un proceso.

III. ¿Es correcto que el Tribunal Judicial revise la legitimidad de la ley?

Como se advierte, no puede ponerse en duda la gravitación de las decisiones del juez y el peso de su argumentación al escoger la solución concreta del caso sometido a su competencia, tanto en la ponderación de los hechos objeto del proceso como en la interpretación del derecho aplicable.

Se objeta como omnipotencia judicial conferir la última palabra en la interpretación constitucional a un poder contramayoritario, como lo sería el judicial, y de ese modo se ataca la potestad jurisdiccional de contralor sobre la base de quebrantar elementos considerados esenciales en la democracia al ponerse en tela de juicio la legitimidad de la decisión mayoritaria. El control judicial devendría en anti-democrático.

Sin embargo, el poder de revisión judicial (judicial review) nació en la práctica con el reconocido pronunciamiento *Marbury vs Madison* en 1803. Antes el abogado James Otis hizo uso de la máxima Coke: “si un acto de Parlamento fuera contrario a la ley superior sería nulo”.

En Pensilvania, Wilson, al referirse al poder judicial, estableció que “si la ley fuera inconsistente con los poderes de la constitución, los jueces declararán dicha ley inválida porque el poder de la constitución predomina; cualquier cosa pasada por el congreso contrario a ella no tendría la fuerza de ley”.

Moschzisker, Robert, “Judicial review of legislation, pág. 59 citado por Bravo Aguilar, revisión judicial. Documento de internet.

En el mismo sentido se preguntaba John Marshall “¿en qué medida pueden ustedes buscar protección contra las violaciones a la constitución si no le otorgan el poder de revisión al Poder Judicial?”. Y Hamilton, en *El Federalista* (Nº 78) consagraba: “el derecho de los Tribunales para invalidar las leyes del legislativo”, destacando que el Poder Judicial es el poder menos peligroso. Como bien señala Zaffaroni “la dictadura de los jueces” es un estribillo ridículo y aberrante, por cuanto es la única dictadura que no existió nunca en la historia.

La exigencia de una seria y convincente argumentación, reduce a la mínima expresión al riesgo de la arbitrariedad y el decisionismo (en línea similar se expide el constitucionalista Gil Domínguez).

IV. La jurisprudencia nacional ¿apoya la tesis de la revisión judicial?

¿O acaso se incumple la ley, se obra contra legem y se desequilibra al sistema constitucional permitiendo la revisión al Poder Judicial?

Ha dicho recientemente la SCJN que “la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando —contando entre sus miembros con un convencional constituyente, el Dr. José Benjamin Gorostiaga— delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la constitución (considerando octavo). Esta ha sido la jurisprudencia desde 1888 “respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional porque es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial...”, tal atribución —concluyó la Corte— “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y legislativo ordinario (fallo: 33:162).

Fallo Rodríguez Pereyra, Jorge Luis contra Ejército argentino sobre daños y perjuicios, publicado en La Ley, entrega del 30 de noviembre del 2012, pág. 6 y ss.

Como es bien sabido, “un año antes en el caso Sojo, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente “Marbury vs Madison” para establecer que una ley del congreso repugnante a la constitución no es ley y para afirmar que cuando la constitución y una ley del congreso están en conflicto, la constitución debe regir el caso a que ambas se refieren” (fallos: 32:120). Como expresaba Sánchez Viamonte “no existe ningún argumento válido para que un Juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional”.

Juicio de amparo en enciclopedia jurídica Omeba, tomo XVII, pág. 197, citado en fallos: 321:3620.

V. La jurisprudencia internacional.

Se advirtió también en el caso Mazzeo (fallo: 330:3248) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado

un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico. Concluyó que “en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos” (caso Almonacid del 26 de septiembre del 2006, parágrafo 124, considerando 21).

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos profundizó el concepto fijado en el precedente Almonacid en el caso “Trabajadores Cesados del congreso” precisando que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad.

VI. La declaración de oficio y el pedido de parte.

Como se advierte, derivación directa del *iuria curia novit* es la declaración de inconstitucionalidad, porque en nuestro sistema de control difuso, el derecho primero que debe aplicar al juez es la constitución nacional y las convenciones con jerarquía constitucional.

