

IMPACTO DE LA LEY 27.375 EN EL REGIMEN DE LIBERTAD CONDICIONAL.

“acuérdense de los que están presos, como si ustedes lo estuvieran con ellos”. Hebreos 13,3.

1. Postulación del tema

La Ley N° 27.375 introdujo modificaciones en el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal, agregando para un catálogo de delitos, exclusiones que le impiden a la persona privada de la libertad acceder a los beneficios contemplados durante la ejecución de la pena. Así, modificó el art. 14 del Código Penal, y la ley 24.660 incorporando con el art. 56 bis la cancelación de beneficios para quienes cumplen penas vinculadas a un grupo de delitos¹.

El artículo 14 del Código Penal en su redacción actual *-artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375-*, establece que *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:*

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.*
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.*
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.*
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.*
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.*
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.*
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.*

¹ La ley 27.375 (B.O 28/07/2017) efectuó varias modificaciones sustanciales a la ley 24.660 (B.O. 16/07/1996) referida a la ejecución de la pena privativa de la libertad, la que a su vez recibió modificaciones por los decretos 1058/1997, 1136/1997, 396/1997, 1139/2000, 18/1997 y 72/2006.-

- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero (artículo 13 del Código Penal).

El tenor de los cambios que introdujo la ley 27.375 (B.O. 28/07/2017) -que se erigen como obstáculo para la concesión de la libertad condicional²-, nos interpela a determinar si la normativa franquea el estándar mínimo de derechos impuesto por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, si supera el *control de convencionalidad*³.

Además, si aprueba el escrutinio del “*test de razonabilidad*” o “*racionalidad*” que reclama el art. 28 de la Carta Magna, cuando custodia, especialmente, que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales.

Se trata de una garantía innominada a la *no arbitrariedad* que fluye del artículo 33 de la Constitución Nacional⁴. Es una garantía o protección constitucional que se traduce para los justiciables en una exigencia de razonabilidad (art. 28 C.N.)⁵.

La arbitrariedad como opuesto a la razonabilidad.

² Que el instituto jurídico de la Libertad Condicional (art. 13 Código Penal) requiere del cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia, siendo éstos: a) que el condenado haya solicitado el beneficio; b) que se trate de una condena a pena privativa de la libertad y se encuentre firme; c) que se verifique un tiempo mínimo de cumplimiento de la pena; d) que el interno haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios y e) que la ponderación conceptual demuestre una evolución personal del condenado de la que sea deducible su mayor posibilidad de una adecuada reinserción social. Asimismo, se requiere que el interno no sea reincidente (art. 14, primera parte Código Penal), y, finalmente, que no se le haya revocado, con anterioridad (y con respecto a la misma causa) una libertad condicional acordada (art. 17 Código Penal)

³ El “*control de convencionalidad*” es la medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), destinado a escrutar si las normas internas de los Estados parten respetan los estándares fijados por el Pacto de San José. El fundamento normativo de esa función lo encontramos en los arts. 1 y 2 de la CADH. La figura del *control convencional* fue establecida explícitamente a partir de 2006 por la jurisprudencia de la Corte IDH, en su carácter de órgano jurisdiccional autónomo, cuya competencia consiste en la interpretación y aplicación de la CADH

⁴ VANOSSI, Jorge R., “*Recurso Extraordinario Federal- Control de Constitucionalidad*”, Universidad, 1984, p. 147

⁵ VANOSSI, Jorge R., “*Recurso Extraordinario Federal- Control de Constitucionalidad*”, Universidad, 1984, pp. 126 y 147

Las reglas que informan la ejecución de la pena privativa de la libertad afectan en forma sustantiva y material la esencia misma de la pena y, en efecto, la conforman y afectan su grado e intensidad⁶.

2. El control jurisdicción de la ejecución de las penas privativas de la libertad

La ley 24.660 impone un control judicial permanente sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad en cualquiera de sus modalidades y obliga al juez interviniente a garantizar “... el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley” (artículo 3°).

El control judicial amplio y eficiente resulta ineludible a la luz de la ley vigente, al tiempo que constituye un factor altamente positivo para el logro de los fines que procuran las normas de ejecución de las penas privativas de libertad. Criterio que fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "*Romero Cacharane*"⁷.

Como todo acto que implique un cercenamiento de derechos, la ejecución de la pena privativa de la libertad debe estar sometida a un permanente control judicial. Esto significa que todas aquellas decisiones que comporten un cambio

⁶ Por ello, la ley 27.375 (B.O. 28/07/2017) es *irretroactiva* en todo aspecto en que ella repercute negativa, sustancial y materialmente sobre la pena impuesta al imputado y, por el contrario, podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte más beneficiosa. La reciente reforma introducida por la ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), produjo sustanciales modificaciones a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660).

Abundando, son irretroactivas con idéntico rigor que las normas penales, aquéllas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de libertad –elemento sustantivo de la pena de prisión-, tales como las salidas transitorias, la libertad asistida, la libertad condicional entre otros beneficios, etc., y sólo serán retroactivas en la medida que favorezcan al interno

⁷ Fallos 327:388, del 09/03/2004. la Corte sostuvo que el principio de judicialización de la etapa ejecutiva de la pena "*significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución*" -del voto del Dr. Fayt-. Y que "*uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan el contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y, por lo tanto, queda a resguardo de aquella garantía*" -del voto conjunto de los doctores Zaffaroni y Maqueda-.

cuantitativo en la forma en que se venía cumpliendo la pena deben ser adoptadas o controladas por un juez.

El control judicial fue receptado por la ley 24.660, surgiendo del análisis del debate parlamentario que el mismo se inspiraba en los tratados internacionales, en las recomendaciones de Naciones Unidas, consagrando el "*...pleno contralor jurisdiccional de la ejecución de la pena*" (arts. XV de la DADH y 7.5 y 7.6 de la CADH)⁸.

