

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 45565/2006/TO1/1/CNC1

Reg. n° 438/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de junio del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis Fernando Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 551/584 por la defensa oficial de Mario Jorge Arancibia, en la presente causa n° **CCC 45565/2006/TO1/1/CNC1**, caratulada **“Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”**, de la que **RESULTA:**

I. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 de esta ciudad, mediante resolución dictada el 19 de junio de 2015, resolvió: “I.- No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 56 *bis* de la ley 24.660 (...). II.- No hacer lugar al pedido de inaplicabilidad del art. 56 *bis* de la ley 24.660 (...). III.- No hacer lugar a la incorporación del sentenciado Mario Jorge Arancibia a la Modalidad de Salidas Transitorias, respecto de la pena de once años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, que se le impusiera en la causa Nro. 2787 del registro de la Secretaría del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22 (art. 17 a *contrario sensu* y 56 *bis* de la Ley 24.660)” (cfr. fs. 544/549).

II. Contra dicha decisión, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad la defensora pública oficial, Flavia Gabriela Vega (cfr. fs. 551/584), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 590) y debidamente mantenido ante esta instancia (cfr. fs. 597).

III. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor público coadyuvante ante esta instancia, Rubén Alderete Lobo, quien, en líneas generales, reprodujo los agravios plasmados en el recurso de casación y amplió los aspectos que consideró relevantes para sostener las críticas dirigidas contra el fallo cuestionado (cfr. fs. 604/606 vta.).

IV. El 12 de noviembre de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el defensor público coadyuvante, Rubén Alderete Lobo, quien reiteró las críticas expuestas

en los escritos anteriores y solicitó que se haga lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad planteado, se declare la inconstitucionalidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.990 y se ordene al juez de ejecución que requiera los informes, dé el trámite pertinente y evalúe el cumplimiento de las restantes exigencias para la concesión del instituto peticionado a su asistido.

V. Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 610. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- Al momento de resolver, el *a quo* entendió que no correspondía hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660, porque no existen “fundamentos conducentes, suficientes o de entidad tal que limiten o pongan en crisis el test de razonabilidad” impuesto por el art. 28, CN, y el conflicto de leyes alegado no se presenta como “manifiesto, claro e indudable” para sustentarlo.

A su vez, destacó que en el caso se impuso una “sanción penal de carácter temporal”, por lo que no se advierte contradicción alguna con los principios recogidos en la Constitución Nacional.

En esta línea, afirmó que no se verifica una afectación al principio de igualdad porque el precepto cuestionado “opera en tanto se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones” y prevé los mismos obstáculos para todos los condenados por esos tipos penales. Además, asimiló esta situación a lo sostenido en torno del art. 14, CP, que, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no vulnera dicho principio.

Por otra parte, argumentó que no se violenta el fin de reinserción social de la ejecución de la pena, pues, en casos como éste, donde por “la índole o carácter del delito” por el que fue condenado, el interno se ve

impedido de acceder a una liberación anticipada, dicha finalidad “se mantiene plenamente inalterable” porque “el cese del encierro carcelario se encuentra garantizado” y “a esos fines está dirigido el tratamiento progresivo de adecuada reinserción social”.

A continuación, manifestó que su posición no importa incurrir en derecho penal de autor, toda vez que la pena impuesta al nombrado conforma la respuesta al hecho cometido y “resultaría legítimo y constitucional exigirle el cumplimiento de la totalidad de la sanción”.

Por otra parte, consideró que la “ausencia de oposición fiscal” no impide ni hace “perder jurisdicción” al juez de ejecución para resolver de manera distinta, pues el predominio de las características acusatorias, en particular en la instancia de debate oral, no se transmite en idénticos términos a la instancia ejecutiva, en la que la actuación decisoria difiere y “se sitúa, centralmente, en el debido contralor de la legalidad y resguardo de las mayores garantías”.

En lo que hace a los planteos relativos a la inaplicabilidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 y a la incorporación de Arancibia al instituto de las salidas transitorias, se remitió a las argumentaciones vertidas en torno a la constitucionalidad de la norma.

Sobre esa base, resolvió no hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 y a la incorporación de Mario Jorge Arancibia a la modalidad de salidas transitorias (cfr. fs. 544/549).

2.- La recurrente se presenta ante esta instancia y se agravia por los siguientes motivos:

a) Afectación a los principios de acusación, contradicción y garantía de imparcialidad.

En este sentido, señaló que en el caso concreto las partes entendieron que no se podía válidamente invocar el art. 56 *bis* como obstáculo para la incorporación de su defendido al régimen de salidas transitorias porque esa limitación resultaba inconstitucional.

Luego, estimó que todas las garantías que forman parte de las

distintas etapas del proceso deben extenderse hacia su culminación, destacando que en la etapa ejecutiva de la pena le corresponde al representante del Ministerio Público Fiscal la pretensión sobre la ejecución de la pena, a través de la cual “habilita y limita la jurisdicción”.

Sobre esa base, sostuvo que el juez de ejecución sólo se encontraba facultado a realizar un “control de razonabilidad, legalidad y fundamentación del dictamen fiscal”, superado el cual, resultaba vinculante.

b) Arbitrariedad por ausencia de tratamiento de los planteos de incorporación a las salidas transitorias e inaplicabilidad del art. 56 bis de la Ley n° 24.660.