Ahora, ¿puede el juez ejercer de oficio el control de constitucionalidad o de convencionalidad, con prescindencia del pedido de partes?

El criterio tradicional y negativo del Tribunal Cíbero se ha modificado a partir del caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora c/Provincia de Corrientes (fallo: 324:3219)”.

Sobre el interrogante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el invocado caso Rodríguez Pereyra (considerando 10) ha dicho que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resultaba un aditamento pretoriano fundado en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y si cuando no lo hay. Agregó el tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco se opone a la presunción de validez de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior. Tampoco puede verse en la declaración de oficio un “menoscabo del derecho de defensa

de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por aquellas, so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso” (fallos: 327:3117, considerando cuarto).

VII. La necesidad de la declaración de inconstitucionalidad y la mera inaplicabilidad de una ley al caso concreto.

La declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, “constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la ley fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (fallos: 14:425; 147:286). Cuando existe la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (fallos: 300:1029; 205:1304). “No debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (considerando 14 del citado fallo Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino).

En buen romance: no siempre cuando no se aplica la regla positiva en un caso concreto, es necesario declarar su inconstitucionalidad. Señalaba Bidart Campos que una regla “puede no ser inconstitucional en si misma, pero ser inconstitucional el resultado aplicativo injusto, que es capaz de originar para una situación determinada y concreta”. En esos casos, continuaba el maestro, “hay que esquivar su aplicación, y sin que la valoración de la ley halla siempre de conducir a su declaración de inconstitucionalidad”. En otros términos, el juez debe inaplicar la ley, tanto cuanto ésta en su generalidad abstracta es injusta e inconstitucional, como “cuando sin serlo en tanto norma general, sin embargo produce injusticia concreta si se aplica a un caso que, por sus peculiares circunstancias, no tolera encuadrarse en la previsión general de la ley.

La Ley, suplemento Constitucional del 27 de diciembre de 1999 pág. 18 con cita de Cueto Rúa.

La CSJN consagra un ejemplo de este último caso in re Germano, Karina Dana: si los cocondenados en la misma causa que la presentante y que cumplen su pena en el otro país, han accedido al régimen de salidas transitorias, corresponde proceder con igual temperamento con respecto a la condenada que cumple su pena en la Argentina aún cuando el beneficio no esté disponible para ella por la ley local, pues ello resulta una aplicación mas respetuosa de la obligación internacional contenida en el Tratado sobre

Traslado de Condenados y de los principios pro homine de igualdad, no contradicción y el principio de reinserción social del condenado. Es decir, la Corte soslaya la aplicación expresa y textual de la ley penitenciaria (24.660) y asume como prioritario el principio de resocialización del condenado.

“Principio de reinserción social y reglas penitenciarias” La Ley del 6 de marzo de 2012, pág. 2.

VIII. La resocialización como fin de la ejecución de la pena.

Al decir el Artículo 18 de la Constitución Nacional que las cárceles no son para castigo, está expresando que no se puede encarcelar con un fin primordial de castigar, excluir, eliminar del cuerpo social, segregar selectivamente al infractor. O sea practicar una inocuoización dirigida exclusivamente a proporcionar seguridad a los demás mediante el aislamiento riguroso del preso.

Por el contrario, la finalidad esencial de la pena de prisión, es la reforma y readaptación social de los condenados (Artículo 5 apartado 6 de la CA; Artículo 10 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Regla 56 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos) y el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento que procure esa reforma y readaptación.

En el mismo sentido se orienta la Ley Penitenciaria Nacional 24.660. En su Artículo primero dice “la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

De la lectura del citado artículo, señala Marisa Julia Miquelez se desprende que el fin de la ejecución de la pena es la resocialización y cita a Marcos Salt, para quien este es el objetivo que deberá perseguir el estado durante su ejecución y a ella deberá estar orientada la actividad de la institución penitenciaria. Guillamondegui entiende la palabra resocialización como el proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que éste pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras, con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley en lo sucesivo. Como se ve desde los momentos iniciales del cumplimiento de la pena se proyecta el despliegue hacia una finalidad específica: obtener la aptitud del interno de convivir en

sociedad. La resocialización significa una obligación del estado y un derecho de las personas privadas de la libertad —puntualiza Marcos Salt—, estas tienen el derecho que se cumplan las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad. También subraya el autor que el principio de resocialización actúa como guía de interpretación de todas las normas penitenciarias.