Estos principios, de control judicial y de legalidad⁹, se encuentran explícitamente consagrados en la ley 24.660¹⁰. El art. 3 indica que "*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley*". A su turno, el art. 4 confiere competencia al Juez de Ejecución para "*resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado*"¹¹.

⁸ La dogmática penal no puede prescindir de la realidad que opera en las cárceles de nuestro país. Para poder hablar de *judicialización de la etapa de ejecución de la pena*, no basta con el dictado de una ley, sino que se deben asegurarse en ésta etapa las garantías propias del sistema normativo y las decisiones que versan sobre la modificación de las condiciones cualitativas de la pena, deben ser tomadas por un juez imparcial e independiente de la administración, en un proceso constituido con los mismos derechos y garantías que tiene una persona en el proceso donde se decide su responsabilidad penal.

⁹ El principio exige la determinación en la duración de la pena y la definición de la forma de cumplimiento de esta. Dentro de la ejecución penal la fuente inmediata del principio de legalidad es el art. 18 CN, el art. 9 de la CADH y el art. 15 PIDCyP. La ejecución de la privación de libertad no puede hacerse al margen de la ley y, consiguientemente, todo lo que sucede dentro de la prisión debe hacerse conforme a ella. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y/o razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. Se trata de la cuarta manifestación en lo penitenciario (*nulla exsecutio sine legem*) de esta garantía que completa los principios de *nullum crimen sine legem*, *nulla poena sine legem* y *nemo damnetur nisi per legale iudicium*

¹⁰ La finalidad del art. 1 de la ley 24.660 es la reinserción social, y se persigue por dos vías no excluyentes, sino acumulativas: 1) promoviendo mediante el tratamiento interdisciplinario que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley; 2) promoviendo el apoyo y la comprensión de la sociedad, de modo tal que ese programa guíe la interpretación de todas las disposiciones de la ley orientándola a ese fin.

¹¹ Ver CFCP, Sala II, causa "Nota, Darío Javier s/recurso de casación y de inconstitucionalidad", causa n° 12.946, reg. n° 19.912, rta. el 08/05/12 y "Miño, Daniel s/ recurso de casación", causa n° 14.807, reg. n° 19.955, rta. el 16/05/12

El ordenamiento jurídico nacional se caracteriza por un control constitucional difuso¹² y regido por el principio de supremacía constitucional¹³ que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional (C.N.)¹⁴, la denominada “cláusula de supremacía”¹⁵.

Es obligación de los jueces realizar un análisis comparativo de las normas inferiores con la Ley Fundamental para determinar si existe una colisión entre ambas¹⁶.

¹² Desde el nacimiento del control judicial de constitucionalidad desconcentrado o difuso que sigue el modelo estadounidense (caso “Marbury vs. Madison” de 1803), refiere que el juez constitucional se perfila como un “inaplicador” o “desaplicador” de normas inconstitucionales, limitándose el fallo que admite la pretensión declarativa de inconstitucionalidad al caso concreto y a reputar inválida la norma e inexistente *ex tunc*, lo que significa que la norma declarada inconstitucional mantiene su vigencia y puede ser aplicada en otros casos, hasta tanto no sea declarada inconstitucional en el caso concreto.

¹³ La supremacía de la constitución tiene dos sentidos. Uno fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado. Pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal. El *leading case* “Marbury c/Madison”, del año 1803, ha sido el antecedente inmediato en Estados Unidos de la doctrina de la supremacía y del control constitucionales, y con su ejemplaridad suscitó seguimiento o imitación dentro y fuera de los Estados Unidos. De allí se trasplantó a nuestro derecho. BIDART CAMPOS; German, “Manual de la constitución reformada”; Tomo I, Ediar. 2006, Cap. V, apartados 1 y 8

¹⁴ La Corte se manifiesta como “Es el intérprete final de la Constitución”. Ello se desprende de la sentencia pronunciada por la Corte con fecha 18/10/1864 in re “Ministerio Fiscal c/Don Benjamín Calvete s/Atentados contra la inmunidad de un senador” (Fallos 1:340). Se advierte el mantenimiento de ese criterio a través de un pronunciamiento más reciente en el cual la Corte refiere a su doctrina. Allí se resolvió que “el tema de las cuestiones políticas no justiciables se relaciona en forma directa, por un lado, con el principio reiteradamente sostenido por la Corte desde 1864, en cuanto a que ella es la intérprete final de la Constitución y, por el otro, con aquel que señala que la misión más delicada de la Justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes” -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 327:2048).

¹⁵ VANOSSI, Jorge R., “Recurso Extraordinario Federal- Control de Constitucionalidad”, Universidad, 1984, pp. 128/129. La Constitución estadounidense recoge, en su Título VI, la declaración de la supremacía de la Constitución como la ley suprema del país (the supreme law of the land); consecuentemente, gozará de superioridad jurídica (shall enjoy legal superiority) por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria (conflicting provision) contenida en las leyes o en las constituciones de los Estados de la Unión. A esta previsión se la conoce como “cláusula de supremacía” (supremacy clause). La positivización de una cláusula de supremacía constitucional en el texto de la constitución fue fundamental

“...constituye una norma implícita de lógica jurídica, la cual regiría, aún sin necesidad de sanción positiva expresa...”. BIANCHI, Alberto B., “Control de Constitucionalidad”. Editorial Ábaco. 199, pp.24 y siguientes.

¹⁶ “...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,

Abundando, existe un deber en cabeza de los magistrados de efectuar un control constitucional y convencional, incluso *ex officio*¹⁷, debiendo considerar a tal efecto la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han realizado sobre la cuestión bajo su conocimiento¹⁸.

constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (...) es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos: 33:162 y más recientemente en 335:2333)

"...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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana" (Fallos: 330:3248, "Mazzeo").