Afirmó que se efectuó un “análisis sesgado y aparente”, en tanto el rechazo se fundó únicamente en el delito por el que Arancibia fue condenado, “aun cuando reúne todos los requisitos legales al efecto”, en referencia al art. 17 de la Ley n° 24.660.

Por otro lado, entendió que no se trató el planteo de inaplicabilidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660, con relación al grado de consumación del ilícito.

En esta línea, cuestionó que la situación de su asistido encuadrara en las previsiones de dicha norma, dado que la voluntad del legislador estaba dirigida a “privar de la posibilidad de ser incluidos en institutos de egreso anticipado a quienes efectivamente ejecutan pena por haber consumado (el) delito”.

Agregó que fundar el rechazo en que el precepto legal no hace distinciones equivale a afirmar que “la tentativa de homicidio debe ser reprimida con pena de 8 a 25, porque el art. 79 del C.P. (tampoco) hace distinciones”.

En virtud de ello, consideró que debe hacerse una interpretación integral de las normas a fin evitar contradicciones, haciendo prevalecer la más favorable al imputado, por aplicación de los principios de reintegración social y *pro libertatis*.

Además, argumentó que el art. 42, CP “opera con efectos

modificatorios para todos los casos de distintas respuestas penales previstas en el C.P.”, por lo que “debe funcionar para el art. 56 *bis* de la ley 24.660”.

Y alegó que la “dañosidad social” evidenciada no fue de una gravedad tal que “legítimamente coartar su derecho a la reinserción social” en el marco de “un proceso paulatino donde vaya adquiriendo progresivamente espacios de libertad”.

c) Inconstitucionalidad del art. 56 bis de la Ley n° 24.660 y arbitrariedad en el tratamiento de las objeciones constitucionales por ausencia de motivación.

Hizo referencia al escenario en el que se incluyó la disposición cuestionada, catalogándola de “coletazo de las leyes Blumberg”, y destacó las críticas que estas últimas merecían.

Alegó que se afectaron los principios de reinserción social, progresividad, culpabilidad y el derecho de igualdad.

Luego, adujo que, a diferencia de los debates en torno a la constitucionalidad de la reincidencia, la Corte Suprema aún no se pronunció sobre este asunto, y que las discusiones son sustancialmente distintas, porque la limitación al acceso de salidas transitorias no se motiva en el fracaso de un tratamiento anterior, sino en la naturaleza misma del delito.

Agregó que la restricción prevista en la ley *ex ante* no es razonable en los términos del art. 28, CN, y refirió que el máximo tribunal en el precedente “Nápoli” se pronunció en el sentido de que el legislador no puede limitar institutos vinculados a la libertad durante el proceso sobre la base de la naturaleza de la norma.

Asimismo, criticó la falta de tratamiento de la “extensión o agravación de la pena en intensidad que se deriva de la imposibilidad de acceso de (Arancibia) a un régimen de egreso anticipado” y del planteo relativo a que “todo privado de libertad tenga garantizado su derecho a la reinserción social”.

En virtud de lo expuesto, solicitó que se declare la inaplicabilidad de lo establecido en el art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 para el caso

concreto o, en su defecto, la inconstitucionalidad de dicha norma a fin de posibilitar la incorporación de Mario Jorge Arancibia al instituto de salidas transitorias (cfr. fs. 551/584).

3.- La solicitud de inaplicabilidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 al caso de Mario Jorge Arancibia efectuado por la defensa se funda en que el legislador ha querido “privar de ser incluidos en institutos de egreso anticipado a quienes efectivamente ejecutan pena por haber consumado el delito”.

Tal pretensión soslaya que todos los delitos vienen nombrados por el legislador como tipos consumados y que ello, empero, no implica que siempre que la ley los mencione deban ser leídos de tal modo.

Ello así, porque la materia de prohibición se extiende además, en todos los casos, a lo previsto en el art. 42, CP.

Por esta razón, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la impugnante en lo que a este punto se refiere.

4.- Por otra parte, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad realizado, se advierte que el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona ante esta instancia fue incorporado a la Ley n° 24.660 mediante el art. 2° de la Ley n° 25.948¹.

El contexto en el que se suscitó su debate parlamentario – durante el mismo semestre que arrojó el conjunto de leyes dirigidas a incrementar severamente la represión penal– induce a reflexionar acerca de si el tratamiento dado a la cuestión que nos atañe fue resultado de la cuidadosa discusión que esta temática merecía.

El art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 específicamente establece, bajo el título “(e)xcepciones a las modalidades básicas de la ejecución” que “(n)o podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.- Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7, del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal

¹ Publicada en el Boletín Oficial el 12/11/2004.

de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 *bis*, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4.- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

5.- En primer lugar, la fundamentación del *a quo* dirigida a descartar la afectación al principio de resocialización sobre la base de que éste “se mantiene plenamente inalterable” ya que “el cese del encierro carcelario se encuentra garantizado” y “a esos fines está dirigido el tratamiento progresivo de reinserción social”, resulta a todas luces arbitrario.