Miquelez Marisa Julia, “Resocialización: su actualidad”, monografía del campus virtual de la Asociación Pensamiento Penal.

Salt Marcos Gabriel y Rivera Beiras, Iñaki: Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 169.

Guillamondegui, Luis Raul, “resocialización y semi libertad, análisis jurisprudencial y criminológico”, pág. 13.

Salt Marcos Gabriel: Los derechos fundamentales, op. cit. pág. 177.

IX. La inconstitucionalidad del Artículo 56 bis de la Ley 24.660.

La norma cuestionada es contraria al espíritu resocializador consagrado por la Ley de Ejecución de la Pena, a la Constitución Nacional y a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, en cuanto veda la concesión de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los delitos allí enumerados, entre los cuales se encuentra el homicidio en ocasión de robo, previsto en el Artículo 165 del CP. Como lo ha dicho la Cámara penal de Mar del Plata “así resulta con evidencia de los Artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto establece que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados” (Artículo 10, Nro. 3) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto prescribe que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En efecto, de acuerdo a la Ley 24.660 Artículo primero dicha finalidad debe alcanzarse a través de la asistencia y tratamiento de los internos, procurando “acotar la estancia del sujeto en los establecimientos cerrados para promover —en la medida de lo posible y en función de la favorable evolución que experimente— el traslado a instituciones abiertas o semi-abiertas. Es decir que, entre el encierro absoluto y la recuperación de la libertad, debe haber un período de prueba en el que gradualmente el condenado vaya siendo promovido a distintos estadios del tratamiento, incluidas las posibilidades de externación y con diferentes objetivos (mantener o mejorar vínculos familiares,

capacitarse laboralmente, trabajar, recibir tratamiento terapéutico), todos los cuales deben apuntar a aquella finalidad última de su inserción definitiva al medio libre.

Es que tanto las salidas transitorias, como la libertad condicional no son más que herramientas de “reinserción social” frente a las cuales todas las personas privadas de su libertad se encuentran, por su condición de tales en similar circunstancia (cfr. Marisa Julia Miquelez), y la obligación estatal derivada de la Norma Fundamental no desaparece por la entidad de los delitos cometidos.

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. 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 que atempere el cambio abrupto y subsane la escasa autonomía característica del liberado.

En este sentido, a tenor de lo prescripto por el Artículo 8 de la Ley 24.660, 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”. Esta disposición legal, como entiende Arocena, 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. Se trata —como asevera el fallo de la Cámara Penal de Mar del Plata— de “la igualdad de trato que se contrapone abiertamente con lo dispuesto por el Artículo 56 bis de la 24.660”.

Arocena Gustavo A. “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones”, Cesano – Picón Coord, pág. 147.

Los mismos legisladores que sancionaron la reforma, confiesan la deficiencia de la norma y su alzamiento frente a la Constitución Nacional. El impulsor del proyecto de la Ley 25.948, diputado Jorge O. Casanovas, al tratarse la iniciativa en la Cámara de Diputados expresó que el objeto de la reforma era “evitar que los condenados por cualquier delito en el marco de cuya ejecución se haya privado de la vida a la víctima obtengan beneficios que son propios del régimen progresivo del cumplimiento de la



pena privativa de libertad, que les permita abandonar la prisión antes de haber cumplido el tiempo de detención que exige el Código Penal para la obtención de la libertad condicional... En definitiva, no se trata de otra cosa de dar estricto acatamiento a la voluntad del legislador que estableció las severas penalidades aplicadas a esta clase de delincuentes en función de la jerarquía que asignó al bien jurídico que los mismos han avasallado. Se establece entonces la prohibición de aquellos beneficios a quienes han sido condenados “por los delitos enumerados en la norma”. Al discutirse en la misma Cámara el proyecto de reforma al Artículo 54, sobre libertad asistida, los diputados Ruckaus, Chiacchio, Rubini y Tulio argumentaron que “siguiendo el mismo orden de ideas se impone que quienes incurran en la comisión de los denominados delitos de sangre no hayan de verse beneficiados con el régimen de salidas transitorias ni anticipadas, pues la naturaleza del delito en cuestión impone el más severo de los tratamientos para el delincuente. En la Cámara Alta, los Senadores Bussi y Pinchetti entendieron “que los condenados por los delitos tipificados en los artículos enunciados han demostrado con su conducta y su accionar voluntario, total desprecio de la vida de sus congéneres, que no le hacen merecedores a ese tipo de beneficios, limitando así la posibilidad de su repitencia al constreñirlo a cumplir en su totalidad la condena que los jueces en el marco del debido proceso les impusieran”.

