

DESENTRAÑANDO LAS CAPAS DEL MISTERIO DEL ARTÍCULO 28 (Ley 27375)¹

Por Flavia Vega y Mariano Piccioni -con la colaboración de Tomás Oliver-²

El actual artículo 28 de la Ley 27375

"A ver, no hago más que regresar, mentalmente, a la cebolla de cristal. Algo que parece tener una interpretación densa, misteriosa e inescrutable, pero de hecho el centro está a plena vista. ¿Dónde? Y por eso este caso me ha desconcertado como ninguno. ¿Por qué? Cada capa compleja que levantaba, revelaba otra capa y otra capa, y ningún resultado. Y ahí estaba el problema. Justo ahí. Verán, yo esperaba una complejidad. Esperaba inteligencia. Esperaba un enigma, un juego. Pero esto no es nada de eso. No se oculta detrás de la complejidad, sino tras una claridad evidente y aturdidora. La verdad es que ni siquiera se oculta. He estado viéndola todo el rato" (Frase del personaje Benoit Blanc en la película de este año: "The Glass Onion"; Director: Rían Johnson)

A- Preludio: el “problema” no es “problema”

La reforma de la Ley de Ejecución Penal de julio de 2017 mediante la sanción de la ley N° 27.375 no solo excluyó penados de los institutos liberatorios sino que además alteró el contenido del artículo 28 de la Ley 24660. Si bien se mantuvo la redacción del artículo 13 del CP, en esa norma se incorporaron contenidos del Decreto 396/99, pero no más que eso, según nuestro ver. Así, en el presente desarrollo, se sostendrá que tal artículo no debió tener un impacto de restricción en el otorgamiento del Instituto de la libertad condicional, en ningún sentido.

En ese marco y como se adelantó, se agregaron algunas exigencias del Decreto Reglamentario 396/99 (v.g. los artículos, entre otros, 41, 42 y el 61 en función del artículo 104 de la L. 24660), pero además se habría innovado en el inciso “g”, según algunos criterios utilizados en la actualidad. Nosotros, a partir de los fundamentos y análisis que se realizarán a continuación, entendemos que exclusivamente se ha incluido normativa de ese decreto al artículo 28, solo que -y como constante en la reforma- esto también se hizo de un modo muy confuso.

En el reformado artículo 28 se consignó que el pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice y a las conclusiones a las que se arriben respecto a la reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. Pero luego el Legislador se dirigió a la autoridad penitenciaria para disponer que el informe del

¹ Este artículo es una versión del ya publicado “DESENTRAÑANDO LAS CAPAS DEL MISTERIO” en la “Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad y el encierro” de Fabián Di Plácido, correspondiente al año 17-n° 14-2023.

² Flavia Vega es titular de la Defensoría Pública Oficial N°2 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal; Mariano Pedro Piccioni se desempeña, en esa dependencia, como Secretario de Primera Instancia y Tomás Oliver ejerce como Funcionario en la Unidad de Letrados Móviles N°1 con representación ante estos Juzgados.

organismo "deberá ser desfavorable" en el caso de que, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de la libertad condicional, el interno no haya **alcanzado** una calificación como mínimo Buena, en los guarismos de Conducta y Concepto (el otro supuesto incluido no encontrará aquí tratamiento).

Claramente el Principio de Judicialización que atraviesa nuestra ley debería convertir en la nada misma tal afirmación, ya que resulta facultad indelegable del Juez de Ejecución la decisión de la liberación (artículo 13 del CP y 4.b de la L. 24660) y la opinión administrativa es meramente ilustrativa y no vinculante. Sin embargo, eventualmente, se presentaría especialmente un escollo en el punto. Por ejemplo, en los casos en los que el Superior estableció un límite al Juzgador para ir en contra de la opinión penitenciaria favorable (salvo supuestos de arbitrariedad fundada)³.

Arrojan luz a la cuestión, esos precedentes al enfatizar que -precisamente- incluso del modo sostenido en el decreto que se quiso incorporar al texto legal, la opinión favorable de la autoridad administrativa es la que debe prevalecer porque es quien hubo tratado al interno y más lo conoce. En este sentido, el criterio favorable a la liberación del penado, no puede ser soslayado o modificado por el Juzgador, resultando claro que mucho menos puede serlo por el Legislador. Es decir, es al menos un dédalo sostener que -con independencia del contenido favorable del propio Consejo Correccional-, las conclusiones del informe deban ser desfavorables cuando se verifique una supuesta situación específica, que algunos doctrinarios y jueces (la mayoría) creyeron leer en la reforma de este artículo 28. Esto implicaría un "shock de conciencia" en la autoridad administrativa, quien a pesar de que su evaluación sea favorable a la liberación -según su saber y experticia en el marco de su competencia y del resultado del tratamiento penitenciario aplicado- deberían afirmar lo contrario por indicación ajena. Es así que el contenido del artículo 28 analizado jamás podría significar una orden para que la autoridad administrativa concluya negativamente a la liberación de quien demuestra que ya está apto para una reinserción pacífica en la sociedad libre, según su propio criterio y que ya ha cumplido el término temporal requerido para el egreso anticipado. Es que el Principio de la No Contradicción, engranaje esencial de la Lógica, no permite que una misma autoridad afirme una opinión favorable y otra desfavorable al mismo tiempo o simultáneamente. Es decir, el contenido de

³ CNCCC, Sala 3, causa nro. 47006/2016, reg. nro. 651/2021, rta. 13/05/2021 "Vargas, Diego"; CNCCC, Sala 1, causa nro. 6281/2012, "Gentile, Maximiliano José s/ robo en grado de tentativa", reg. nro. 146, rta. 12/06/2015; conforme voto de la Dra. María Laura Garrigós de Rebori, causa n° 55563/2008/TO1/CNC1, "Legajo de Ejecución Penal en autos Fernández, Cristian Daniel s/ homicidio agravado en tentativa"; CNCCC, Sala 3, "Legajo de ejecución penal de Jofre, Jorge Nicolás, en autos Jofre Jorge Nicolás s/robo en tentativa", causa nro. 58073/2014, rta. 3/10/17; CNCCC Sala I, Causa N° 14994/2005/TO1/1/CNC1, "Toledo, David Armando s/legajo de ejecución" rta. 27/03/2018; CNCCC, Sala II, autos "Scipioni, Luca s/libertad condicional", CPN 155788/2016/EP1/1/CNC1.

esta norma podrá implicar cualquier cosa en su caso, pero jamás una orden para que representantes del Estado (en sus distintas misiones y funciones -en este caso el Consejo Correccional-) produzcan actos de gobierno incoherentes o auto-contradictorios, simplemente porque tales no pueden albergarse dentro de las reglas de la lógica, ni de las reglas de la psicología humana, todo lo que informa y mantiene la coherencia en nuestros razonamientos, más allá de la propia exigida por el Sistema Republicano. Por su parte, y como bien lo afirma nuestro colega Alderete Lobo⁴, tales engendros deberían ser anulados por los jueces intervinientes, por lo que la existencia de esa norma, así aplicada, carecería de sentido alguno⁵. El punto de partida de cualquier interpretación es la no suposición de la incoherencia o inconsecuencia del legislador, aún cuando tengamos -en términos históricos-, en este caso, tantísimas razones para suponerlas.