Dicho razonamiento se funda en una interpretación abstracta del principio de resocialización de la ejecución de la pena, el que de ningún modo se agota, como lo pretende el juez de ejecución, con la simple obtención de la libertad del condenado al finalizar su pena. En particular, tal exégesis desatiende uno de los pilares fundamentales en que aquél se sustenta, que es la progresividad en el régimen de ejecución de la pena.

Este principio es recogido en el art. 6 de la Ley n° 24.660, que prevé que “(e)l 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 semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”.

Asimismo, el Reglamento de las Modalidades Básicas de Ejecución n° 396/99, bajo el título “Principios Básicos”, en su art. 1° lo define como “un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la

recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos. Su base imprescindible es un programa de tratamiento interdisciplinario individualizado”.

A su vez, la Ley n° 24.660 determina, en su art. 12, que “(e)l régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional” (sin subrayado el original).

Y en el art. 15 estipula que “(e)l período de prueba comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de la semilibertad”.

Resulta evidente que el legislador ha diagramado un sistema que, a través del acceso a distintas fases y períodos del régimen penitenciario, morigera –gradualmente– las condiciones de detención de los internos, a medida que éstos incorporan las herramientas que les permiten lograr el fin de toda ejecución de la pena: su readaptación al medio libre; y paralelamente aumenta –paulatinamente– su contacto con el mundo extramuros, de modo previo a su egreso por el agotamiento de la pena impuesta.

Así las cosas, resulta contradictorio afirmar que existe este fin de resocialización de la ejecución de la pena –pacíficamente aceptado– y al mismo tiempo que éste no se vulnera porque el interno igualmente recuperará su libertad al agotar su condena. Tal tesitura pasa por alto que el propio legislador diseñó un esquema que brinda la posibilidad al interno de acceder a distintos regímenes, como medio necesario para conseguir tal fin.

Por esta razón, la resolución atacada no luce fundada en este punto.

6.- Aclarado ello, y sin perjuicio de mi opinión acerca del alcance

que cabe otorgar al dictamen fiscal en el marco de los incidentes de ejecución², entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por el recurrente, pues, como bien lo señala la defensa, el art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 resulta violatorio del fin primordial de la ejecución de la pena, que es la resocialización del condenado, y goza de jerarquía constitucional –cfr. art. 75 inc. 22, CN–.

El art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé, bajo el título “Derecho a la Integridad Personal”, que “(l)as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisa que “(e)l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

En el mismo sentido, el art. 1° de la Ley n° 24.660 establece que “(l)a ejecución de la pena privativa de 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. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

De la simple lectura del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 se advierte, empero, que la limitación que éste impone se traduce en una obstaculización a los internos del acceso a determinados institutos regulados en dicha ley, que tienen por objeto lograr el fin de resocialización mediante la interacción de los condenados –de modo gradual y previo al agotamiento de la pena– con el medio libre; autorizando, en todo caso, su acceso al período de observación y tratamiento (cfr. inc. “a” y “b” del art. 12 ya citado).

² Cfr. mi voto en la causa “Soto Parera” de la Sala II de esta Cámara, rta. 13/6/15, reg. n° 240/2015, entre otras.

Dicho de otro modo, la norma no restringe de modo absoluto – pero sí sustancial– el avance a través del régimen de progresividad en la ejecución de la pena a los internos, sino su incorporación a ciertos institutos que prevén su contacto con el exterior antes del agotamiento de la condena.

El problema se agrava porque a raíz de la modificación introducida por la ley 25.892 los condenados en orden a los delitos enunciados tampoco podrán acceder al régimen de la libertad condicional.

Estas razones conducen a afirmar que resulta incompatible con el fin resocializador de la ejecución de la pena que los condenados por ciertos delitos no cuenten con ninguna posibilidad de acceder a los institutos del régimen de progresividad que, sobre la base de un tratamiento y su eventual evolución, los habilite a tener contacto con el exterior, de manera paulatina y gradual, antes del agotamiento de la condena.

7.- Por otra parte, interesa señalar que, aunque en una cuestión distinta a la que se analiza en el caso bajo examen, la Corte Suprema concluyó que “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas, se convierte así en un remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia, al utilizar el instituto de la prisión preventiva (...) con fines intimidatorios o disuasivos, y establecer por esa vía agravaciones propias de la ley sustantiva (...). Que tal proceder legislativo no es válido por aberrante que pueda parecer el delito que motiva el proceso, pues de serlo, ello sólo puede ser determinado en la sentencia motivando la condigna condena, más no mediante la alteración de los principios fundamentales del orden procesal”³.

Más allá de la diferencia existente entre el caso bajo estudio y el resuelto por el máximo tribunal, hay un punto de contacto entre ambos supuestos, porque tanto el art. 316, segundo párrafo *in fine*, CPPN como

³ Fallos: 321:3630.

el art. 56 *bis* de la ley de ejecución, se fundan en la naturaleza del delito para agravar los derechos de las personas sometidas al sistema de justicia penal, ya sea alterando el régimen general que regula la libertad durante el proceso del imputado o el de progresividad de la pena del condenado.