Por todo ello el Artículo 56 bis de la Ley 24.660, al privar el régimen progresivo a los condenados por ciertos delitos, incurre en inconstitucionalidad manifiesta. Dice Guillamondegui: la supresión para determinados delincuentes de poder obtener derechos penitenciarios importa cercenar la propuesta 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 principio de igualdad.

#### X. Conclusiones.

Por todo lo expuesto, el presente caso no es uno de aquellos en que corresponde declarar la inaplicabilidad de la norma en concreto, sino que la palmaria inconstitucionalidad del Artículo 56 bis de la Ley 24.660 debe ser expresamente declarada, revocándose, consecuentemente la resolución apelada.

En el desarrollo precedente se ha justificado el poder de revisión judicial, la facultad de controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las normas subordinadas, la legitimidad de la declaración aun de oficio de la inconstitucionalidad referida y la clara

contradicción de la norma cuestionada con la Constitución y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Vale aclarar que en la especie la Defensora General de Cámara planteó directamente la inconstitucionalidad del Artículo 56 bis; pero, por sobre todo, cabe aclarar que el Sr. Fiscal de Cámara ha mantenido una tesitura acorde con la Defensa en cuanto este artículo de la Ley Penitenciaria Nacional resulta prima facie inconstitucional y por ello manifiesta en su dictamen que “para el caso de que sea declarada la inconstitucionalidad del Artículo 56 bis, en este caso concreto estimo que se dan por parte de B. las condiciones para acceder a las salidas transitorias” solicitadas.

Tal es mi voto.

Voto del doctor Prunotto:

Antes de entrar en el tema, debemos puntualizar un error en el que recae la peticionante, y que es, solicitar la inconstitucionalidad del artículo 56 bis, completo, cuando lo que nos convoca es el inciso 4º; pues disponer la inconstitucionalidad sobre todo el artículo implicaría resolver fuera del caso concreto.

Una Sociedad, no puede desarrollarse armónicamente, si no existe un claro sistema de premios y castigos. Si privamos al Congreso Nacional, la posibilidad de utilizar herramientas de política criminal, en una faceta tan importante como lo es el cumplimiento de una pena, afectamos no sólo al principio republicano de división de poderes, sino a la propia existencia de la Sociedad. Baste como ejemplo de disolución social, el reciente linchamiento de una persona, a la que se habría sorprendido abusando o intentando abusar de una niña, ocurrido en Mar del Plata, el 4 de Diciembre próximo pasado, según dan cuenta todos los medios de comunicación, entre ellos el Diario La Capital; HYPERLINK “<http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/Matan-a-golpes-a-un-hombre-al-que-sorprenden-abusando-de-una-nena-de-5-aos>”<http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/Matan-a-golpes-a-un-hombre-al-que-sorprenden-abusando-de-una-nena-de-5-aos-20121204-0073.html>; consulta realizada el 13 de Diciembre de 2012.

La convivencia social, su mantenimiento y la reglamentación de los derechos individuales; ha sido reconocida por el máximo Tribunal de la Nación; que sostuvo: “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución tiene carácter absoluto. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social” CSJN Fallos 136: 170.

Esta postura, no quiere decir que niegue a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes, sino que entiendo el mismo debe ser hecho, sopesando todos los bienes jurídicos y derechos en juego y no sólo los de uno de los involucrados en el conflicto.

No debemos olvidar a la víctima, que en el caso del latrocinio esta muerta; pero no es la única víctima; ya que en dichos supuestos, se ven afectadas las vidas de otras personas, familiares, amigos, etc.; de allí que el clearing de valores aplicable debe ser interpretado en forma muy ajustada, sin exclusiones de ningún tipo.