¹⁷ El control de constitucionalidad y convencionalidad procede aún si no media petición de parte, quienes estamos investidos de la magistratura y siempre en el marco de la función jurisdiccional, les incumbe mantener la fiel observancia de la ley fundamental y de los pactos internacionales que tienen esa misma jerarquía, prescindiendo al decidir de cualquier disposición de los poderes constituidos que se encuentre en oposición al denominado bloque de constitucionalidad. Es que el requisito de que el control se realizara exclusivamente a pedido de parte fue un aditamento pretoriano que estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación a mediados del siglo pasado, ante el temor de que se produjera una afectación al equilibrio de poderes, si se admitía que por propia iniciativa los jueces pudieran ejercer el contralor de los actos legislativos o los decretos de la administración pública (Fallos: 190:142).

Posteriormente, el mismo tribunal se encargó de echar por tierra esa doctrina al advertir que si se entendía como atribución jurisdiccional el control de constitucionalidad, entonces no podía afirmarse que la injerencia sobre los poderes públicos no se manifestaría cuando hubiera pedido de parte en ese sentido y si cuando no lo hubo (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; 327:3117; y más próximo en el tiempo 335:2333, "Rodríguez Pereyra").

¹⁸ A partir de la doctrina sentada en "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219 (2001) y "Banco Comercial Finanzas", Fallos 327:3117, además Fallos 327:5723, el control puede ser de oficio. Y, recientemente en Fallos: 335:2333, "Rodríguez Pereyra". "...los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado (el resaltado me pertenece). Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango..."

La posición histórica de la Corte sostenía la posición contraria con fundamento en el art. 2 de la Ley 27. El fallo clásico era "Ganadera Los Lagos", Fallos 190:142. Desde el consolidado precedente "Ganadera Los Lagos" (1941), con firmeza y por unanimidad el tribunal negó a los jueces la potestad de ejercer dicha atribución sin instancia de parte.

En igual sentido, "Peyrú, Osvaldo J.", LA LEY 1987-E, 126; "Roncoroni de Claisse, Elida Josefa v. Uhart, Roberto Domingo", Fallos 251:455; "Temporelli de Montagna o Montaña, Inés v. Consejo General de Educación de Santa Fe y/u otros", Fallos 267:150; "Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos", LA LEY 1979-C, 84; "Martínez, Onoribal s/ cancelación de ciudadanía" LA LEY 1984-A, 396; "María del Carmen Pérez y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos: 310:1090

“...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”, máxime “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...”¹⁹.

Definido el rol del juez en el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, corresponde sumergirnos en las restricciones que dispone la ley 27.375 al régimen de libertad condicional (artículos 14 del Código Penal, y 28 y siguientes de la Ley 24.660).

3. Las restricciones que dispone la ley 27.375 al régimen de libertad condicional.

El marco normativo en que se inscribe la libertad condicional como instituto de la ejecución de la pena se integra con las siguientes normas:

1) el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que *“...[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”*;

2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza que *“...[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...”* (artículo 5.6);

3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *“...[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) [e]l régimen penitenciario consistirá en un*

SZARANGOWICZ, Gustavo A. y TOLEDO, Sebastián D., *“El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, eLa Ley 2005-E, 1487

¹⁹ Fallos: 328:1146, "Verbitsky"

tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..." (artículo 10.1 y 10.3);

4) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) ya que establecen que si bien "...[l]os objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia...", afirma que esas metas "...solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo..." (Regla 4). Allí se sostiene que es "...conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia..." (Regla 87); y

5) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), recomiendan que con posterioridad a la sentencia se deberán considerar "...cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad" (Regla 9.4).

Si bien, los dos últimos constituyen instrumentos de *soft law*²⁰, y no exhiben la misma jerarquía que los tratados incorporados al *bloque constitucional de*

²⁰ Los conceptos de "*hard law*" y "*soft law*" representan el alcance que tiene el Derecho Internacional al moldear y reglamentar las relaciones entre los Estados. El concepto de "*hard law*" en esencia se refiere a los tratados y reglas adoptadas por los Estados. Una vez adoptados, estos vinculan ante la ley. Por otro lado, el concepto de "*soft law*" tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley. A pesar de que su uso y puesto en vigor resulta ser de índole persuasiva, el "*soft law*" provoca efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer paso para que se conviertan en "*hard law*". En virtud del crecimiento del campo de las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional, los términos se han tornado menos estáticos.

El resguardo de los derechos humanos en la comunidad jurídica internacional comenzó con la creación de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, ellas son expresiones de la técnica legislativa del *soft law*

*derechos fundamentales*²¹, o *bloque federal de constitucionalidad*²², entendido como un *todo indisoluble*²³, no puede obviarse que, según el Máximo Tribunal, se han erigido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, como el estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad²⁴.

La importancia de estos documentos es trascendental: pese a tratarse de lo que en la doctrina del Derecho Internacional se conoce como *soft law* instrumentos que, como se dijo, a diferencia de los Tratados o Convenciones, no tienen valor jurídico vinculante para los Estados, pero que por su contenido y por

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, pp. 223/261; *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Librotecnia, Santiago, 2007

²² Recién a partir del año 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación comienza a usar la acepción "bloque de constitucionalidad federal", para establecer su competencia en un asunto concreto. Son ejemplos los fallos: "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" del 03/05/2005; "Llerena, Horacio L. s/ abuso de armas y lesiones", causa n° 3221 del 17/05/2005; y "Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A. s/homicidio calificado por el vínculo y por alevosía", causa n° 120/02 del 08/08/2006. En estos fallos el Tribunal cimero afirma que *"existe cuestión federal suficiente [si] se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional"*. MANILI, Pablo, *El Bloque de Constitucionalidad Federal*, Editorial LA LEY, Buenos Aires, 2003, pp. 181/183. La expresión se utiliza por vez primera por Louis Favoreu al comentar un fallo del Consejo Constitucional de Francia en la década de los sesenta del siglo pasado, donde, en principio, incluía a la propia Constitución de 1958, el preámbulo constitucional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; bloque que se ha venido ampliando en Francia y en los países donde se ha aceptado tiene contenidos distintos, como sucede en España y en varios países de Latinoamérica. FAVOREU, Louis, RUBIO LLORENTE, Francisco, y PEREZ ROYO, Javier, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991. BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1995, pp. 265/267. Una manifestación de la constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esto ha sucedido, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010. Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que *"Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado"* (art. 74.3). También debe destacarse el caso de México, que, a partir de junio/2011, adquieren rango constitucional los DD HH previstos en tratados internacionales (art. 1°)