Del precedente del máximo tribunal citado se extrae un mensaje claro: el legislador no puede modificar o avasallar, sobre la base del “reproche o la repulsa social de ciertas conductas”, determinados regímenes para “combatir el auge de determinada delincuencia”.

No está en discusión la potestad del legislador de establecer escalas penales en función del mayor o menor reproche social que merezcan ciertas conductas.

Lo que de ningún modo es aceptable es que aquél instituya una regla que impida *a priori* a ciertos internos su incorporación a institutos que se dirigen a obtener su resocialización, basándose para ello en la naturaleza del delito por el cual se encuentran cumpliendo pena, descartando cualquier tipo de análisis de su situación concreta.

Ello vulnera el fin primordial de la pena desde una perspectiva distinta a la expuesta en el apartado anterior, ya que soslaya la existencia de un tratamiento individualizado, que debe brindarse a todo interno en el marco de la ejecución de su pena (cfr. arts. 5, 8, 12, 14 de la Ley n° 24.660, entre otros).

Lamentablemente, el debate parlamentario que precedió a la sanción de la reforma operada por la Ley n° 25.948 refleja que el legislador se desentendió de decisiones del máximo intérprete de la Constitución Nacional como la citada.

Prueba de ello es lo sostenido en esa oportunidad por los diputados Ruckauf, Chiacchio, Rubini y Tulio, defensores de la reforma, quienes afirmaron que “(v)ista la inmensa cantidad de reincidencias en el caso de los delitos más aberrantes y la necesidad de proteger a los ciudadanos y ciudadanas del país, evitando la actual sensación de impunidad”, los legisladores tienen “la obligación de diseñar normas que permitan que quienes cometen delitos aberrantes o en su caso, los

reiteran, sean excluidos del beneficio del cual actualmente gozan a través del sistema legal vigente, que resulta a todas claras permisivo y que habilita la concesión del que se ha dado en denominar como 'régimen de salidas anticipadas o transitorias''. Asimismo, expusieron que la reforma "intenta acotar el ámbito de libertad decisoria en materia del citado régimen, privilegiando los intereses de los ciudadanos honestos, ello sin perjuicio de que se siga velando en sede carcelaria por la reinserción social de aquellos que han sido privados en forma fundada de su libertad", que "(q)uienes incurran en la comisión de los denominados delitos 'de sangre' no hallan 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"⁴.

A su vez, el diputado Casanovas en los fundamentos de su proyecto refirió que "no se trata de otra cosa que 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"⁵, y a través del relato de diversos hechos que "conmovieron a los argentinos", intentó explicar "cuál es la génesis de este proyecto". Refirió que "en la provincia de Buenos Aires rige desde hace cuatro años una ley que reproduce los artículos que aquí estamos promoviendo" y que "tiene vigencia, pero aquellos jueces a los que no les gusta y que no reconocen a los poderes legislativos como órganos de la Constitución para fijar las políticas criminales, nos subrogan, declaran la inconstitucionalidad de las leyes que no les agradan y aplican en su jurisdicción la ley 24.660. (...) Son todos delitos aberrantes cuyos autores tendrán el mismo régimen de tratamiento penitenciario progresivo pero sin derecho a circular en sociedad hasta que cumplan su pena o les sea concedida la libertad

⁴ Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 5º reunión, 4º sesión ordinaria (especial), del 7 de abril de 2004, p.457.

⁵ *Op. cit.*, p. 458.

condicional”⁶.

En el mismo sentido, el diputado Johnson refirió que la “iniciativa viene a satisfacer la necesidad de dar respuesta legal a hechos graves que informa la crónica diaria, que han sido cometidos por quienes se encontraban en estos períodos de libertad anticipada. Por otro lado, se trata de cumplir con la voluntad del legislador de que la pena se cumpla como corresponde y como ha sido programada por el Código Penal”, destacando que la modificación “encuentra su justificación en el riesgo social que implica la liberación de estos condenados. La experiencia y la realidad indican que vuelven al delito con los mismos bríos que los llevaron a cometerlo”⁷.

En términos aún más extremos, el diputado Díaz Bancalari expresó que dicha propuesta era “el inicio de la resolución de la problemática que la sociedad ha expuesto bien (...). El pueblo se encargó de trazar una línea bien clara: de un lado, los delincuentes; del otro, ciudadanos decentes (...). (N)o me digan que por aprobar una ley que impide la libertad anticipada de quienes cometen delitos aberrantes estamos infringiendo normas que hacen a los derechos humanos (... pues) son tan válidos los de los unos como los de los otros. Somos defensores de los derechos de unos y de otros, porque todos estamos sometidos a riesgo”⁸.

Finalmente, el diputado Pinedo alegó que “se trata de un proyecto que busca evitar que se deje en libertad anticipada a determinados delincuentes condenados por delitos graves. No me parece que sea un proyecto contrario a la razón o al sentido común. Parece bastante razonable que delincuentes de extrema peligrosidad cumplan sus condenas efectivamente en lugar de hacerlo por la mitad de su tiempo, accediendo a mecanismos que les permitan circular libremente (...). (E)l proyecto que estamos tratando no es mucho más que eso. No es un agravamiento de penas; no es algo que pueda ser declarado

⁶ *Op. cit.*, pp. 463/464.