Las 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; en su artículo 57, reconocen que la prisión constituye una medida aflictiva; “La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación”.

Luego en los artículos 58, 59 y 60 establecen pautas de aplicación.

58. “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”. Como podemos apreciar se reconoce la protección de la sociedad contra el crimen, como un fin legítimo.

59. “Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”; esta disposición sirve para avalar la política criminal, seguida por el legislador nacional en el artículo 56 bis inciso 4° de la ley 24.660.

60. “1) El régimen del establecimiento 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. 2) 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”. Lo que hemos resaltado en negrita, creemos que constituye el meollo del tema que nos ocupa; ya que en autos, se pueden adoptar medios preparatorios para la liberación del condenado, dentro del mismo establecimiento, como lo aceptan las Naciones Unidas.

Dentro de las pautas de resocialización, que el legislador busca que los autores de un robo seguido de muerte internalicen, está la del respeto al bien jurídico tutelado de mayor valor, en nuestra legislación, la vida.

No obstante, lo antes argumentado, quisiera dejar a salvo mi opinión en cuanto a que no considero acertada esa política criminal dispuesta por el legislador nacional; pero también debo admitir que entiendo que esta situación que nos convoca, no esta dentro las pautas de control de constitucionalidad del Poder Judicial y declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis inciso 4° de la ley 24.660, implicaría una intromisión en las facultades del Poder Legislativo, incompatible con el concepto de República y de división de poderes.

Estamos frente a una cuestión de política criminal del Congreso de la Nación.

Sobre el tema merece destacarse lo argumentado por el Dr. Julio de Olazábal, en su voto en la causa, “Zapata, Cristian Adrián s/incidente libertad condicional” (Expte. N°155 – Año 2006); el 21 de abril de 2006, dijo: “3- Cuando la reincidencia se proyecta hacia la libertad condicional, está operando como factor integrativo del proceso de ejecución de la pena. Resulta ello claro no solo de la observación de que de tal modo influye en el modo en que se cumplirá la pena —total o parcialmente en encierro—, sino que además resulta normativamente establecido en el artículo 12, inc. d) de la ley 24.660 de ejecución de las penas privativas de libertad. No actúa entonces ni como pauta original de determinación de la pena, ni como fundamento para la imposición de una pena o medida de seguridad accesoria; es, insisto, un elemento para definir la forma de ejecución de una pena. Esclarecido lo anterior, cabe recién preguntarse si los supuestos vicios que se denuncian son reales. La respuesta a dar a ese interrogante tiene que ser formulada dogmáticamente —en una buena dogmática, esto es, que abarque los valores constitucionales— y no desde una opinión político criminal. Es que si se me requiriera opinión sobre la conveniencia de establecer un régimen de reincidencia como el que

estoy apreciando, sería muy probable que me expidiese negativamente, mas, como no se trata de dar una subjetiva opinión sobre el instituto analizado ni de forzar interpretaciones de la ley para imponer criterios personales (tal como prudentemente señalara Hassemer y Muñoz Conde: en un estado democrático de derecho la única política criminal válida es la establecida constitucionalmente por el propio Estado), es otra la tarea que debo llevar adelante y otra así la conclusión a que llegaré.....La libertad condicional es, como ya anotara, un modo de ejecución de la pena, una alternativa de su cumplimiento que, así como puede establecerla un sistema penal, podría no hacerlo.....No tiene la libertad condicional rango constitucional, y por tanto cada Estado puede disponer sobre su existencia y procedencia (en este sentido ha avanzado el legislador penal argentino —en criterio que personalmente tampoco me parece conveniente— al establecer ciertas excepciones a las modalidades básicas de la ejecución en el nuevo artículo 56 bis de la ley 24.660).....Nuestro sistema penal, al proceder del modo conocido, todo lo que se hace es apreciar que en un momento de su historia el condenado ya incurrió en delito y cumplió pena, valorando ello como indicativo de que no es adecuado eximirlo en parte del efectivo cumplimiento de la nueva pena porque la anterior no cumplió los fines deseados. No es entonces que se lo vuelva a juzgar por el primero ni que se reabra un proceso fenecido, sino que se mira el “hecho” anterior como un dato, entre otros, que indica cómo se debe cumplir la pena correspondiente a otro. No se trata propiamente de un procedimiento de determinación de la pena —que ya está determinada— sino de determinación de la forma de ejecución de ella. No se reabre ningún proceso ni se asignan consecuencias a un hecho por el que ya se fue juzgado y cumplió pena, sino que todo es consecuencia del nuevo hecho, de la nueva incursión en delito.....Se alega finalmente, y ya concretamente en cuanto a la función de la reincidencia en la libertad condicional, que atenta contra los fines constitucionales de la pena. Ciertamente se encuentra establecido que la pena debe tender a la resocialización del penado, pero, ¿se pierde ese sentido si se hace cumplir realmente la pena sin otorgarse una liberación condicional? Creo que no”.