Debemos ser enfáticos en que la interpretación que se encuentran realizando la mayoría de los operadores en la actualidad, no puede tener lugar en nuestro sistema no solo por lo ya mencionado, sino también porque implicaría una mala aplicación de la norma en un sentido prohibido por extensivo. Adviértase en el punto que básicamente a todos nos convencieron de que la norma exigiría que los internos **mantuvieran**, como mínimo, Concepto y Conducta Bueno, durante dos tercios de la condena. Ahora bien más allá de las dificultades de calcular aritméticamente semejante embrollo⁶, resulta que en ningún extremo del contenido del artículo 28 se encuentra la exigencia de “**mantener**” sino la de “**alcanzar**” durante ese tiempo, al menos, una Conducta y un Concepto no inferior a Bueno. Esto no es ni más ni menos que lo que ya contenía el ordenamiento antes de la Ley N° 27375 y que los Jueces ya venían aplicando. En esta instancia, invitamos a todos a releer los términos de esa disposición reformada para comprobar que estos difieren de la fórmula que se difundió y aceptamos, sin cuestionamientos, como cierta. En esta dirección, el contenido real no hace ni más ni menos que complementar el texto del artículo 13 del CP con exigencias otrora impuestas reglamentariamente (algunos autores afirmaban que también legalmente) y que ahora sí -indudablemente- resultan ley. De tal modo, es adecuado concluir este preludeo con la afirmación relativa a que de ninguna manera la reforma contuvo más requisitos de los que ya se venían exigiendo (incluso jurisprudencialmente antes de la sanción de la Ley N° 27375: un mínimo de Concepto cinco (5) o Bueno

⁴ “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”, M.P.D., 2017, páginas 33 y 34, por Rubén Alderete Lobo

⁵ Aunque generalmente y, en estos tiempos, suele suceder que una opinión penitenciaria negativa determina una suerte de “sello de goma” que convalida un final de más encierro carcelario. En la dinámica actual, se observa más una intervención en la actividad penitenciaria para torcer una voluntad penitenciaria favorable que para preservar las garantías del interno frente a un servicio penitenciario renuente a la liberación.

⁶ Más la problemática desde cuándo y hasta qué momento se consideraría el cálculo en relación a cuál sería el entero de esa proporción -máxime cuando en numerosos casos, en la práctica la persona condenada no es sometida oportunamente a tratamiento efectivo, por ejemplo en los casos de penas cortas e incluso en otros en los que el estado de “procesado” del interno supera lo razonablemente esperable-.

que el interno debía alcanzar durante el período previsto para ello -requisito temporal exigido por el Instituto-. Ello condice con la situación de que el texto del artículo 13 del CP se haya mantenido incólume y con que, además, de esos requisitos, entre otros ya establecidos, el interno deba haber respetado regularmente los reglamentos carcelarios. Asimismo, también se dirige en igual sentido, la coyuntura de que en el nuevo artículo 28 no se haya previsto ninguna situación de proporcionalidad para las penas menores a 3 años, lo que sí se encuentra previsto en el artículo 13 mencionado. En suma, nosotros consideramos y fundamentamos, mediante el presente desarrollo que en el contenido del artículo 28 reformado, en la parte en análisis, no se hizo más que enfatizar allí el criterio sostenido jurisprudencialmente -basado en el plexo normativo, ley y reglamento, ya existentes-.

Así la libertad condicional continúa como un período fuera de gradación respecto de los demás que conforman el régimen progresivo. Adviértase en el punto que tampoco existe indicio en el artículo 28 analizado (ni en ningún otro documento o norma) que avizore la intención legislativa de que el interno mantenga cierta calificación, ni período ni fase, durante cierto tiempo. Ello toma real dimensión, ya que cuando el Legislador quiso exigir requerimientos semejantes, lo consignó expresamente (cft. por ejemplo, las modificaciones de los requisitos para ser incorporado al Instituto de las Salidas Transitorias que contiene la misma reforma). Ello debe darnos una clara pauta de que mediante el artículo 28 no se quiso imponer ninguna permanencia en ninguna condición y por ello se utilizó el término “alcanzar” y no “mantener” en su formulación, tal como se adelantó.

En esa dirección, la exigencia de que el penado debe haber cumplido con cierta extensión temporal de la condena impuesta en detención no debe confundirse ni mezclarse con ninguna cuestión relativa a la progresividad del régimen en materia. Esto es un requisito de procedencia temporal exigido para el Instituto establecido en función de diferentes lapsos de cumplimiento según se trate de una pena privativa de la libertad perpetua o temporal, mayor a 3 años ($\frac{2}{3}$ partes) o igual o menor a ese monto (8 meses). La continuidad de la confusión incurrida en la actualidad entre ambas cuestiones, provocaría numerosas incertidumbres e inconsistencias legales, por ejemplo y entre otras, en relación con la obligación y derecho del penado a participar del Programa de Prelibertad y cuando éste iniciaría. Todo ello con impacto negativo en el principio garantista de legalidad (certidumbre) en la ejecución de la pena⁷.

⁷ Luigi Ferrajoli, gran crítico del sistema de ejecución italiano que fue tomado en gran parte por nuestra Ley de Ejecución, ha sido claro al involucrar en todo esto al Principio de Legalidad y su menoscabo, por lo que, en tal sentido, ningún proceder de los legisladores ni judicial debería (legítimamente) sumar más incertidumbre al sistema: “...la reforma de la prisión se ha realizado al precio de su transformación en pena desigual, atípica e incierta, y de la consiguiente disolución de las garantías de la pena...”; “...no es ya una sanción típica con contenido taxativamente predeterminado por la ley, sino una medida de contenido variable e indeterminado; y su naturaleza y medida no están vinculadas a presupuestos de hecho a su vez

Con respecto a la conducta, no solo para ser incorporado al régimen de la Libertad Condicional, se exige la observancia regular de los reglamentos carcelarios, sino también haber sido calificado como mínimo con un 5 (Bueno), lo que incluso podría claramente armonizarse.

Por último y con respecto al Concepto, por lo menos para algunos autores, antes debía acudir al texto del artículo 104 de la Ley y en lo pertinente al Decreto 396/99. Luego de la reforma del artículo 28 analizado, indiscutiblemente se incluye en su contenido, el requisito de que el interno cuente con un mínimo de Concepto 5 (Bueno) para acceder a la libertad condicional.

Todo ello en función de los aspectos analizados aquí, a lo que se suman, en su caso, exigencias específicas para ciertos delitos determinados, las cuestiones impuestas en la Ley de Víctima y los requisitos negativos cuyo tratamiento excede el objeto del presente trabajo.

Cabe finalizar este primer acápite, observando la dificultad que incluso ya desde el lenguaje generaría continuar sosteniendo una interpretación que implique la exigencia de “mantener” cierta Conducta y Concepto durante un determinado tiempo de la Progresividad, ya que precisamente el Legislador utilizó únicamente el vocablo “alcanzar”. Incluso y siquiera existe intercambio alguno en el debate parlamentario que permita insistir en la hipótesis más restrictiva del art. 28 (que vienen desarrollando -en su mayoría- tanto la doctrina como la jurisprudencia actualmente). No existen razones que habiliten a sospechar que el legislador tuvo la intención de producir semejante modificación contradiciendo incluso los términos del artículo 13 al que, sin embargo, decidió mantener incólume. Agregar este último requisito de forma pretoriana o doctrinaria, como se viene haciendo, a nuestro ver, es sumar una exigencia que por ser extralegal, se encuentra prohibida por la Constitución Nacional mediante los imperativos del Principio de Legalidad y del Sistema Republicano, entre otros. Según estos principios, como todos sabemos, a los jueces les está prohibido crear ley.

B- Estamos en el laberinto, el Minotauro nos acecha y hemos perdido el rumbo

El actual artículo 28 ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Nos parece interesante repasar los criterios y determinar, si fuera posible, los intrincados caminos utilizados.

En su oportunidad, Alderete Lobo consideró que el artículo 13 del C.P. regula el régimen de libertad condicional, el que “...no deja ningún margen de duda respecto de que la única autoridad con potestad para emitir un pronunciamiento sobre la libertad condicional de un condenado es la judicial”. Esta competencia es

predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino decididos discrecionalmente -poco importa si por la autoridad carcelaria o por los jueces de vigilancia-...” (en Derecho y Razón, pags. 720/21, Ed Trotta).