⁷ *Op. cit.*, pp. 461/462.

⁸ *Op. cit.*, p. 495.

inconstitucional, no entiendo por qué podría serlo, y es un tema relativamente sencillo. Hoy estamos debatiendo este proyecto porque en una parte relevante de la Justicia argentina campean criterios abolicionistas o que indican que es mejor no cumplir con las leyes porque existen otros problemas, como, por ejemplo, los problemas carcelarios. En el debate de hoy se ha insistido hasta el cansancio con un argumento reiterado, según el cual el agravamiento de penas, o el intento de que las penas se cumplan en los casos de delincuentes peligrosos, no solucionan problemas de inseguridad. Es más, teniendo en cuenta el discurso de muchos de los señores diputados, pareciera que se piensa que si se agravan las penas y si no se libera anticipadamente a delincuentes peligrosos aumenta la inseguridad. Es posible que no pueda demostrarse matemáticamente que la inseguridad vaya a disminuir por el solo hecho de aumentar penas o de no largar anticipadamente a delincuentes peligrosos, pero me parece que sería absolutamente imposible demostrar lo contrario, es decir, que la inseguridad vaya a disminuir si reducimos penas y si liberamos antes a los delincuentes peligrosos (...). Es por ello que estos criterios jurisprudenciales —a mi modo de ver sumamente equivocados— y las leyes objetivamente favorables a los delincuentes que se sancionaron, en buena medida, son causales de inseguridad. El proyecto que estamos considerando trata sobre los mecanismos de resocialización. Las salidas anticipadas y otros mecanismos de tratamiento de los reclusos deberían tender a la resocialización de los condenados y a su reinserción en una vida pacífica en sociedad. Pero esas leyes no pueden estar pensadas para la reinserción de delincuentes peligrosos que pueden volver a cometer delitos contra en la sociedad (...). Eso no es resocialización. Y no se trata de una maldad por parte de los señores diputados que pensamos de esa manera; no se trata de que los presos sufran más. En un momento tan crítico como el presente se debe tener cuidado con la libertad que excesivamente otorgan en forma anticipada jueces que han declarado inconstitucionales algunas leyes, o que simplemente no las aplican. Los

bloques minoritarios que se han opuesto a la sanción de estas leyes han expuesto un argumento aparente, consistente en que con el aumento de penas o con estas limitaciones a la libertad anticipada no se acaba la inseguridad. Entonces, se concluye que no hay que aumentar las penas o no hay que impedir la libertad anticipada de criminales peligrosos. Esta es una falacia: que haya otras cosas que hacer no quiere decir que no haya que hacer estas cosas (...). Nosotros vamos a votar por la afirmativa esta iniciativa (...) porque creemos que puede contribuir a la disminución del delito, y estamos seguros de que no contribuirá a la agravación del delito (...). No estamos actuando con irresponsabilidad, apresuramiento o bajo presión; tampoco estamos violando el prestigio del Parlamento argentino al apoyar este proyecto, que es sencillo y simplemente establece que en este momento no es conveniente la libertad anticipada de delincuentes peligrosos. Si el día de mañana tuviésemos cárceles, sistemas penitenciarios, sistemas de reclusión de menores, policía y seguridad maravillosos, seguramente podríamos modificar este proyecto para volver atrás y ser más benignos en la liberación, pero mientras tanto preferimos que a nuestros hijos no los maten”⁹.

Esta reseña permite entender qué es lo que motivó al legislador a incorporar el art. 56 *bis* a la Ley n° 24.660. En términos generales, no existía, a su entender, obstáculo alguno para afectar un principio de rango constitucional –como el de resocialización de la ejecución de la pena– porque la reforma era necesaria a fin de brindar respuesta a los reclamos sociales del momento en que aquélla operó.

Sin embargo, en ese afán de satisfacer dichas demandas sociales, el legislador no sólo ha olvidado decisiones del máximo intérprete de la Constitución Nacional como la emitida en el precedente “Nápoli” ya citado, sino además, que su potestad legislativa de diseñar las políticas que pretende instaurar encuentra un límite infranqueable, que, como es sabido, está en la Constitución Nacional. Específicamente, ésta en su

⁹ *Op. cit.*, pp. 475/476.

artículo 28 establece que “(l)os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Lo alarmante es que estos “olvidos” tuvieron lugar pese a la preocupación y advertencia que en la cámara de origen muchos diputados demostraron –con argumentos más que razonables– acerca de los riesgos que tenía una modificación como la propuesta.

Muestra de ello es la exposición del diputado Pernasetti, quien manifestó que en ese mismo momento el Senado estaba tratando “un proyecto de ley por el que se modifica(ba) el artículo 13 del Código Penal a los efectos de evitar las libertades condicionales”, y que era “poco serio que en ese afán por legislar” ambas cámaras estuvieran tratando dos proyectos de ley con una misma finalidad “pero ambos absolutamente distintos entre sí”. Incluso, propuso una moción de orden para que el proyecto volviera a comisión y fuese tratado “como corresponde”¹⁰, pero fue rechazada.

