



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C.55611

En la ciudad de La Plata, a los 26 días del mes de noviembre de dos mil trece, se reúne la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, integrada por los señores jueces doctores Carlos Alberto Mahiques y Fernando Luís María Mancini, con la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la presente causa Nro. 55.611 del registro de la Sala, caratulada **“M., A. s/recurso de casación interpuesto por Fiscal General”**, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: MAHIQUES – MANCINI

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón con fecha 31 de agosto de 2012 en la causa N° 26.059, caratulada (“M., A. s/incidente de recompensa –causa n° 2398 del Juzgado de Ejecución n° 2-”) resolvió hacer lugar al recurso de apelación deducido por la defensa oficial de A. M. y revocar la decisión de la juez de ejecución, proclamando la constitucionalidad del art. 41 bis de la ley 12.256.

Contra dicha resolución, interpuso recurso de casación el señor fiscal general adjunto, doctor Alejandro Varela.

Cumplidos los trámites de rigor, esta causa se encuentra en condiciones de ser resuelta, por lo que el Tribunal decidió tratar y votar las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué decisión corresponde adoptar?

A la cuestión planteada el señor juez doctor Mahiques dijo:

I. Que el señor representante del ministerio público fiscal, interpuso en tempestiva forma, recurso de casación contra la decisión de la cámara de apelación y garantías en lo penal del departamento judicial de morón, que revocó la decisión de la señora Juez de Ejecución Penal, declarando la constitucionalidad del artículo 41 bis de la ley 12.256 (incorporado por la ley 14.296).

II. Que asimismo, y por imperio de lo normado por el 452 inc. 4º del mismo digesto de forma, el impugnante se encuentra legitimado para recurrir.

III. Que por ello, en virtud del art. 450, corresponde declarar admisible el recurso de casación interpuesto, por lo que a esta primera cuestión voto por la afirmativa.

Así lo voto.

A la primera cuestión el señor juez doctor Mancini dijo:

Que adhiero por los mismos fundamentos al voto del señor juez preopinante.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Mahiques dijo:

I. Que la Sala I de la cámara de apelaciones de Morón, revocó la decisión adoptada por la señora juez de ejecución y ratificó la constitucionalidad del art. 41 bis de la ley 12.256.

II. Contra dicha resolución, interpuso recurso de casación el señor fiscal general adjunto doctor Alejandro Varela, sosteniendo que la norma en cuestión resulta violatoria de la constitución provincial en tanto se estaría efectuando una delegación de facultades propias del poder ejecutivo en el poder judicial.

Esencialmente denunció que la norma tachada de inconstitucional, importa una conmutación de pena, siendo ésta una facultad exclusiva y excluyente del poder ejecutivo provincial que al dejarla en manos del juez de ejecución, viola los arts. 45 y 144 inc. 4 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

III. Por su parte, la señora defensora ante esta Casación Penal, doctora Susana Edith De Seta, solicitó el rechazo del recurso intentado (fs. 59/65).

IV. En punto a lo que aquí se discute, sostuve al respecto que: "...la discusión planteada en relación a si la conmutación de pena es igual a la reducción de pena y en tal caso si existió una indebida delegación de facultades del poder ejecutivo al poder judicial, no tiene relevancia, a poco

de computarse que la raíz de la inconstitucionalidad del artículo 41 bis de la ley 12256, radica en que esta legisla sobre materia que la provincia ha delegado en la nación y en consecuencia tiene vedada.

En este sentido, según he sostenido en relación al tópico, corresponde recordar que conforme surge explícito del texto de la ley 24.660 y es ello pacíficamente aceptado, la referida norma contiene disposiciones de carácter netamente administrativo, otras de orden formal y finalmente aquellas vinculadas a la ley de fondo.

Esta distinta naturaleza jurídica, plantea, como también sucedió con la Ley Penitenciaria Nacional, dificultades interpretativas en orden al ámbito de su aplicación en función de las prescripciones de sus artículos 228 y 229.

Es que en consideración a lo dispuesto por el último de los artículos mencionados, la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660, es complementaria del Código Penal y, por ello, las concordancias a las que se refiere el artículo 228, no pueden tener otro alcance que el relativo a las disposiciones de carácter administrativo o procesal para el pretendido objetivo señalado de unificar a nivel nacional la ejecución penal, más nunca respecto de aquellas que hacen a la cuestión de fondo (art. 229), que naturalmente son de aplicación automática y obligatoria en todo el territorio de la nación.

Ello, que parece una obviedad de orden constitucional, en tanto la materia de fondo fue delegada por las provincias a la nación para garantizar la uniformidad de las leyes de aquella naturaleza, en el caso concreto del cumplimiento de las penas privativas de la libertad en todo el territorio de la República, -que no sobra decirlo, no nace con el dictado de la referida ley de ejecución sino que tal pretensión puede encontrarse ya en el proyecto de ley penitenciaria elaborada por Rodolfo Moreno en el año 1922, mediante el que se pretendía la regulación de un régimen de ejecución penal único en todo el país-, presenta sin embargo perfiles propios que cuanto menos, ponen en tela de juicio aquel principio general.

V) Como para ingresar en el análisis de aquella problemática basta con señalar que la Ley 12.256 de Ejecución Penal de esta Provincia, dictada con posterioridad a la que regula idéntica materia en el orden nacional, no solo se aparta de sus disposiciones, sino que en su art. 2 establece la exclusiva aplicación de la mencionada ley local -a los fines de asegurar el principio de igualdad de trato- cualquiera fuera la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera a cuyo cargo los detenidos se encuentren y regula la procedencia de institutos que se vinculan directamente con el cumplimiento de las penas de prisión, no solo en las garantías relativas a la calidad del encierro, sino directamente en su cuantía, como es el caso de la regulación de la viabilidad del instituto de la libertad asistida seis meses antes del término para la libertad condicional, no previsto por la legislación nacional.