judicial, por lo que la autoridad jurisdiccional, considerando también el dictamen técnico del organismo penitenciario (no vinculante), resolverá la incidencia⁸. Justamente, es esta autoridad judicial la que, cumplidos los requisitos previstos por el art. 13 del C.P., deberá disponer sin más la incorporación del condenado al régimen de libertad condicional, por estricta aplicación del principio de legalidad. Este autor entendió que la norma en juego permitía una interpretación amplia en la que se ordenaba a la autoridad administrativa una opinión negativa a la liberación si el interno no **mantenía** durante los dos tercios de la ejecución de su pena, un Concepto favorable. Es así que consideró básicamente que el artículo 28 de la ley 27735 estaba dirigido al órgano penitenciario, en el entendimiento que la norma analizada exigía “mantener” durante al menos las dos terceras partes una determinada calificación de Concepto (a pesar de que la norma utiliza la palabra “alcanzar” y “mantener”). Sin embargo, destacó que la libertad condicional estaba regulada por el art. 13 del Código Penal, el que no había sido modificado, poniendo en cabeza del órgano judicial la decisión definitiva (partiendo de la base que los informes penitenciarios no son vinculantes). De este modo, este artículo no agregaría ni quita nada al “status quo”, en ese marco (aunque sí limita al Consejo Correccional a emitir un dictamen negativo cuando no se cumpla la premisa de “mantener”), ya que el instituto liberatorio se encuentra regulado por el artículo 13 del C.P., no quedando lugar a dudas en que la decisión es judicial. Podría cuestionarse este criterio en función del principio de legalidad, en primer lugar por la literalidad de la norma y, luego, si consideramos que esta permite diferentes tipos de interpretaciones, según los distintos métodos aplicables (literal, sistemático, teleológico y finalista, como luego se desarrollará). Es que, como ya sostuvimos, este desarrollo se orienta a mostrar que la exigencia de “mantener” durante cierto tiempo determinadas calificaciones, resulta un aditamento o requisito extralegal, prohibido por extensivo, precisamente por el Principio de Legalidad. Desde nuestro ver, el minucioso análisis que concluye con la exigencia de “mantener” durante cierto tiempo responde, más que nada, a un criterio de interpretación histórico de las normas⁹. Actualmente, entendemos que tal se encontraría desplazado -en función de ese mismo Principio de Legalidad más allá de las intenciones legislativas- ya que lo realmente dirimente es aquello finalmente plasmado en el contenido legal.

En otra dirección y ya a nivel jurisprudencial, fueron muchos quienes siguieron al autor mencionado, pionero en realizar comentarios a la reforma. Uno de los primeros precedentes que trató el contenido del artículo en análisis fue “Duarte”¹⁰.

⁸ “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”, op.cit.

⁹ Es que, según nuestro entendimiento, consideramos que el doctrinario interpretó el extremo “durante” como “mantener” y no como “alcanzar durante” (aún cuando es lo único que figura expresamente en el contenido del art. 28 en análisis) debido a que su inspiración encontró base en el Método Histórico de interpretación de normas, en función de que el pivote de su enfoque fueron los motivos e intenciones que propiciaron la redacción de la reforma, así como las ideas de sus autores al concebirla.

¹⁰ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, “DUARTE, MARIANO”, causa n° 47031/2018, reg. N° 954/2020, Sala 3.

En esa ocasión se entendió que: *“...el juez de la instancia anterior se limitó a afirmar, en la decisión recurrida, que el artículo 28 de la ley 24660 resultaba la norma aplicable para decidir el caso pues, a su ver, determinaba necesariamente el carácter del pronóstico de reinserción social desfavorable del condenado. Sin embargo, corresponde destacar que el a quo adoptó ese temperamento a partir de una interpretación meramente literal de esa disposición, sin ingresar en el análisis, evidentemente necesario, de la relación intersistemática que esa norma posee respecto del artículo 13 del Código Penal. En el caso, esto se presentaba como un requisito ineludible para que su decisión pueda ser considerada como ajustada a derecho, pues no explica de qué modo el juego armónico de esas disposiciones permitiría convalidar su temperamento y, además, dada la particularidad de que, en el sub lite, se trata de un interno condenado a una sanción de 3 años de prisión, de manera tal que no tomó a su cargo explicar cómo, en este grupo de casos -penas iguales o menores a 3 años de prisión- podría encontrarse configurado un pronóstico de reinserción social favorable. Ninguna consideración mereció tampoco, en resolución de magistrado de la anterior instancia, la incidencia que podría, eventualmente, poseer la circunstancia de que el artículo 28 de la ley 24.660 es una norma solo aplicable en la jurisdicción federal, y no necesariamente en todo el territorio nacional, como sí lo es el artículo 13 del Código Penal”.*

Otro precedente que amerita citarse es “Kopalex”¹¹. En el caso, la Sra. Jueza de Ejecución interviniente había mencionado que la administración penitenciaria, por mayoría, se había opuesto a la incorporación del interno al instituto de la libertad condicional, en el entendimiento de que su pronóstico de reinserción era dudoso y que no contaba con un guarismo conceptual Bueno, en los términos del art. 28 de la ley 24.660. Es importante destacar que el caso se trataba de una persona condenada a una corta pena de prisión y que, al momento de solicitar su liberación anticipada contaba con una sola calificación conceptual (Regular, cuatro) la cual, supuestamente no resultaba adecuada para gozar del derecho de la libertad condicional. Pero los miembros de la Sala del Tribunal Superior (tanto Jantus como Magariños) consideraron que, más allá de lo expuesto en el precedente “Duarte” en el que ya se había destacado que la exigencia normativa del art. 28 debía ser evaluada en relación con lo establecido en el art. 13 del CP – sobre todo en aquellos casos donde se habían impuesto penas iguales o menores a tres años - lo cierto es que: *“...tampoco sería dable concluir que la calificación de concepto, única que recibió el condenado, se encuentre suficientemente fundada y pueda, en consecuencia, ser interpretada como un obstáculo para la concesión de la libertad condicional.”* Por eso, realizaron un examen concreto de las constancias reunidas en la incidencia liberatoria y concluyeron que los elementos reunidos no eran suficientes para afirmar que se encontraba configurado un pronóstico de

¹¹CNCCC, registro nº 1184/20, Sala III, 2 de junio de 2020.

reinserción desfavorable en los términos del art. 13 del CP y ello sin perjuicio de lo normado en el art. 28 del C.P. Finalmente la alzada consideró que existió, por parte de la Magistrada anterior, una errónea aplicación de las normas que rigen el instituto de la libertad condicional y se le otorgó el acceso a este Instituto.

En el precedente “Alducín¹²”, los Sres. Jueces de Cámara anularon la resolución de primera instancia. Mediante esta última, el Magistrado interviniente había rechazado la libertad condicional a una mujer condenada a una pena de tres años y ocho meses de prisión. Si bien ella había logrado el guarismo conceptual Bueno (cinco) al momento de peticionar su libertad condicional, para fundar el rechazo se entendió que supuestamente no se constataba la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social, en la medida en que no se encontraba satisfecha la exigencia prevista en el artículo 28 de la ley 24.660, relativa a la necesidad de que el interno registre Conducta y Concepto “Bueno” al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar su libertad condicional. Es decir, en el caso concreto el Juez de Ejecución consideró que la última reforma había introducido una nueva exigencia para la libertad condicional y por ello concluyó que *“Si se tiene en consideración que el presente proceso de ejecución penal fue iniciado anticipadamente en el mes de diciembre de 2020 y que, tal como ha sido informado, a la condenada le fue recién asignada la calificación de concepto bueno (5) durante la valoración producida en el segundo trimestre del corriente año, va de suyo que no se verifica el cumplimiento de la nueva exigencia de habilitación prevista legislativamente en la mencionada reforma”*. El Superior, entonces, entendió que resultaba aplicable el precedente ya citado “Duarte” y anuló la resolución impugnada. Es decir, que si bien no entraron en el fondo de la cuestión, efectivamente anularon una resolución que había interpretado la norma incorrectamente en clara violación al principio de legalidad y razonabilidad.

Específicamente en relación con este último principio, se menciona el precedente “Lencina”¹³, en el que no solo se anuló lo resuelto por el Juez de Ejecución sino que también el dictamen de la fiscalía, remitiendo el caso para que, previa intervención de la UFEP, se dicte un nuevo pronunciamiento con los alcances previamente fijados. En este caso, también se trataba de una pena mayor a tres años y con una persona condenada que poseía en su haber calificaciones de concepto regular previas al momento de requerir su libertad condicional. Fue así como, en este caso, el Superior consideró que la aplicación literal de la norma al caso concreto tornaba ilusoria la posibilidad de acceder a la libertad condicional, convirtiéndose en una “denegatoria encubierta” y, que -por lo tanto- no debía aplicarse lo previsto en el art. 28 de la ley 24.660 por resultar irrazonable.

¹² Sala III de la CNCCC (Magariños y Huarte Petite), resuelto el día 30 de diciembre de 2021.

¹³ Sala I de la CNCCC, del 20 de septiembre de 2022 (Rimondi, Bruzzone y Divito).