Asimismo, el diputado Moreau esgrimió que la modificación propuesta no tenía suficiente fundamentos, ya que “si repitiéramos los fundamentos (de Casanovas) ninguno de nosotros podría votar esta iniciativa. En primer lugar, el señor diputado Casanovas ha sostenido claramente que esta ley tiene vigencia en la provincia de Buenos Aires desde hace cuatro años. (...). (D)icha norma tiene vigencia, pero los jueces no la aplican. Entonces, ¿qué va a pasar con este proyecto que no modifica los artículos 13 y siguientes del Código Penal, y que entran en contradicción y cuya reforma, para colmo, está siendo considerada (...) en simultaneidad con el Senado, sin que sepamos claramente qué es lo que se está debatiendo o qué va a surgir de ese tratamiento? Para explicar

¹⁰ *Op. cit.*, p. 460. En el mismo sentido, opinaron los diputados Esain (*op. cit.*, p. 473/474), Fayad (*op. cit.*, p. 478). También la diputada Maldonado afirmó que “(a)yer dije –y me dio la razón el señor diputado Casanovas– que ésta es una solución parcial, acotada. Entonces, sosteníamos que era necesario no avanzar sobre este proyecto sin llevar adelante una discusión amplia sobre el tema. (...). Quiero llamar a la reflexión en cuanto a que no es necesario que sigamos avanzando en hacer parches y tomar decisiones que van a contramarcha de la normativa de fondo” (*op. cit.*, p. 484/485).

que esto es humo, que no tiene sustento, que estará sometido a nulidades y a interpretaciones de los jueces, bastó el discurso del señor diputado Casanovas (...). Esta iniciativa no ha servido, y tampoco servirá en las condiciones en que habremos de sancionarla. Estamos dando satisfacción a una demanda legítima en términos éticos, pero que carece de eficacia práctica (...). Equivocadamente aquí se ha dicho que no estamos para hacer diagnósticos, pero sí estamos para ello; de lo contrario, sólo hacemos circo. La política de seguridad debe apoyarse en el diagnóstico (...). (L)a falla básica de todo esto es que no hay prevención, no hay investigación, no hay inteligencia; por lo tanto, no hay sentencia y, por ende, es absolutamente banal o superficial hablar de rehabilitaciones con mayor o menor grado de limitaciones para los jueces (...). Empezamos por el final. Empezamos por discutir si vamos a restringir o no las libertades condicionales y dejamos el resto del camino como está (...). No me parece que esto sea lo más racional, salvo que se busquen efectos mediáticos (...). Entonces, me parece que lo sensato es que este proyecto vuelva a comisión, que no se cruce con lo que está pasando en el Senado. Además, si en la provincia de Buenos Aires el caso ha quedado (...) sometido a interpretaciones judiciales, con más razón va a ocurrir lo mismo ahora (...). (E)stamos dejando de lado lo esencial (...). No queremos más improvisaciones (...). Articulemos una política en serio y empecemos por no tratar este proyecto. Esperemos a ver qué sucede; veamos si el Senado avanza o no y discutamos en serio. No empecemos por el final ni busquemos golpes de efecto”. Además, alertó acerca de que esa sesión en particular “fue disparada por la movilización que días atrás tuvo lugar en las puertas de este Congreso” y que “lo que nosotros no podemos hacer –porque si lo hiciéramos estaríamos actuando bajo presión mediática (...)- es considerar proyectos que llegan sorpresivamente y que pretenden cabalgar sobre un estado de ánimo de la sociedad”¹¹.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 464/469. En términos similares, se expresó la diputada Musa, quien sostuvo que “(e)stamos discutiendo un proyecto de ley de ejecución penal y no

En la misma línea, el diputado Monteagudo sostuvo que “(a)unque esto pueda resultar hasta irrisorio, a mí me da la sensación de que estamos a un paso de asistir al funeral del derecho argentino. Estamos al borde de plantear el acta de defunción de lo que fue para la República Argentina el criterio de rehabilitación. Hoy decíamos –más temprano– que aquí falta rigor científico. La criminología existe para eso y no para que cada uno diga lo que le plazca, porque no estamos en una calle o en una plaza. Estamos en el recinto de la Cámara de Diputados de la Nación. No puede ser que se borre de golpe un historial, una trayectoria y un antecedente de lo que ha sido la doctrina argentina. No me estoy refiriendo a cuestiones utópicas que no ocurrieron. (...) Me sorprende que del bloque Justicialista haya salido ese tipo de proposiciones que echan por tierra la concepción del derecho penal argentino y de lo que significa el criterio de rehabilitación. Me preocupa que continuemos con esta sesión, porque estamos tratando de no incurrir en una problemática mayor: la falta absoluta de legitimidad institucional, cuando en el Congreso están ocurriendo otras cosas (...). ¿No será mejor levantar la sesión, para que no siga siendo una de las reuniones más bochornosas que yo recuerde de la Cámara de Diputados