²³ OSPINA MEJÍA, Laura, *Breve aproximación al "bloque de constitucionalidad en Francia"*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>. Citado en CARRASCO SOULE, Hugo, *El control difuso de la convencionalidad bajo la óptica del Poder Judicial de la Federación*, Revista Derecho sin fronteras - Lerni Instrui, año 1, n° 2 -enero/junio 2013- México, p. 7

²⁴ Fallos: 328:1146, "Verbitsky"

el prestigio de la autoridad de la cual emanan deben ser necesariamente tenidos en cuenta²⁵.

Los más altos tribunales locales e internacionales se han ocupado de dotarlos de un fuerte valor al momento de determinar con carácter preciso cuáles son las obligaciones concretas que los Estados deben cumplir para lograr la vigencia de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad²⁶.

Estos postulados del Sistema Internacional de los Derechos Humanos fueron receptados por el legislador al dictar la ley 24.660, en donde instituyó que “[l]a ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto” (artículo 1).

La ley también establece en su artículo 5 que “[e]l tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo...”, y en su artículo 6 prevé que “[e]l régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del

²⁵ El *soft law* se trata de una fórmula de producción normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y se caracteriza por: a) responder al esquema del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional, b) proponer y no imponer la realización de conductas, tiene una función promocional del Derecho; c) su análisis avanza en los diversos sectores del derecho, el internacional, el tributario, el laboral, el societario y el administrativo; d) forma parte de la mentada globalización en punto al ámbito jurídico; e) se corporiza en fórmulas de muy distinta variedad y características, hasta el punto de que son más las dudas que las certezas que asaltan a quienes pretenden buscar una cierta claridad conceptual en este tema, f) representan un para los juristas, pues genera la perplejidad, dado que donde antes se encontraban con el esquema clásico de imposición de conductas por parte del Estado mediante el recurso a la coacción, hoy se encuentran cada vez más con fórmulas que responden al esquema del consejo o la recomendación no del Estado sino de otras instituciones, y g) se trata de proposiciones normativas que de forma clara, indubitada y poco interpretable establecen determinados contenidos, pero los fijan a través del instrumento de la recomendación y la llamada a la adhesión voluntaria, y no mediante el recurso a la coacción. ALTAMIRANO, Alejandro, “El «Soft law» y el Derecho Internacional Tributario. ¿Es fuente de Derecho?”. en: ASOREY, Rubén y GARCÍA, Fernando, “Tratado de Derecho Internacional Tributario” Tomo I, La Ley, Buenos Aires, p. 91

²⁶ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de Reclusos, “Reglas Mandela”, “...se han convertido, por vía del artículo 18 CN en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”. Fallos 328:1146, Verbitsky”.

Otro ejemplo lo constituyen las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aplicables en nuestro derecho local debido a la Acordada 5/2009 de la CSJN, motivo por el cual se deberá garantizar ampliamente su tratamiento en la jurisdicción.

*condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina...”*²⁷.

4. El carácter resocializador de la pena como objetivo superior del sistema.

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados. Es la piedra angular para la posterior interpretación de todos los preceptos que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad. Cualquier precepto contenido en las leyes relativas a la ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo considerado “*esencial*”²⁸.

Durante la ejecución de la pena dos principios centrales deben ser compatibilizados. Por un lado, *la progresividad* que implica una orientación durante la ejecución de la pena privativa de libertad tendiente a “*limitar la permanencia del interno en establecimientos cerrados*” (ley 24.660, art. 6) y, por el otro, *la individualización* que remite a contemplar las necesidades del tratamiento personalizado del penado (art. 5 de la ley 24.660)²⁹.

El *principio de progresividad* se encuentra interrelacionado con el *principio de reinserción social*, ya que se buscará la misma a través de un proceso progresivo, en el marco de un tratamiento concreto, interdisciplinario y especializado.

El avance en la *progresividad* implica adquirir capacidad para el sostenimiento y ejercicio de la autodisciplina; capacidad que debe derivar de los

²⁷ “[n]o hay dudas para el Tribunal de que los propósitos de ‘readaptación’ son de la mayor importancia para el Estado, y que constituyen una de las principales finalidades que el legislador ha depositado en las instituciones carcelarias (Ley Penitenciaria Nacional citada, art. 1; Servicio Penitenciario Federal -arts. 3 y 5, inc. c- según ley 20.416; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.6: ‘las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3: ‘el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados’)” (Fallos: 318:1894, del voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano)

²⁸ ALDERETE LOBO, Rubén en ZAFFARONI, Eugenio (dirección)-DE LANGHE, Marcela (coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad*” Nueva serie, tomo 15, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 189

²⁹ El tratamiento penitenciario en clave de derechos debe dejar de ser realizado exclusivamente con parámetros de modificación de conductas, para pasar a realizarse no solo con el internos, sino también comprometiendo a la comunidad toda en ese proceso

logros alcanzados por el interno a partir de un tratamiento personalizado que considere su conflictiva individual.

El principio de *individualización* tiene que computar estas singularidades para permitir el abordaje particularizado cuando se procura ingresar a una etapa basada en la autodisciplina que encuentra dificultades en el afuera precisamente por la conformación de la personalidad del interno respecto del riesgo para otros³⁰.