En la temática en análisis, la Fiscalía del Fuero consideró: *“Cabe dejar en claro, que, más allá de que los nuevos parámetros establecidos por la ley 27.375 que modificó el art. 28 de la ley de ejecución, a criterio de esta UFEP no constituyen un requisito legal de procedencia para el instituto, pero sí se enmarca en una pauta hermenéutica que debe atenderse, esto es, el tránsito integral del interno en el marco del régimen penitenciario”*¹⁴.

Tenemos para nosotros, que esa Fiscalía no mantuvo un criterio igual para todos los juzgados, habiéndolo advertido en más de una oportunidad, mayor rigorismo con aquellos que sí aplican de modo perverso o restrictivo el artículo 28. Por su parte, en un dictamen más reciente reconoció la irracionalidad de la interpretación actual, en los siguientes términos: *“Según fue informado por la División Servicio Criminológico, ‘...se encuentra calificado con conducta ejemplar diez (10) y concepto bueno seis (6), siendo promovido a la fase de confianza del período de tratamiento del régimen progresivo desde el pasado 8 de marzo y teniendo indicado su alojamiento en un establecimiento de Régimen Semiabierto (...) de su historial de calificaciones se advierte que Rodríguez registró nota de concepto regular en dos oportunidades -junio y septiembre de 2022-, en tanto que en el mes de diciembre de 2022 aumentó su guarismo conceptual a bueno cinco (05), y en la última calificación – marzo 2023- a bueno seis’. De este modo, se advierte que durante los primeros 2 trimestres el interno estuvo calificado con concepto regular, mientras que los siguientes 2 trimestres su concepto fue considerado bueno. Al emitir opinión, la División Servicio Criminológico luego de efectuar una reseña de los guarismos y progresividad del interno informó que ‘En relación de la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro de este Complejo, de acuerdo a lo informado por la Oficina de Instrucción de este establecimiento, el interno no registra correctivos disciplinarios en el último trimestre’. Luego, el área indicó que en función de ello ‘vislumbra que el interno, durante su tránsito en la ejecución de la pena, ha observado con regularidad los reglamentos carcelarios, asimismo se ha evidenciado una paulatina y favorable evolución personal en lo que atañe al gradual cumplimiento de los objetivos fijados en función de su Programa de Tratamiento Individual, reflejado ello en su actual guarismo conceptual correspondiente a Bueno SEIS (6), del cual al momento y dentro del presente contexto, se infiere idéntica posibilidad de adecuada reinserción social en los términos del art. 13 Cód. Penal. El pronóstico de reinserción social se vislumbra favorable...’. Así, del cuadro probatorio expuesto se observa que (...) se encuentra cumpliendo con los objetivos fijados por las áreas de tratamiento, lo cual se ve reflejado en las calificaciones obtenidas y en la etapa del tratamiento en la que se encuentra, habiendo avanzado a la Fase de Confianza en el pasado mes de marzo. Además,*

¹⁴ “MENDOZA, JUAN JOSE”, LEGAJO N° 66387/2019, del registro de Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2.

se dio cuenta de la capitalización e internalización de los recursos que se le han brindado, con lo cual puede afirmarse que cuenta con suficientes herramientas para su reinserción favorable (...). En cuanto a las calificaciones asignadas, no puede pasarse por alto que registró dos períodos con nota de concepto regular y dos con nota de concepto buena. Sin embargo, la evaluación de las áreas de tratamiento nos demuestra que la situación del interno no amerita la conclusión de un pronóstico de reinserción social desfavorable basada únicamente en sus guarismos en los términos establecidos en el art. 28, g) 2) de la LEP, manda que -vale resaltar- a criterio de esta UFEP se encuentra dirigida a la autoridad penitenciaria. Sobre ello, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha sostenido que debe evitarse una interpretación meramente literal de dicha norma y, en cambio, la misma debe ser analizada de manera conjunta e intrínseca al art. 13 del CP (cfr. CNCCC, Sala 3, 'Carrizo', reg. 1632/2021, rta. el 28/10/2021; 'Alduncin', reg. 2039, rta. el 30/12/2021). Más específicamente, la Sala 1 del Tribunal de Casación entendió que debía corroborarse en cada caso la razonabilidad de la aplicación de la norma en relación a las calificaciones ya asignadas y las que eventualmente necesitaría la persona condenada para cumplir con el requerimiento legal en cuestión. Luego de realizar ese análisis para el caso concreto, el juez Rimondi afirmó que '(n)ninguna duda cabe que la finalidad del citado art. 28 no es vedar la posibilidad de acceso (como ocurre en los supuestos del art. 14, CP), sino la de establecer las circunstancias que habilitan un pronóstico de reinserción social favorable. La medida que dispone, esto es contar con dos tercios de guarismos conceptuales buenos, atiende en principio a dicha finalidad'. Agregó que '...una interpretación razonable del art. 28 indica que deberá aplicarse siempre que las características de la condena permitan su consideración, esto es en los casos en que su aplicación no importe una denegación encubierta del instituto'. Para el caso concreto se entendió que los elementos de prueba incorporados, tornarían irrazonable -en el caso concreto- la aplicación literal y aislada del art. 28, g) 2 de la LEP, máxime cuando todas las áreas del tratamiento destacaron la evolución y compromiso en el tratamiento (...). En ese sentido, un análisis integral, coherente y razonable de los elementos probatorios nos permite concluir que debe hacerse lugar a lo requerido por la defensa, en línea con la opinión expuesta por el Consejo Correccional de la unidad de detención, en tanto los favorables aspectos reseñados y el pronóstico de reinserción social favorable, conducen a esta UFEP a considerar que en el caso concreto resulta viable la incorporación del condenado al instituto de libertad condicional, de conformidad con los términos del artículo 13 del CP. Dentro de esta inteligencia y conforme la totalidad de los datos colectados, se advierte que el Consejo Correccional sustentó su postura favorable progresividad hasta el momento por lo que no existen motivos para apartarse de ella. En esa línea, se trae a colación lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en el

precedente 'Navarro', donde se afirmó que 'Así como el juez de ejecución debe efectuar el control negativo de legalidad sobre lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal –y no puede desecharlo por no compartir sus fundamentos-, el fiscal debe evaluar seriamente lo informado y recomendado por el consejo correccional (que es quien mejor conoce el interno), y apartarse únicamente en caso de advertir que la opinión de la autoridad penitenciaria resulta manifiestamente infundada y/o arbitraria"¹⁵.

En un caso medianamente reciente del JNEP Nro. 2, concretamente la fiscalía del fuero expuso: "la conclusión negativa de la autoridad penitenciaria se fundamenta, exclusivamente, en la cláusula del artículo 28, inc. g, 2) de la Ley 24.660 -según redacción ley 27.375-, la cual se encuentra dirigida al dictamen que debe presentar el SPF en torno a la evaluación sobre el pronóstico de reinserción social del nombrado, pero no resulta vinculante para la instancia judicial. Sobre el punto, tal conclusión no refleja el real comportamiento intramuros...intramuros, el cual actualmente, según el establecimiento carcelario, resulta sumamente positivo. En ese sentido, un análisis integral, coherente y razonable de los elementos probatorios nos permite concluir que corresponde autorizar la concesión del instituto liberatorio... en los términos del art.13 del CP y 28 de la LEP"¹⁶. A su turno, se homologó judicialmente lo que se consideró el acuerdo arribado entre las partes, en los siguientes términos: "Entiendo que estas argumentaciones vertidas por la representante del Ministerio Público Fiscal se enmarcan dentro de la legalidad y de la razonabilidad, ajustándose a la normativa legal y reglamentaria aplicable, así como a las constancias acreditadas en la causa. En consecuencia, corresponde otorgar la libertad peticionada"¹⁷.