queremos establecer el diagnóstico (...). (N)os están copiando un proyecto fracasado, como fracasó la gestión de Ruckauf y la de Casanovas (...). (L)a Ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires no tuvo ningún éxito. Por eso es que vamos a votar esta iniciativa absolutamente en contra, exigiendo discutir una política de seguridad que la democracia y nosotros merecemos” (*op. cit.*, pp. 472/473). También, El diputado Costa, que afirmó que en la provincia de Buenos Aires “desgraciadamente es donde tenemos más problemas de inseguridad; desafortunadamente, de esa provincia proviene el proyecto que se está tratando. Es un proyecto que se aprobó –y por eso digo que a veces hay que hacerse cargo– el 16 de noviembre de 2000, y la Alianza era mayoría en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Dimos la posibilidad de que este tema se tratase porque el gobernador dijo que era un tema de Estado. Le planteamos claramente que no iba a dar resultado. Los cuatro años pasaron y eso fue lo que sucedió. Hoy, los mismos autores de ese proyecto quieren que se equivoque toda la Nación (...). ¿Vamos a decir que en la Argentina todo pasa por aumentar o no las penas cuando no tenemos una política concreta de Estado, no sólo para el tema de la seguridad sino también para prevenir hechos delictivos? (...). Debemos ser sinceros. Como lo que aquí se quiere votar no se soluciona el problema de la inseguridad en el país. Es necesario tener un proyecto integral para toda la Nación (...)” (*op. cit.*, p. 483).

de la Nación? (...). (P)ongamos racionalidad”¹².

Por su parte, la diputada Panzoni expresó que “aquí se dijo en varias oportunidades que la legislación penal por sí misma no garantiza una política de seguridad, entendida ésta con criterio de integralidad. Lo que sí debemos entender es que si bien no justifica, no comprende, no abarca por sí sola una política de seguridad y mucho menos una política de Estado, lo que sí puede perjudicar es el manoseo permanente – llevado por la urgencia– de los códigos de fondo, de los códigos de procedimientos y de los códigos de ejecución penal, y ni que hablar cuando esto se hace generando una mezcla que trae consecuencias total y definitivamente explosivas, conspirando contra la posibilidad de tener una política criminal y mucho más contra la posibilidad de contar con una política de Estado. Aunque algunos legisladores no quieran traer el tema al recinto, creo que la situación que se ha dado en la provincia de Buenos Aires es el ejemplo más palmario de lo que estoy diciendo, porque realmente preocupa que algunos señores diputados, los autores del proyecto que estamos tratando, intenten arrastrar al Congreso de la Nación a consumir exactamente los mismos errores y a transitar por el mismo camino de fracaso por el que hicieron transitar a la provincia de Buenos Aires. Aquí se ha dicho bien que hace cuatro años que este proyecto que hoy está analizando la Cámara de Diputados de la Nación es ley en la provincia de Buenos Aires. Concretamente es la 12.543. Este proyecto que se ha presentado es una copia perfecta y calcada del que se presentó en la provincia de Buenos Aires. Y si cuatro años no es un tiempo suficiente para que entendamos que no resulta ir por el endurecimiento de las penas, de las condiciones para la excarcelación – como se trató oportunamente en la provincia de Buenos Aires– y de las condiciones que determinan los códigos de ejecución para acceder a la libertad condicional y a los beneficios establecidos, ningún tiempo lo será. Después de cuatro años la provincia de Buenos Aires es la muestra más acabada de dónde termina este tipo de legislación. Realmente, no

¹² *Op. cit.*, pp. 376/377.

comprendo cómo esto no se interpreta aquí, en el recinto, en donde se ha apelado en variadas y múltiples oportunidades al sentido común (...). Yo digo que cuando no se dice toda la verdad, cuando no se cuenta cuál es el proceso que ha atravesado la provincia de Buenos Aires, la omisión es también una forma de mentira. Si este Congreso legisla, tiene derecho a hacerlo con el conocimiento del camino del fracaso que transitó esa provincia que hoy es el centro sobre el cual están depositadas las miradas de todo el país, en un área tan sensible como es la de la seguridad pública”¹³.

Por último, la diputada Stolbizer manifestó que “estamos reiterando la falacia de querer hacer creer que el problema de la seguridad se debe a la lenidad del sistema penal. Es hipócrita y es una mentira plantear a la sociedad que la solución a sus problemas pasa en este momento por las leyes que estamos sancionando¹⁴. (...) En consecuencia, también es necesario no mentir con respecto a la eficacia que podrían tener estas leyes. Debemos ser claros en la denuncia de inconstitucionalidad que tiene esta iniciativa, pues es una norma que restringe las garantías de nuestra Carta Magna. Se debe superar la discusión sobre la existencia o no de garantismo, porque en la Argentina la garantía reside en la Constitución Nacional. Por lo tanto, cualquier norma restrictiva de las garantías que están establecidas en la Constitución Nacional y en los pactos que forman parte del orden jurídico supranacional, es lisa y llanamente inconstitucional. Es necesario dejar de llorar a los muertos e implementar definitivamente políticas y

¹³ *Op. cit.*, pp. 479/480. En el mismo sentido, el diputado Jano sostenía que “(n)o hay forma de que podamos apoyar la misma metodología para que tengamos que transitar en el orden nacional el mismo camino que se transitó en la provincia de Buenos Aires, como si hubiese sido exitoso” (*op. cit.*, p. 481).