La finalidad de reinserción social de la pena, como derecho humano, tiene previsión constitucional y deriva del principio de dignidad humana (art. 9 de la Ley 24.660)³¹.

La reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia. Como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona.

Dicho propósito se expresa en la práctica en la adopción de un sistema progresivo *-escalonado, paulatino, gradual-* en función del cual el penado ingresa a un régimen cerrado de privación de la libertad y va avanzando paulatinamente, debido a su esfuerzo individual y voluntario, hacia regímenes abiertos. Tal tratamiento se basa en la autodisciplina e, innegablemente, los institutos de

³⁰ El egreso anticipado queda condicionado a que el interno reúna requisitos relativos al tiempo mínimo de cumplimiento de la pena (dos terceras partes), buen comportamiento exteriorizado en sus calificaciones de conducta y concepto, y la existencia de dictámenes favorables de los respectivos organismos técnicos

³¹ Art. 9 Ley 24.660: "...La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder...". Fallos: 318:1894, "Dessy". La finalidad de reinserción social contenida en los pactos internacionales de derechos humanos no puede ser incompatible con la dignidad humana, los derechos que son inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que, en una sociedad pluralista, la resocialización, como fin de la ejecución penal, no puede destinarse a obtener un cambio en el individuo, en su personalidad, convicciones o actitud intelectual (Muñoz Conde & García Aran 1993, 489), sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado ("derecho", por lo tanto, de las personas privadas de su libertad) de proporcionar al condenado, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad. ALDERETE LOBO, Rubén A., "Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina", publicado en el libro "El debido proceso penal", tomo n° 5, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2017. RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, "Los derechos fundamentales de los reclusos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 169.

libertad anticipada (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida) cumplen una función primordial e insustituible en la preparación del condenado para su regreso al medio libre³².

Desde esa perspectiva, la reforma introducida por la ley 27.375 incurre en una gran contradicción al presentarse como un régimen progresivo cuando, en verdad, disposiciones como la que analizamos obturan su consecución, eliminando sus incentivos fundamentales: la posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena, mediante algún instituto de libertad anticipada.

Ignorar el valor de los estímulos que generan el poder acceder a los institutos de *libertad anticipada* implica deshumanizar³³ el tránsito del privado de la libertad por dicho régimen³⁴. Significaría exigirle que avance con apego a normas, obligaciones y con autodisciplina como principio rector, privándolo de esa luz al final del túnel que implica la posibilidad de acceder, restringida y controladamente, al medio libre.

Es oportuno recordar un precedente de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal relacionado con la reforma introducida por la ley 25.892, cuyas afirmaciones resultan de entera aplicación, en cuanto predicó “...el art. 14, segunda parte, del C.P. resulta contrario al principio de progresividad que constituye el

³² “el legislador se ha apartado del principio (readaptación) que, por mandato constitucional, preside la ejecución de la pena privativa de la libertad, al pretender consagrar el encierro vitalicio de los condenados sin dejar margen para su egreso anticipado”. D’ALESSIO, Andrés José, “Código Penal comentado y anotado”. Tomo I, Parte General”, Ed. La Ley, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2005, pp. 164/165.

³³ Este principio de humanización de la pena se relaciona de manera expresa con la posición de garante del estado. A su vez, de esta directriz puede inferirse que la persona detenida tampoco debe sufrir castigos físicos o psicológicos o privaciones de derechos que excedan a la mera privación de su libertad y a lo dispuesto por la sentencia judicial de condena.

Del principio se desprende la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, dispuesta por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, reflejada también en el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 5, apartado 2, 1ª disposición de la CADH

³⁴ La aplicación jurisprudencial del *principio de humanización de la pena* se observa en el fallo “Verbitsky, Horacio S/ hábeas corpus” (Fallos: 328:1146 del 03/05/2005), en donde se resalta la obligación estatal de cumplimentar con lo prescripto por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas - hoy “Reglas Mandela”-, respecto del tratamiento digno que debe concederse a toda persona privada de libertad. Por otro lado, el fallo exhorta a los poderes políticos a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal y penitenciaria a los mandamientos constitucionales e internacionales ratificados por nuestro país.

medio para alcanzar el fin constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 18 y 75, inc. 22 CN, 5.6 CADH, y 10.3 PIDCyP), pues impide que el programa de tratamiento individualizado de lugar a que el propio esfuerzo del condenado, sus condiciones personales y sus necesidades sean el motor de avance a través de sus etapas, siendo por regla general, que el último tramo del cumplimiento de la pena lo sea en libertad, bajo alguno de los institutos pertinentes...”³⁵.

El sistema de fuentes –artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- reconoce el carácter *resocializador de la pena* en nuestro sistema y su implementación mediante un régimen de progresividad.

La ley 27.375 que modificó el Código Penal y la ley 24.660 confronta con la finalidad *resocializador*³⁶.

En la terminología de los tratados, la finalidad de resocialización debe ser entendida como *esencial*³⁷.

No es ocioso recordar que la idea central del *sistema progresivo* radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y el comportamiento del interno. La lógica y característica nuclear de estos regímenes es evitar el cumplimiento íntegro de la pena en prisión.

³⁵ CFCP, Sala II, del voto del juez Hornos al que adhirió el juez Gemignani, en los autos “Soto Trinidad, Ángel Gabriel s/recurso de casación”, registro n° 2685/14.4, rta. el 27/11/2014

³⁶ El principio implica la obligación del Estado de proporcionar a la persona privada de libertad, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad. Es entender a la ejecución de la pena como un lugar o espacio de tiempo donde se ejercita un aprendizaje de integración social.