También debe tenerse presente lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, el 7 de Diciembre de 2011, en el precedente Vega; Reg. A y S, Tomo 242, p.337; respecto a la validez del artículo 14 del Código Penal; que fuera reformado por la misma ley que introduce el art. 56 bis; por lo que haciendo jugar dicha sentencia del Alto Tribunal y lo recomendado por las Naciones Unidas en el articulado ya analizado; da sustento a la constitucionalidad del citado art. 56 bis inciso 4° de la ley 24.660.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley, ha sostenido el máximo Tribunal de la Nación, constituye un acto de suma gravedad, al que debe recurrirse como ultima ratio, y que inclusive en caso de duda debe estarse a su constitucionalidad; seguidamente transcribimos parte de dicha jurisprudencia; “Cabe, en fin, tener en cuenta, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72; y 314:424), y solo estimable viable si su razonabilidad es evidente, cuanto que el control que al respecto compete en último termino a la Corte Suprema no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por los restantes poderes (Fallos 308:1631)”;

del dictamen del Procurador, que hace suyo la CSJN; B. 2216. XXXVIII. Recurso de hecho Berón, Luisa Victoriana y otros y sus acumulados c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos. Procuración General de la Nación. “10) Que, según inveterada jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 303:248; 312:72; 324:920, entre muchos otros), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 328:4542)”. CSJN; Buenos Aires, 16 de septiembre de 2008; autos: “Benedetti, Estela Sara c/P.E.N. ley 25.561 – dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo”. “2º) Que, por otra parte, si bien es cierto que los jueces tienen la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (conf. Fallos: 310:1090, disidencia de los jueces Belluscio y Fayt; 310:1401, voto del juez Belluscio y disidencia del juez Fayt; 321:993, disidencia del juez Boggiano; 321:1058, disidencia de los jueces Fayt y Boggiano; 324:3219, voto de los jueces Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez; y sentencia del 19 de agosto de 2004 en la causa B.1160.XXXVI. “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”), también lo es que este Tribunal ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad. Sólo debe acudir a aquella cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre

muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 324:3219, voto del juez Boggiano)”. CSJNBuenos Aires, 23 de diciembre de 2004; autos: “Lapadu, Oscar Eduardo c/Estado Nacional (Dirección Nac. de Gendarmería) s/daños y perjuicios (acc. de trán. c/les. o muerte)”. Publicado en: La Ley Online. Cita Fallos Corte: 327:5723. Cita online: AR/JUR/13719/2004.

Por lo expuesto, adhiero al voto del Dr. Otto Crippa García y entiendo que la resolución debe confirmarse.

Por todo lo precedentemente considerado, la Sala Tercera integrada de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario por mayoría de votos, resuelve: Confirmar la resolución puesta en crisis, rechazando el planteo de inconstitucionalidad. Insértese, déjese copia y hágase saber. Fecho, bajen. (Expte. N° 1534/2012 “B. Manuel Luis s/incidente salidas transitorias”).— Otto Hugo Crippa García. – Benjamín Prunotto. – Ramón Teodoro Ríos.

Fuente: <http://thomsonreuterslatam.com/jurisprudencia/15/04/2013/fallo-del-dia-negativa-de-salidas-transitorias-al-condenado-por-homicidio#sthash.mkryI0p2.dpuf>