Como claramente puede advertirse entonces, la pretendida aplicación en todo el territorio del estado nacional de la ley 24.660 no aparece así posible y de allí puede extraerse, como de hecho lo hace buena parte de la doctrina, una afectación al principio de igualdad ante la ley establecido por el art. 16 de la Constitución Nacional, dado que en definitiva la aplicación en el caso de la ley local produce una modificación cuantitativa del encierro ya que “dos penas que se ejecuten de modo diferente, son diferentes” (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio T.D.Penal Tomo I pág.200 y ss).

VI) También se ha sostenido que “las normas de la ley de ejecución constituyen la reglamentación mínima de derechos humanos reconocidos constitucionalmente...”, lo que ha llevado a señalar que siempre que una disposición de la ley local recepte la posibilidad de morigerar los efectos desocializadores de la pena otorgando mayores beneficios al detenido, resulta plenamente aplicable, en desmedro de la legislación nacional.

Sin embargo, según mi criterio, aquella posibilidad se encuentra reservada con exclusividad a la forma en que el encierro se cumple, más no parece posible, sin una clara afectación al principio de igualdad ante la ley -

artículo 16 de la Constitución Nacional-, que aquella divergencia se vincule con el tiempo del encierro mismo.

Por ejemplo, en el caso que nos convoca, siendo que el estímulo educativo se encuentra legislado por la ley 24.660, complementaria del Código Penal (artículo 229) y tiene directa incidencia en el artículo 13 del mismo ordenamiento, no puede abrigarse duda alguna en cuanto a que por su naturaleza, constituye una norma de carácter sustancial, que ninguna legislatura provincial podría modificar.

En esta inteligencia, al votar en la causa nro. 39004 "Ibáñez, Fernando s/recurso de casación", sostuve que pretender "...lo contrario, aún con el argumento expuesto, resultaría tan insostenible como que una ley local modificara el tiempo mínimo de encierro para la obtención de la libertad condicional, ya que aunque esta última se encuentra prevista expresamente en el código y aquella no, ambas participan de idéntica naturaleza y, consecuentemente, su modificación, además de entrañar legislar sobre materia delegada a la nación, produce sin más, entre otras cuestionables consecuencias, una clara desigualdad ante la ley, desde que quien fue condenado por la justicia de esta provincia podría sufrir un encierro menor que alguien que en idéntica circunstancia fuera condenado por la justicia nacional o de otra jurisdicción con estricto apego a lo normado por la ley 24.660.(...)"

Así las cosas, el artículo 41 bis de la ley 12.256, (incorporado por Ley 14296) dispone que: Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas.

Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una

rebaja en la pena a razón de diez (10) días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado.

Sentado ello, se advierte sin esfuerzo que se ha pretendido legislar en el orden provincial, materia sustancial que ha sido delegada por la Provincia en la Nación y por tanto se encuentra vedada para legislar al respecto.

En otras palabras, no se ha pretendido establecer un beneficio en las condiciones del cumplimiento de pena, sino que específicamente se ha consagrado una causal de reducción de la pena, que no se encuentra establecida ni en la Ley de Ejecución Penal ni en el Código Penal de la Nación.

En esta inteligencia entonces, la ley local establece una desigualdad entre los penados en la Provincia de Buenos Aires y los penados en distinta jurisdicción, que consiste en que ante igualdad de comportamientos durante el encierro, los primeros podrán reducir su pena, no simplemente el encierro, sino la pena impuesta en si misma, mientras que los segundos, deberán cumplir la totalidad de la pena por la que hayan sido condenados.

Esta manifiesta desigualdad, revela sin más la inconstitucionalidad de la norma.

De esta forma, considero que lo normado por el art. 41 bis en cuestión, en tanto excede las facultades propias de la legislatura provincial y pretende legislar en materia que ha sido delegada a la Nación, afectando seriamente la igualdad ante la ley de los habitantes de la nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la recompensa estatuida.

VII) Por lo expuesto y en la inteligencia de que la legislación que regula la materia, corresponde de conformidad con los arts. 75 inc. 12 y 121 de la CN, al Gobierno Federal, lo estatuido por el artículo 41 bis la ley 12.256, resulta inconstitucional.(...)" (Causa nro. 53351, "Gallardo, Ricardo Daniel s/ recurso de casación" Sentencia de fecha 11 de junio de 2012, Registrada bajo el registro nro. 628).

V. Que en razón de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por el señor fiscal, sin costas, declarar la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ley 12.252 y reenviar las actuaciones al Juzgado de origen para que, conforme a derecho, resuelva lo solicitado por A.M.

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Mancini dijo:

Que adhiero al voto del señor juez Mahiques, en el mismo sentido y por los mismos fundamentos.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal de Casación Penal resuelve:

I) RECHAZAR el recurso de casación intentado por el señor fiscal general adjunto, doctor Alejandro Varela, sin costas.

II) DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ley de ejecución penal de la provincia de buenos aires (12.256).

III) REENVIAR las presentes actuaciones a la instancia de origen, a fin de que se expida en relación a lo peticionado por el encartado, con arreglo a lo expuesto en la presente.

Regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase a la instancia de origen.

FDO.: CARLOS ALBERTO MAHIQUES – LUIS MARIA MANCINI

Ante Mí: Gonzalo Rafael Santillán Iturres