³⁷ “no hay elementos que permitan concluir de modo evidente que el art. 10.3 PIDCP impone forzosamente a los Estados Parte establecer un régimen legal que garantice a todo condenado a una pena privativa de libertad temporal la posibilidad de obtener alguna forma de libertad antes de haber cumplido totalmente la pena. [...] Partiendo del lenguaje del art. 10.3 del Pacto, la doctrina ha interpretado que la alusión a “finalidad esencial” permite constatar que el fin de readaptación no es el único fin de la pena, y que junto con éste a través del encarcelamiento pueden perseguirse otros fines. [...] cualquiera que sea el alcance que se asigne a los términos “finalidad esencial”, reforma, readaptación, reinserción o rehabilitación en los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH, de esas disposiciones no se infiere, derechamente, que ellas proscriban la ejecución total de las penas privativas de libertad en régimen cerrado, ni tampoco, que los Estados estuviesen obligados a incluir en sus sistemas domésticos, un régimen de libertad condicional, ni menos aún, cuáles deberían ser las características y excepciones a ese régimen. Los Estados deben diseñar y ejecutar las penas privativas de libertad orientándose a los fines de los arts. 5.6 y 10.3, para lo cual tienen un margen de discreción relativamente amplio”. CNCCC, Sala 1, “Giménez, José Santiago”, c. 25.999/14, rta. 10/07/2015, reg. 238/15. Voto del Juez Luis García.

Alcanzar la liberación es la meta primera del régimen progresivo, es lo que el sistema ofrece a cambio del apego a las reglas de la prisión. Régimen progresivo y liberación condicional son las dos caras de una misma moneda: No hay régimen progresivo sin liberación vigilada³⁸.

Sostener un régimen progresivo significa evitar el cumplimiento íntegro de las penas intramuros.

No se discute 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 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, ya que soslaya la existencia de un *tratamiento voluntario e individualizado*, que debe brindarse a todo interno en el marco de la ejecución de su pena³⁹.

Partiendo de la premisa que la finalidad de la ley es el tránsito de la privación total a la restricción de la libertad, que comprende cuatro etapas sucesivas -*observación, tratamiento, prueba y libertad condicional*, art. 12 Ley 24.660-, ésa debe ser la inteligencia para imprimir a las disposiciones de la Ley 24.660, en orden a respetar la característica inherente de progresividad del régimen penitenciario.

De conformidad con los objetivos enumerados, corresponde considerar que los incisos del art. 14 del Código Penal resultan contrario a ese principio de progresividad, que constituye el instrumento para alcanzar el fin constitucional y convencional de la ejecución de la pena privativa de la libertad⁴⁰, pues obtura

³⁸ ALDERETE LOBO, Rubén A., “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”. Ministerio Público de la Defensa. Estudios de jurisprudencia. 2017. Artículo publicado originalmente en el libro “El debido proceso penal”, tomo N° 5, dirigido por Ángela Ledesma y coordinado por Mauro Lopardo. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2017

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2017.12.%20Reforma%20de%20la%20ley%2024.660.%20El%20fin%20del%20derecho%20de%20ejecuci%C3%B3n%20penal%20en%20Argentina.pdf>

³⁹ arts. 5, 8, 12, 14 de la Ley n° 24.660, entre otros

⁴⁰ arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP

que el programa de tratamiento individualizado habilite que el esfuerzo del condenado, sus condiciones personales y sus necesidades, sean los impulsos del avance a través de sus etapas, y que la regla general sea que el último tramo del cumplimiento de la pena lo sea en libertad, bajo alguno de los institutos adecuados.

5. A modo de conclusión

La ley 27.375 discriminó situaciones análogas utilizando como criterio, únicamente, el delito por el que se dictara sentencia de condena, desentendiéndose de la situación particular del condenado y excluyéndolo del régimen progresivo y del fin resocializador de las penas. Tal distinción se presenta arbitraria e irrazonable *-evidenciando desproporción entre la finalidad perseguida y el interés tutelado-*, puesto que no se han establecido elementos objetivos que admitan fundamentar un tratamiento desigual entre la población de condenados, ni es posible determinar un denominador común que llevara a seleccionar esos delitos en particular⁴¹.

La ley presenta un agravamiento de las penas sin tocar la ley penal, encubriendo, de fondo, un aspecto regresivo. La ley 27375 resulta regresiva en cuestión de ampliación de derechos. Colisiona con el principio de no regresividad de los derechos humanos.

En materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima⁴². Subrayo, existe la obligación de los Estados de garantizar la progresividad⁴³ de

⁴¹ Las leyes que precedieron a la norma bajo examen (Leyes nros. 25.892 y 25.948) fueron objeto de un importante debate jurisprudencial en cuanto a su constitucionalidad. Esas leyes, pese a su inconstitucionalidad intrínseca, al menos guardaba una lógica interna: Los delitos seleccionados tenían en común la muerte de la víctima y todos ellos (con excepción del homicidio en ocasión de robo) estaban reprimidos con la pena de prisión perpetua.

También, se ha argumentado que una restricción similar prevé el artículo 14 del Código Penal con anterioridad incluso a la ley 27.375, al negar a los reincidentes la posibilidad de acceder al instituto de la libertad condicional. No se trata de supuestos semejantes, esa limitación está dirigida a toda la población carcelaria en general *-en la medida en que sean declarados reincidentes-* y que lleva inherente un fundamento que resulta objetivo y racional, cual es el tomar como base para la diferenciación *"...el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito..."* (Fallos: 337:637, "Arévalo"). Esa circunstancia habilita un tratamiento individualizado y específico respecto de esos condenados

⁴² NIKKEN, Pedro, *"La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales"*, Revista IIDH (2010), San José de Costa Rica, p. 73

⁴³ El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

los derechos humanos, de lo que se desprende como consecuencia ineludible, *la prohibición de regresividad de ellos*⁴⁴.

La selección aleatoria e incomprensible del nuevo catálogo de delitos excluidos representa un aditamento a la ya manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada⁴⁵.