¹⁴ Asimismo, lo expuesto por la diputada Falbo, en el sentido de que “se sostiene que endureciendo las penas vamos a tener más seguridad. En realidad, eso es minimizar el reclamo. El clamor popular que mostró la población tenía por objetivo un requerimiento de más justicia y seguridad. Si interpretamos esto como la exigencia de votar más proyectos de ley o endurecer las penas estaremos equivocando el camino. (...) No basta con endurecer las penas; también hay que atacar los problemas de fondo” (*op. cit.*, p. 493).

mecanismos consensuados desde una política de Estado concebida para evitar que siga habiendo muertes. Crear nuevos tipos penales, aumentar penas y limitar excarcelaciones no sirve si no hay esclarecimientos y condenas. (...) Es un error usar el sistema penal para hacer política carcelaria. También lo es pensar que ésta es la única herramienta o respuesta que tenemos frente a un problema tan grave y estructural como el nuestro. Para las soluciones a largo plazo hay que empezar alguna vez. El problema del temor a que los efectos no se produzcan en lo inmediato se vincula con el oportunismo del que está tan imbuida la actividad política, donde todos queremos obtener los réditos cortoplacistas, a fin de llevarnos a casa parte de esa ganancia”¹⁵.

Evidentemente, las advertencias de estos legisladores no bastaron para impedir que una ley como la sancionada entrara en vigencia.

8.- Es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría 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, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley”¹⁶ y que “el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse”¹⁷.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 491/493.

¹⁶ Fallos 301:962; 302:457; 310:1162; 312:122; 314:424, entre muchos otros.

¹⁷ Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166, 2298.

Empero, también ha sostenido que “corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”, y que no debe verse en ello “una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. (...) Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad... No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución”¹⁸.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que el art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660 –incorporado por la Ley n° 25.948– resulta violatorio de lo establecido en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –cfr. art. 75 inc. 22, CN–, que específicamente prevén el principio de resocialización como fin esencial de la ejecución de la pena.

Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial, casar la decisión impugnada, declarar la inconstitucionalidad del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660, y remitir las presentes actuaciones al *a quo*, a fin de que dé inicio al incidente de salidas transitorias de Mario Jorge Arancibia.

9.- En función de la solución adoptada, resulta inoficioso pronunciarse sobre los demás planteos introducidos por la parte.

El juez Niño dijo:

Adhiero, en lo sustancial, al voto del juez Morin.

El juez Sarrabayrouse dijo:

I. El recurso de la defensa se centra en tres agravios: la

¹⁸ Fallos 328:1146, cons. 27 del voto mayoritario.

inaplicabilidad del art. 56 *bis*, ley 24.660, a los delitos contemplados en esa regla pero cometidos en grado de tentativa; la inconstitucionalidad subsidiaria de ese artículo y la inexistencia de controversia entre las partes con respecto a este último punto.

El planteo es congruente con lo que la parte recurrente sostuvo a lo largo de la incidencia; según el dictamen de fs. 518 / 529, su primer pedido se refirió a “...*la inaplicabilidad del art. 56 bis de la ley 24.660 al caso concreto (delito tentado – principio de interpretación restrictiva de la ley)*...” (punto III, fs. 520 vta.); en subsidio, en el mismo escrito solicitó su declaración de inconstitucionalidad.

Por su parte, el juez *a quo* decidió invertir el tratamiento de las cuestiones introducidas por las partes, es decir, en primer lugar trató la inconstitucionalidad peticionada en segundo término; sin embargo, no analizó el pedido de inaplicabilidad del art. 56 *bis*, ley 24.660 al caso concreto, sino que sólo formuló una remisión genérica a lo que ya había señalado con respecto a la “...*plena vigencia*...” de la regla cuestionada (ver fs. 549). En este sentido, si la declaración de inconstitucionalidad de una regla debe ser la *ultima ratio* del sistema, el magistrado de la instancia anterior en primer lugar debió tratar este planteo de la defensa, eventualmente descartarlo y luego decidir acerca de la eventual conformidad constitucional del art. 56 *bis*, ley 24.660.

Se trata entonces de la omisión del tratamiento de una cuestión sustancial para la resolución del litigio, por lo cual corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida de conformidad con lo establecido en el art. 123, CPPN.

De esta manera, a diferencia de lo sostenido por los colegas Morin y Niño, entendemos que debe hacerse al lugar de casación interpuesto, anular la sentencia de fs. 544 / 549 y ordenar su reenvío para que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con las pautas aquí expuestas. Sin costas (arts. 123, 456 inc. 2º, 491, 530 y 531, CPPN).

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital

Federal, por mayoría, **RESUELVE**:

I.- HACER LUGAR al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 551/584 por la defensa oficial de Mario Jorge Arancibia, **CASAR** la resolución de fs. 247/252, **y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 56 *bis* de la Ley n° 24.660, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 474, 475, 530 y 531, CPPN).

II.- REMITIR las actuaciones a la instancia de origen a efectos de que dé inicio al incidente de salidas transitorias de Mario Jorge Arancibia.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando Niño

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd

Secretaria de Cámara