En el caso del Juzgado Nro. 5, su titular expuso: "En el presente caso no puede soslayarse que, el Ministerio Público Fiscal valoró los aspectos positivos reseñados por los profesionales de la administración penitenciaria, y sin perjuicio de ello, sustentó su postura negativa en entendimiento que la opinión del Consejo Correccional se aparta de lo prescripto en el art. 28 de la ley 24.660 que requiere la calificación como mínimo de Buena durante al menos las dos terceras partes de la condena. En este sentido, resulta imperioso destacar que lo prescripto en dicha norma ha sido dirigido a la administración penitenciaria como un elemento a evaluar ante una petición concreta de incorporación de Libertad anticipada, - no una manda jurisdiccional-, y que en el caso le ha merecido una opinión por

¹⁵ Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 3 Legajo CCC 51067/2021 "Rodríguez, Roberto Manuel s/ libertad condicional"

¹⁶ conforme voto de la Dra. María Laura Garrigós de Rebori, causa n° 55563/2008/TO1/CNC1, "Legajo de Ejecución Penal en autos Fernández, Cristian Daniel s/ homicidio agravado en tentativa"; CNCCC, Sala 3, "Vera Vargas" causa nro. 47006/2016, reg. nro. 651/2021, rta. 13/05/2021; CNCCC, Sala 1, causa nro. 6281/2012, "Gentile, Maximiliano José s/ robo en grado de tentativa", reg. nro. 146, rta. 12/06/2015; CNCCC, Sala 3, "Legajo de ejecución penal de Jofre, Jorge Nicolás, en autos Jofre Jorge Nicolás s/robo en tentativa", causa nro. 58073/2014, rta. 3/10/17; CNCCC, Sala II, autos "Scipioni, Luca s/libertad condicional", CPN 155788/2016/EP1/1/CNC1.

¹⁷ Caso "Vera Vargas" ya citado

unanimidad favorable. A su vez, el desempeño demostrado por el condenado intramuros ha sido positivo toda vez que las distintas áreas han dado cuenta del cumplimiento de los objetivos propuestos en el Programa de Tratamiento Individual, a excepción del área psicología que se encuentra cumplido. Asimismo, he de destacar que no puede supeditarse el pronóstico de 'reinserción social favorable' únicamente en función de lo dispuesto por la nueva redacción del art. 28 de la Ley 24.660, esto importaría un avasallamiento de las garantías que rigen la ejecución y la progresividad de la ejecución de la pena, ya que el pronóstico de reinserción social se vería reflejado en una condición temporal y no en el concreto análisis de desempeño del condenado a lo largo de su programa de tratamiento individual. En el presente caso, es necesario recordar que para la incorporación al régimen de libertad pretendido, no es suficiente con el cumplimiento del requisito temporal y con los reglamentos carcelarios, sino que además resulta sumamente importante valorar la evolución personal que el condenado tuvo en el tratamiento penitenciario y, su consecuente, pronóstico de reinserción social"¹⁸.

El titular del JNEP Nro. 3 entendió: *"Considero que no puedo soslayar -bajo eventual reclamo de incumplimiento de la ley vigente- que el condenado no superó la exigencia planteada en el art. 28 de la ley 24.660. A partir de la reforma producida por la ley 27.375 y la introducción del inciso g), la mencionada norma es clara en cuanto a que el pronóstico de reinserción social '...deberá ser desfavorable...(e)n el caso de no haber alcanzado la conducta y concepto del interno la calificación como mínimo de Buena durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de la libertad condicional' -el resaltado es propio-. Al respecto, y tal como surge de la información colectada durante el presente proceso de ejecución penal el condenado fue calificado en catorce oportunidades -desde diciembre de 2019 hasta marzo del corriente año-, siendo que recién obtuvo la buena valoración conceptual que registra ahora durante el mes de septiembre de 2022. De tal modo, y si se tiene en consideración lo expuesto, va de suyo que no se verifica el cumplimiento de la exigencia de habilitación prevista legislativamente en la mencionada reforma"¹⁹.*

Por su parte, en contra de todo lo que se viene afirmando y en atención al título de este acápite, vale la pena finalizarlo, con las palabras del Sr. Titular del Juzgado Nro. 4, quien expuso: *"Que así las cosas, independientemente de su desempeño en el programa de tratamiento individual, la ley 27.375 agregó una condición de admisibilidad más a las ya existentes en la anterior redacción del art. 13 del C.P., al exigir un pronóstico de reinserción social favorable, ligada a alcanzar*

¹⁸ "OLANO, OSCAR", CCC 40363/2018/TO1/EP1, del registro del JNEP N° 5.

¹⁹ "DE PRETTO, GONZALO LUCIANO", legajo nro. 66.455/2017 del registro de este Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 3;

calificaciones buenas por al menos durante las dos terceras partes de la pena al momento de solicitar el beneficio de la libertad condicional (conforme la nueva redacción del art. 28 de la ley 24.660). Que en su redacción, queda claro que el legislador –al seleccionar el criterio de restricción- ha tenido en cuenta razones de política criminal que limitan el acceso a los institutos liberatorios (...) Que por otro lado, no puede dejar de advertirse que el nombrado resultó condenado por un hecho cometido en plena vigencia de la ley 27.375 –modificatoria de la 24.660- y que, conforme lo previsto en la nueva redacción del art. 28 de la ley, el carácter desfavorable de su pronóstico de reinserción social en la mayor parte del tiempo de su tránsito por el régimen de la progresividad podría corresponderse (además de otras fundamentaciones criminológicas) con que no obtuvo calificaciones buenas durante al menos las dos terceras partes de su condena. Por tal razón, ha de verificarse su validez (...)"²⁰

C- Lo que corresponde desde el prisma constitucional actual o el centro de la cebolla de vidrio: el hilo de Ariadna.

Así hemos repasado cómo jueces, fiscales y doctrinarios consideran los términos de la reforma en el punto. Merece cierta reflexión la observación que en la ejecución de la pena, muchas veces “el árbol termina tapando el bosque”, o en otras palabras, al resolver un supuesto dilema olvidamos ir más allá de la especialidad de la materia o de la instancia para encontrar la solución en las respuestas dadas por el sistema en su conjunto. Es de este modo que entendemos posible seguir el rumbo correcto o el hilo de Ariadna. Para ello, debemos comprender algo tan básico como que, en definitiva, se trata de un problema de interpretación jurídica inexorable al aplicar el derecho y, en consecuencia, navegar esas aguas.

De forma muy básica, podemos decir que la interpretación que corresponde realizar a los jueces, al aplicar ley, contiene la actividad de desentrañamiento de su sentido -siguiendo métodos preestablecidos- prescritos por la misma normativa. Esto supone, al menos, dos niveles de análisis, uno relativo a un estudio jurídico o de compatibilidad entre normas y otro que trasciende de ese plano para analizar las consecuencias de la aplicación legal en concreto. Somos conscientes de las objeciones que esto último provocó, pero creemos que allí también se observa si el sentido escogido resulta coherente con los fines buscados según el determinado plexo normativo vigente y esto también debe estar comprendido en el análisis, si lo que se busca es una respuesta racional dentro del sistema.

²⁰ “ALEXANDER FLEITAS”, CCC 76293/2017/TO1/EP1, del registro del JNEP N° 4.

Por supuesto que en los análisis meramente normativos, se corrobora una gran inercia (creemos teñida de sepia en los tiempos actuales, que busca comparar con sistemas jurídicos anteriores o, entre otros, cambios en los anteproyectos y puntos radicales en los debates parlamentarios) tendente a encontrar la voluntad del legislador en concreto. Sin embargo, nosotros no nos estamos refiriendo a ese tipo acotado de estudio y hasta nos atrevemos a tildarlo de fútil, sino a una exhaustiva y necesaria compulsión de la coherencia entre las normas del sistema jurídico nacional a la luz de aquellas supranacionales. En estos planos de análisis deberá existir un punto de orientación común a todos y es superar los problemas de incompatibilidad entre las normas que se presenten en el camino.

Es que, precisamente, la función primera y más loable de los jueces es la de interpretar la ley al aplicarla. Para comprender la real dimensión de esa enaltecida y loable misión deviene necesario entender su significado. La visión en ejecución como en todas las instancias judiciales debe ser holística e ir más allá de la especialidad, si es que no se quiere configurar supuestos de excepción o de restricción de los derechos reconocidos en detrimento de los ciudadanos condenados. Desde ese prisma, entendemos adecuado partir del significado etimológico de esa función: “*inter pretare*”, que deriva del latín “*interpres*”, significa mediador, corredor, intermediario. “El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con relación a la realidad”²¹. Con ello se completa la idea de que dentro de esa función, coexisten dos análisis y un encuentro: aquel tendente a producir coherencia y evitar incongruencias del sistema dentro lo establecido por sus normas y, desde ese prisma, la confirmación -insistimos- relativa a incorporar las consecuencias que esa aplicación de la ley traerá en una sociedad determinada. En otras palabras, en el proceso de la interpretación, no debe soslayarse la necesidad de indagar los resultados que una cierta interpretación de un texto tendría concretamente en la realidad, junto con aquel juicio jurídico en el que se analizan, entre otros, los sentidos, el lenguaje, los valores e intereses en juego para evitar incongruencias dentro del sistema.