Ante la ausencia de un patrón objetivo y racional que lo justifique, el tratamiento diferenciado solo parece obedecer a la consideración de que la comisión de determinados delitos resulta reveladora de la *peligrosidad intrínseca de sus autores*, lo que haría imperioso disponer el cumplimiento prácticamente íntegro de las penas en establecimientos carcelarios. Esta idea, enmarcada en los postulados de un *derecho penal de autor*, es repudiada por nuestro sistema constitucional⁴⁶.

(CADH) y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC), establece que: “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por su parte, el artículo 26 de la CADH prevé: “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”

⁴⁴ Un complemento de principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESyC (art. 4 de ambos). La progresividad implica, de entrada, el establecimiento de un estándar mínimo a partir del cual se considera en aumento la implementación del derecho; y, por otro lado, la prohibición de regresividad, es decir que una vez logrado el avance en el disfrute de ciertos derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado.

⁴⁵ ALDERETE LOBO, Rubén A., “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”, publicado en el libro “El debido proceso penal”, tomo n° 5, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2017

⁴⁶ La Corte IDH, en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala” (20.06.2005) sostuvo, “...el ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo, precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin, de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible

El criterio subyacente a las categorías creadas se basa en una *presunción de peligrosidad* que termina por aniquilar la legitimidad del criterio legislativo adoptado. Constituye un estándar insuficiente para determinar *ex ante* un tratamiento penitenciario específico que no admite prueba en contrario y que, además, resulta violatorio del principio de igualdad ante la ley⁴⁷, desde que quita a unos lo que se da a otros en similares circunstancias (art. 8 de la Ley 24.660)⁴⁸.

La discriminación efectuada por la ley 27.375 no puede ser sostenida sin vulnerar el *principio de igualdad* porque niega el derecho a la reinserción o readaptación social a un grupo determinado de personas, sin otro fundamento que el delito por el que resultaron condenados⁴⁹.

con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención". En concreto, se sostuvo que la introducción de la peligrosidad en el texto penal como criterio que hace a la calificación típica de los hechos y a la aplicación de eventuales sanciones es incompatible con el principio de legalidad criminal y por ende, contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

LASCANO, Carlos J. (h). *"El nuevo régimen de la libertad condicional-ley 25.892"* Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal integrado. Año V N°9-2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 166-167. El autor señala que frente a esta nueva legislación de emergencia asentada en criterios peligrosistas propias de un Derecho Penal de autor, se está procurando sacar de circulación de por vida a determinados delincuentes, lo que implica un regreso a políticas inoportunas, como aquellas que había postulado Von Liszt en su Programa de Marburgo respecto de los delincuentes peligrosos incorregibles: la pena indeterminada. Profundiza al sostener que con esa sanción eliminatoria o segregatoria también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena.

⁴⁷ Art. 16 CN, Art. 2 DADDH, Art. 2°1 DUDH, Art. 3 y 14.1 PIDCP, Art. 8°2 CADH. El principio de igualdad implica el reconocimiento de un ámbito posible de discriminaciones razonables por el legislador (Fallos: 318:1256). Para evaluar si hacia dentro de una categoría determinada se hallan personas excluidas del goce de un derecho que sí se reconoce a otros, el Poder Judicial debe realizar un análisis de razonabilidad de las pautas de construcción de esa categoría.

"...la garantía de la igualdad exige que concurren 'objetivas razones' de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241. considerando 5° y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos: 250:410, considerando 2°)". Fallos: 321:3630 y 329:679

⁴⁸ La ley consagra el *principio de igualdad penitenciaria* en estos términos: "...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, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley..." (art. 8). Principio contenido además, en: Art. 16 CN; Art. 2 DADDH; Art. 2°1 DUDH; Art. 3 y 14.1 PIDCP; y Art. 8°2 CADH

⁴⁹ RACCA, Ignacio, *"Los delitos no resocializables"*.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/03/doctrina38269.pdf>

La limitación introducida por el legislador no supera el estándar constitucional, vulnerando el principio de igualdad. Apoya sus distinciones únicamente en función del delito por el que se estableció condena, con la fijación de una regla genérica que impide a un sector de la población carcelaria acceder a los derechos que se les reconocen a otros, desatendiéndose infundadamente del tratamiento individualizado y de la situación en concreto de cada condenado.

El rechazo del beneficio no puede fundarse en la exclusiva circunstancia de que el interno haya sido condenado por un delito en particular. La interpretación literal de la norma en crisis -art. 14 del Código Penal- y del artículo 56 bis de la Ley 24.660⁵⁰ (texto según Ley 27.375), cercenaría cualquier posibilidad de acceder a los institutos liberatorios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “*Nápoli*”⁵¹ tachó de inconstitucional la Ley 24.410 que impedía la excarcelación de determinados delitos, creaba una categoría de delitos “*inexcarcelables*”.

La prohibición a obtener libertad condicional con fundamento exclusivo en alguno de los incisos del art. 14 del Código Penal constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una *tutela judicial efectiva*⁵² (art. 8 de la CADH) y al amplio ejercicio de *control jurisdiccional* en la etapa de ejecución de la pena (arts. 3 y 4 de la Ley 24.660)⁵³.

⁵⁰ La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional se pronunció por la inconstitucionalidad de este tipo de exclusiones. En “*Arancibia*”, la Sala 2 tuvo la oportunidad de analizar la validez de las limitaciones previstas en el art. 56 bis y resolvió -por mayoría- declarar la inconstitucionalidad de ellas. CNCCC, Sala II, rta. 10/06/2016, reg. 438/2016.

⁵¹ Fallos, 321:3630. La Corte Suprema en el fallo “*Nápoli*” sostuvo que “...la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390)”.

⁵² El reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Iñigo*” desarrolla el estándar de la *tutela judicial efectiva* en materia penal, con especial referencia a los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad. CSJ 344/2017/RH1, “*Iñigo, David Gustavo y otros s/ privación ilegítima de la libertad*”, resuelta el 26/02/2019. LLERA, Carlos Enrique, “*Tutela judicial efectiva. El estándar de una sustancial defensa técnica*”. LA LEY 11/04/2019, 7 AR/DOC/779/2019

⁵³ Fallos: 327:388, “*Romero Cacharane*”. Art. 3 Ley 24.660: “...La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los

Al establecer la norma una presunción “*iuris et de iure*”, “*ab initio*”, en contra del penado y, violatorio del sistema republicano de gobierno, resulta manifiestamente inconstitucional⁵⁴.

derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley...”. Además, el control jurisdiccional se proyecta a las siguientes situaciones: traslados (art. 4, inc. b); revisión de sanciones disciplinarias (art. 96); disposición anticipada de fondos (art. 128, 2º par.); traslados a centros médicos o psiquiátricos (art. 147 y 186); intervenciones quirúrgicas (art. 149); huelgas de hambre (art. 151); y visitas excepcionales (art. 166)

⁵⁴ Cuando la vinculación de ambos institutos atenta con el derecho a la libertad y el principio de progresividad de la pena en materia de ejecución penal, al transformar la condena en una verdadera prisión perpetua, donde el interno nunca será reintegrado a la sociedad, volviendo completamente inicuo el sistema de reinserción propiciado. En definitiva, se estaría excediendo el concepto de restricción razonable de la libertad individual a permitirse que el procedimiento excluya la naturaleza personal del individuo para convertirlo meramente en una cosa. S.T.J. Río Negro, “*Scorza*”, Expte. N° 18.754, del 04/02/2004.

Cualquier condena que pueda aplicarse, por más grave que sea, de ningún modo podrá arrebatar de forma total la posibilidad del encausado de retornar en algún momento de su vida al medio libre, pues ello importaría dejar de lado el principio de dignidad humana -como señala la C.S.J.N. en el holding “*Arriola*” (Fallos: 332:1963, C.S.J.N., A. 891. XLIV. “*Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080*”, 25/8/2009, considerando 18), y dar al individuo un carácter de cosa; y aún peor, de objeto del que hay que protegerse neutralizándolo. RACCA, Ignacio, “*Los delitos no resocializables*”.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/03/doctrina38269.pdf>

En síntesis, se debe reclamar la declaración de inconstitucionalidad⁵⁵ de los incisos del art. 14 del Código Penal⁵⁶ y del art. 56 bis de la Ley n° 24.660⁵⁷ y, a

⁵⁵ *“Una sentencia que solo se funde en la exégesis de una norma aislada y agote su contenido en eso, no pasa de ser propia de un estado legal de derecho, donde los jueces no pueden hacer otra cosa que cumplir estrictamente la voluntad del legislador real y abstenerse de cualquier interpretación, por irracional y carente de cualquier explicación que resulte la sentencia. Tal era la esencia del estado bonapartista, y a esa sumisión total al legislador eventual corresponde el modelo de casación, creada como tribunal dependiente del parlamento y luego sometido al emperador para romper las sentencias insumisas, sistema diametralmente opuesto al escogido por nuestra Constitución Nacional desde 1853.”* C.S.J.N., G. 506. XLVII, recurso de hecho, “Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074”, voto en disidencia del juez Zaffaroni

No se me olvida 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”*. Fallos 301:962; 302:457; 310:1162; 312:122; 314:424. 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”*. Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166, 2298

Sin embargo, 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”*. Fallos 328:1146, considerando 27 del voto mayoritario

⁵⁶ En el fallo *“Salinas”* se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo del CP y del 56 bis de la ley 24.660. El juez Sarabayrouse luego de realizar un análisis pormenorizado del principio de igualdad, afirmó que: Las leyes 25.892 y 25.948 fundamentalmente lesionaron el principio de igualdad al determinar una distinción irrazonable entre los condenados, al establecer una nueva categoría basada exclusivamente en su peligrosidad sin fijar para ellos un régimen y tratamiento adecuado al delito por el que fueron condenados; violaron el principio de resocialización, que exige contar con un derecho a la esperanza, que alcanza comprende a las penas privativas de la libertad; e introdujeron contradicciones insalvables en el sistema que expresamente prevé el tratamiento igualitario para todos los condenados. CNCCC, Sala II, rta. 30/12/2016, reg. 1049/2016

⁵⁷ La inconstitucionalidad del art. 56 bis de la anterior ley fue declarada, por la Cámara de Casación Penal – Sala IV – *“Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación”*, causa N° 675/2013, 20/12/2013; Cámara Penal Federal – Sala II –, *“Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”*, Reg. n° 438/2016, 10/06/2016 (mayoría); Cámara Casación Penal Federal, sala IV – 30/12/2014 – M. M., M. S. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad; Cámara Casación Penal Federal, sala IV – Lemes Mauro Ismael s/ rec. de casación – 06/03/2015 www.pjn.gov.ar. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente *“Nápoli”* (Fallos, 321:3630, 22/12/1998), sostuvo que el legislador no puede limitar institutos vinculados a la libertad en base a la naturaleza del delito. Ello tiene sustento en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley n° 24.660 en cuanto establecen que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los/las condenados/as sin distinción

partir de esa declaración, el juez de ejecución estará en condiciones de requerir los informes, dar trámite y evaluar el cumplimiento de las restantes exigencias para la concesión del instituto de la libertad condicional, o, en su caso, de la prisión discontinua o semidetención, o el de la libertad asistida.

A mayor abundamiento, la solución que postulo es la que mejor acoge el principio de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, esto es el *principio hermenéutico pro persona o pro homine*⁵⁸, que impone que siempre deberá efectuarse la interpretación de la ley penal que más derechos acuerde al individuo frente al poder estatal, es decir, que deberá escogerse la hermenéutica que sea menos restrictiva para el ejercicio de los derechos fundamentales comprometidos⁵⁹.

⁵⁸ PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.

Se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. En este sentido, el artículo 5 inciso segundo del Código Procesal Penal (CPPN), dispone que las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

⁵⁹ Fallos: 331:858, "Acosta"