Ahora bien, las normas de jerarquía constitucional y las otras deben interpretarse de un modo regulado, preservando las prioridades y la coherencia. Esa tarea de interpretar es precisamente llevada a cabo por los jueces, quienes son los responsables de conservar esa coherencia con las normas fundantes o esenciales del sistema y resultan nexos para que realmente la amplitud del reconocimiento escrito de derechos y garantías “lleguen” a los ciudadanos. En esa función, el Juez no debería dejarse llevar por subjetividades ni miedos, muy por el contrario, desde un marco objetivo es quien debe indagar, esclarecer y dilucidar el sentido de las expresiones legislativas que finalmente han quedado plasmadas en el ordenamiento. Para tal fin, las herramientas son una serie de principios cuya

²¹ Couture, Eduardo J., “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Edit. Ediar, Buenos Aires, T. III, p. 15.

observancia convierte en verificable el proceso, debiendo excluirse procesos arbitrarios o antojadizos en pro de la seguridad jurídica. Es así que la interpretación no debe ser un mero tecnicismo, ya que el intérprete no puede ni debe desentenderse de las valoraciones que la hermenéutica convoque ni de los resultados que ella produzca en la realidad.

En ese marco, siempre Interpretar una norma implica reconocer, desde el lenguaje, si el texto finalmente plasmado admite varias interpretaciones o no. Este es el primer paso. Ahora bien, ante varias interpretaciones posibles, debería asignarse a la ley - en este caso al texto del artículo 28 (L. 24660)- un alcance racionalmente sustentable a la luz de su texto y acorde a la realidad captada por ella. Tal labor no equivale a jugar despreocupadamente con los conceptos que la norma contenga o a deformarlos "alegremente" -como si se tratara de un juego de niños destinado a "vomitar la voluntad política del momento"-, sino uno que no se aparte del debido ámbito de aplicación de la norma en términos de validez y de su prístina hermenéutica. Este puente de oro a recorrer por el intérprete no es ni más ni menos que transitar el camino que comunica la facticidad con la validez, afianzando la comunicación de ambos extremos (plano normativo y plano fáctico) con eficacia. De tal modo, el intérprete atenderá las finalidades de la norma, leídas en términos constitucionales y los efectos que ella genera, adscribiendo a una formulación hermenéutica válida y racional.

En este punto, y ya desde estos primeros pasos, hemos detectado que, con respecto al contenido del analizado artículo 28, y desde su vigencia, los intérpretes han llevado la norma a extremos que no son sustentables lógicamente, ni surgen de su texto, tal como ya se ha adelantado. Ante ello y a nuestro ver, tal actividad superó la interpretación y, prescindiendo del texto de la norma, creó una nueva. Pero sobre ello volveremos más adelante.

Al retomar con la dirección iniciada, debemos enfatizar que, en ese proceso regulado de interpretación, no puede faltar el paso del control de convencionalidad de oficio o filtro constitucional argentino. Es que si se detectara que el contenido de la ley resulta, indefectiblemente, contrario al ordenamiento superior o restrictivo de derechos y garantías fundamentales, deberá concluirse que no supera el principio lógico de la no contradicción en relación con las normas de jerarquía superior. Pero, esto siempre debe ser lo último en función de la gravedad institucional que conlleva.

En síntesis, la interpretación no debe ser la ventriloquia de la ley como en tiempos de Montesquieu, ni indagar en aquello que quiso significar la voluntad política del momento. Muy por el contrario, tiene que atender en primer lugar a verificar si el texto permite distintas interpretaciones y escoger entre ella aquella que refleje el sentido de nuestro ordenamiento fundamental en su aplicación. De ese modo, y atendiendo a los principios filosóficos que inspiran nuestro orden fundamental, el

criterio que gobierne la solución siempre debe responder a esa metafísica, por lo que la regla es la de la amplitud de los derechos y garantías y la duda debe resolverse a favor de la persona²² (Principio de Supremacía de la Persona Humana al que debe sumarse el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos).

En otras palabras, en la tarea de la interpretación resultan herramientas obligadas en la actualidad, al menos, los principios enumerados a continuación, según también sendos precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Principio de Razonabilidad: se traduce en la regla de la proporcionalidad entre medios y fines constitucionales, está expresado en la idea política dominante que impregna a la Constitución y en sus metas finales, que son la vigencia de la libertad y dignidad del hombre. Sobre tal base cabe calificar como irrazonables y, por ende, como opuestos a la Constitución, a todos aquellos actos de los órganos legislativo, ejecutivo o judicial que son arbitrarios por carecer de aquella proporcionalidad, o por desnaturalizar la idea política constitucional. Este Principio resulta dirimente al aceptar la ausencia de derechos absolutos. El *quid* de la cuestión radica en los “límites” del “limitador” para “limitar” los derechos reconocidos en función de las formas y los requisitos.

Principio *Pro Homine*: *“...es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual 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. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”²³.*

Principio de Progresividad o no regresión (“la inconstitucionalidad del caminar del cangrejo”): *esta directriz veda al Legislador la posibilidad de adoptar temperamentos injustificados y/o regresivos, constituyendo no solo un “principio arquitectónico de los derechos humanos” sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia (Fallos: 338:1347; 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; 328:1602, voto del juez Maqueda 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni)²⁴.* Entre otros, fue Claus Roxin, quien -desde su lugar- advirtió con gráfica claridad las implicancias de este principio superador, al observar que el progreso en la técnica y en

²² A. 2186, CSJN XLI. RECURSO DE HECHO “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, causa N° 28/05C.

²³ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en www.derechoshumanos.unlp.edu.ar.

²⁴ <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=notas21>

las ciencias naturales ocurre de manera lineal de forma que un avance se produce sobre la base de otro precedente “...a diferencia del desarrollo social que transcurre de manera dialéctica, esto es, las posiciones y contraposiciones varían, siendo posible en todo momento el retroceso, tal como sucedió con el retorno a la inhumanidad en el Derecho Penal de la época nazi...”²⁵.

Los principios mencionados parecen que fueron los temperamentos bien adoptados por nuestra CSJN, al menos en alguna oportunidad, y son los que deben iluminar el sombrío camino que se ha seguido en general, en nuestra instancia, con respecto a la reforma plasmada en la Ley 27375.

En ese marco, se pronunció ese máximo Tribunal del siguiente modo: “[E]l principio de legalidad [...] exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico; y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”²⁶. En igual sentido, el Supremo Tribunal oportunamente entendió: “...si existiese alguna duda respecto de la aplicabilidad del art. 2º del Código Penal a delitos como el castigado por la sentencia cuya validez se discute en autos, esta debe resolverse en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal 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...” (considerando 11º)²⁷.

No es otra cosa que el criterio rector y fundamental al que ya nos referimos, que exige interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían derechos fundamentales y restrictivamente aquellas que los limitan o restringen. Desde la reforma constitucional de 1994 integra nuestro ordenamiento fundamental, por imperio del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Aclarada esta perspectiva constitucional, que obliga a privilegiar ciertas interpretaciones sobre otras, resulta adecuado continuar con los distintos tipos de interpretación posibles dentro del contenido semántico de la norma, que en todos los casos debe significar un límite de actuación para el intérprete. Estos son: literal, finalista (o teleológica) y sistémico. En palabras de la CSJN “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por aquélla y no puede llegar al extremo de exigir mayores

²⁵ El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, en Dogmática Penal y Política Criminal, Claus Roxin (traducción y ed. de Manuel A Abanto Vasquez), Idemsa, Lima-Perú, 1998, pp.437 y sgtes.)

²⁶ CSJN, “Farina” (causa Nº2148), 26-dic-2019.

²⁷ CSJN, “Muiña, Luis (Causa Bignone)”, 3 de mayo de 2017.

requisitos que los que aquella impone”²⁸. Con respecto a la interpretación finalista o teleológica, el Tribunal Supremo de la Nación consignó: “La Corte ha dicho que al momento de interpretar una norma, cualquiera sea su índole, debe tenerse primordialmente en cuenta su finalidad (Fallos: 305:1262; 322:1090; 330:2192; 344:1810). Ello toda vez que no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante (Fallos: 326:2095; 329:3666; 330:2093; 344:223), dado que lo importante no es ceñirse a rígidas pautas gramaticales sino computar el significado profundo de las normas (Fallos: 344:2591). En ese sentido, se sostuvo que los magistrados deben considerar la naturaleza y sentido de la norma en el conjunto legal -podríamos puntualizar en función del sentido y la naturaleza del Instituto en cuestión- (Fallos: 323:3139). Es que, la interpretación de la ley debe practicarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las normas (Fallos: 284:9); indagando, por encima de lo que ellas parecen decir literalmente, lo que dicen jurídicamente (Fallos: 294:29)”²⁹.

En relación con aquello que deben expresar las normas jurídicamente, se impone el prisma de un todo coherente, es decir, la interpretación sistémica. Allí juega un primordial papel nuestra normativa superior y todo aquello que funcione como directriz obligatoria para nuestro Estado. Con respecto a la interpretación sistémica, la CSJN se ha pronunciado en los siguientes términos: *“Es posible que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, y la solución se aclare cuando se lo considera en relación con otras disposiciones constitucionales”* (fallo: [312:496](#)).

Una vez definidos los métodos interpretativos corresponde preguntarse si el artículo 28 de la ley 27375 permite una interpretación distinta a la aquí propuesta. En principio el término “alcanzar” y no “mantener” contenido en la norma, se orienta claramente a apoyar nuestro entendimiento de que no es legítimo exigir al interno que mantenga durante determinado plazo determinados guarismos dentro de su progresividad del régimen. Por su parte, siquiera en la exposición de motivos de la reforma puede encontrarse respuesta a la inquietud planteada en el sentido de posibilitar indagar en la voluntad del Legislador actuante en la reforma. Para ser claros, nosotros creemos que la interpretación de la mayoría actual se encuentra deslegitimada “ab initio” por constituir una aplicación extensiva que hiere de muerte el Principio de Legalidad y ello sucede porque la norma contenida en el artículo en estudio, claramente, consigna el vocablo “alcanzar durante” y no

²⁸Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Machuca, Rubén Sergio s/ lesiones gravísimas (art. 91), voto Dr. Rossatti, 23 de julio de 2020.

²⁹ Nota de Jurisprudencia:
<http://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/38/documento#:~:text=Es%20que%2C%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de,Fallos%3A%20294%3A29>.

“mantener durante”. Sin embargo, para los que sostienen que la fórmula permite otras interpretaciones en función de que el término “durante” resulta confuso, el límite a la interpretación se erige en función del desarrollo precedente, por lo que -a continuación- se lo contrastará con las tres modalidades de interpretación en clave constitucional.

Reiteramos que, a nuestro ver, no cabe dudas de que la postura aquí sostenida es la única que sortea el filtro de la interpretación literal. Es que el artículo en su parte pertinente dispone: *“El pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice y a las conclusiones a las que se arriben respecto a su reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. Sin perjuicio de otras causas que aconsejen dictamen desfavorable respecto de su reinserción social, deberá ser desfavorable:*

- 1) En el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena;*
- 2) En el caso de no haber **alcanzado** la conducta y concepto del interno la calificación como mínimo de Buena durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de la libertad condicional”.*

Cabe advertirse que desde el lenguaje tampoco hay otra interpretación posible ya que el legislador al reformar utilizó el vocablo “alcanzar” y no “mantener”. Agregar este último requisito de forma pretoriana no sería más que, como se adelantó, una exigencia extralegal prohibida por la Constitución Nacional mediante el establecimiento del sistema republicano: a los jueces les está prohibido crear ley.

Ahora bien, el criterio opuesto al aquí desarrollado, no supera tampoco la interpretación propuesta con el criterio “finalista o teleológico”. En palabras de la CSJN, básicamente este criterio de interpretación pretende buscar la finalidad de la norma en sí. En el caso, la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad no es otra que la reinserción social, lo que necesita del cumplimiento en libertad del último tramo de la pena. Esta finalidad se encuentra reconocida en normativa de jerarquía constitucional, como todos sabemos (5.6 de la C.A.D.H. y 10.3 de PDCyP). Recordemos en el punto que hemos sido felicitados por la Comisión Interamericana en los inicios de nuestra Ley 24660, superadora de nuestra normativa anterior. Es que, luego de 1994 y como se sabe, la Argentina se incorporó al derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual, al menos, se dio jerarquía constitucional a la reintegración social como finalidad esencial del régimen penitenciario o, directamente, de las “penas privativas de libertad”. La Constitución (mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) establece hoy

que la “reforma y la readaptación social” son fines esenciales de la ejecución de las penas de prisión. “*Reforma de los penados*”, “*Readaptación social de los penados*” y “*Finalidad esencial del régimen penitenciario*” son los tres conceptos o dogmas claves de las disposiciones constitucionales³⁰. La coherencia interna exige que tal objetivo sea la meta de una planificación coherente (conjunto ordenado, coordinado, racional y factible de medidas) que instrumente tal política penitenciaria, que no es más que una política social. Para ello deben garantizarse un proceso que tienda a remover los factores negativos que de una u otra forma hayan coadyuvado en el acontecer ilícito y asocial, lo que implica, al menos, la necesidad de cupos para todos los internos, en otras palabras, de morigerar la sobrepoblación actual. Es decir el Estado asume como una obligación brindar posibilidades de educación, trabajo, salud, etc, a los internos, en la medida que ello sea compatible con la privación de libertad. Este compromiso asumido por el Estado se encuentra ya “en jaque” frente a la sobrepoblación carcelaria y su impacto sobre los cupos, por lo que todo proceder -judicial, al menos- debe tender a una interpretación que resulte coherente con este objetivo y garantía (art. 3 de la Ley 24660). Asimismo la lectura inapropiada que se viene haciendo del artículo 28 deviene en detrimento no solo del principio resocializador en el marco dado, al aumentar sin razón alguna la población carcelaria, sino también del Principio de Legalidad y Judicialización, como ya se analizó.

A modo de verdad de Perogrullo, se enfatiza que la progresividad (inferida directamente del Principio de reintegración social) -que caracteriza al régimen penitenciario (art. 12 L.24660)- contiene un período de cumplimiento de pena en libertad antes de su agotamiento, a modo de “*ensayo final en el que la evolución alcanzada se mide a través de indicios indirectos dados por la forma de cumplimiento de los compromisos que contiene esa soltura anticipada, con casi intrascendentes mecanismos de control físico que, en realidad, residen en la responsabilidad del individuo liberado....la libertad condicional no es, en realidad un período, siendo que ha sido incluido en la norma a los efectos de reafirmar el hecho de que nos encontramos ante un régimen progresivo que, como tal, debe prever un modo de reintegro anticipado al medio libre*”³¹. En ese sentido, este derecho a cumplir la última parte de la pena en libertad, cuando se verifiquen los requisitos exigidos en la normativa de fondo, es una instrumentación inferida del Principio de Reintegración Social. A su vez, tales requisitos deben ser claros de forma tal que la persona conozca con antelación su pena definida en extensión e intensidad, a fin de preservar el Principio de Legalidad. La interpretación deslegitimada actual no conserva las características de ley clara y precisa requeridas por el Principio de legalidad para que una norma sea legítima en el sistema, en función de que no es posible conocer con precisión y de antemano en

³⁰ Sistema Penitenciario y Normas Constitucionales, por Zaffaroni; en Jornadas sobre Derecho Penitenciario y Derechos Humanos, Editores del Puerto, CABA, Abril 1997.

³¹ Análisis del Régimen de Ejecución Penal, Lopez y Machado, FD, CABA, noviembre de 2014, pág 98

qué momento se estará en condiciones de acceder a este Instituto Liberatorio. Esta forma confusa de leer e interpretar el artículo analizado importa suponer como legítimo que el Poder Legislativo avasalle funciones propias de otros poderes. Para ser clara, no se discute la potestad que posee la autoridad legislativa para establecer los lapsos mínimos de cumplimiento de las penas, lo que se objeta es que cuando el Legislador quiso imponer límites temporales de acceso a Institutos liberatorios, lo hizo claramente (v.g. en el Instituto de las Salidas Transitorias). Por su parte, para el acceso al último tramo de la pena que se supone en libertad, los requisitos temporales son impuestos en miras de que los autores de delitos cumplan, al menos, una suficiente porción de la pena en prisión que asegure determinadas funciones reconocidas a la pena privativa de libertad (prevención general positiva y negativa). Pero luego de ello, deviene necesario deslindar los requisitos temporales de los logros alcanzados en la progresividad del régimen, ya que precisamente esto radica en cuestiones que no son temporales. Es que los Institutos liberatorios no son más que una herramienta de reinserción social en el contexto aceptado previamente y en relación con la función reconocida al Derecho Penal de contener y reducir el poder punitivo estatal. Precisamente, los requisitos referidos a que el interno haya alcanzado, mediante la progresividad, estadios que permitan presumir que en la sociedad libre (al igual que lo hizo intramuros) podrá respetar las normas. Entonces nos preguntamos si los Institutos Liberatorios son herramientas de reintegración social y lo que se quiere lograr es bajar el índice de reincidencia, cuál sería el sentido de acotarlos u obstaculizarlos. Por otra parte, si el interno dentro del Régimen de la Progresividad ha logrado demostrar, mediante su evolución, que podrá sostener en la sociedad libre una convivencia pacífica, cuál será el sentido de mantenerlo más tiempo encerrado (¿Cuál es el sentido de la interpretación restrictiva del Instituto?). En este contexto, que se torna relevante que el artículo 13 del CP no se haya modificado y que el interno que tendrá acceso a la libertad condicional será aquel que durante el requisito temporal establecido por el Legislador, para cada uno de los casos, haya logrado demostrar no solo su observancia regular a los reglamentos carcelarios, sino también su haber “alcanzado” un guarismo positivo de Concepto. Así aquello ya exigido por el artículo 104 de la Ley 24660, ahora ha sido incorporado específicamente (por el actual artículo 28) dentro de los requisitos positivos a **alcanzar** durante los respectivos plazos mínimos de encierro (según exigencias de los mencionados objetivos de prevención general positiva y negativa) para tener derecho a gozar de la Libertad Condicional. Es claro que . mediante ese artículo 104 ya se exigía para ello, un guarismo positivo de Concepto (Art. 102: “ponderación de la evolución personal del interno de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”). Desde siempre, entonces también en términos históricos, se ha exigido no solo la observancia regular de los reglamentos carcelarios sino también el haber

alcanzado) un buen pronóstico de reintegración social o Concepto. En esa dirección, ya el art. 53 del decreto 412/1958 imponía que la calificación de Concepto debía servir de base para otorgar los Institutos Liberatorios en función de que demostraba el grado de “recuperación” **alcanzado** por el “recluso” (aunque en la actualidad haya variado su significado o definición legal). Es así que la cuestión clave para los Magistrados, luego de verificar las demás circunstancias legales, es evaluar, al momento de resolver la incidencia de Libertad Condicional, si el interno hubo podido respetar con regularidad los reglamentos carcelarios pero también evaluar si éste ha logrado alcanzar con éxito los objetivos impuestos en su tratamiento penitenciario. Claramente mediante la inclusión del requisito de haber alcanzado el Concepto Bueno dentro del artículo 28 actual se implica que esto ya dejó de ser una mera apreciación para tener en cuenta a la hora de incorporar a alguien a la Libertad Condicional para transformarse en otro requisito, pero no más que eso mismo que se venía ya exigiendo jurisprudencialmente desde larga data³². La Progresividad de nuestro régimen se establece sobre una esperada evolución tendente a la incorporación de los internos a los regímenes de confianza y de soltura anticipada. El guarismo de Concepto lo consigna la administración penitenciaria en función de lo establecido en el artículo 62 del decreto 396/99 que detalla todas las pautas a tener en cuenta para la valoración como la aplicación en las tareas laborales, la evolución en el área social, el rendimiento en las áreas educativas, entre otras. Es decir, según el plexo normativo, tales pautas son las que determinan el sentido de los informes realizados por el Consejo Correccional, por lo que un interno que ha sido calificado de manera positiva (al menos con un Bueno Cinco) siempre debe registrar un pronóstico favorable y quien lo **alcanzó** ha demostrado que puede manejarse en la sociedad libre de forma pacífica y respetando la Ley. Ahora sí, al haberse incluido este requisito en el artículo 28 actual, significa que las solturas anticipadas deben articularse con el grado obtenido en el proceso de reintegración social. En ese marco, ya -sin discusiones al respecto- legalmente no es suficiente una Buena Conducta, sino también haber alcanzado un pronóstico favorable de reinserción social.

Para ser claros, la reforma en el punto, para nosotros resulta totalmente inocua (más allá de lo sostenido con anterioridad relativo al Principio de Judicialización) ya que no es ni más ni menos que lo que se venía exigiendo jurisprudencialmente, desde larga data y casi de forma inveterada (haber alcanzado, al menos, guarismo de Concepto Bueno -cinco-³³). Al respecto, se coincidía en que el Concepto sí resultaba determinante en la elaboración de los informes carcelarios, “... *por*

³² La Libertad Condicional en el Código Penal; LexisNexis, BS AS 2007, Rubén Alderete Lobo, pág 126, pero especialmente nota al pie de página identificada con el número 134 y presente en la página 125 y nota al pie identificada como 120 en la página 117.

³³ ver comentario al artículo 28 especialmente en la obra de Axel López y Machado, ANALISIS DEL REGIMEN DE EJECUCION PENAL; ed: FD; 2da Edición, CABA 2014, especialmente nota al pie Nro. 170 (pág. 153) y ccdantes.

cuanto son institutos relacionados con la posibilidad de adecuada reinserción social a la que se refiere el artículo 101. En esta último caso, no se trata ya de una base, toda vez que la autoridad penitenciaria se verá impedida de expedirse negativamente en función de tales regímenes de ejecución...cuando el interno registre concepto positivo, ya que, de otro modo se verificaría una contradicción respecto de lo actuado con anterioridad al momento de la calificación. Al momento de asignar la calificación conceptual, el consejo correccional debe tener en cuenta todas aquellas pautas de valoración contenidas en el art. 62 del decreto 396/99 que incluyeron precisiones respecto del cumplimiento de las normas de conducta, aplicación en las tareas laborales, evolución en el área social y dedicación y asistencia a tareas educativas. En consecuencia, el concepto determina el sentido de los informes realizados por el consejo correccional, por lo que un interno que ha sido calificado de manera positiva siempre deberá registrar un pronóstico favorable -menos o mayor -de adecuada reinserción...al quedar establecido ahora que la calificación de concepto habrá de incidir en el otorgamiento...Ya no basta, por lo tanto, la mera buena conducta del interno para poder obtener su soltura anticipada sino que además debe exigirse un pronóstico favorable de adecuada reinserción social. En ese orden de ideas, la ley 25.892 vino a ratificar lo precedentemente expuesto ya que, actualmente, el art. 13 del Código Penal exige que, para poder obtener la libertad condicional, el causante debe registrar el mentado pronóstico favorable de reinserción social...³⁴ Por último destacar que, los informes penitenciarios si bien no resultan vinculantes, en caso de ser positivos, salvo arbitrariedad justificada, deberían únicamente ser avalados por el juez (según precedentes del Superior ya citados), porque precisamente la autoridad penitenciaria resulta ser quien más conoce al interno, en virtud de sus misiones y funciones intramuros.

Por su parte, para la aplicación del criterio "finalista o teleológico" de interpretación no debe soslayarse que en su naturaleza el objetivo de reinserción social analizado no es ni más ni menos, a nuestro ver, que una política pública. Como se sabe, las políticas públicas tienen un destinatario e involucran a todos los poderes del Estado (incluido el poder judicial), quienes deben colaborar en su efectiva concreción. Por su parte, la otra cara del derecho a la reinserción social, es precisamente el mandato que el Constituyente dio al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. Tal debe mantener coherencia incluso con la función del Derecho en general, que no es más que la pacificación social. En otras palabras, se considera que para el bienestar de la sociedad -dentro de la cual se incluye por supuesto al condenado, privado de libertad- es necesario brindar herramientas para lograr una vuelta pacífica del interno a la sociedad libre. Para eso se elaboró un sistema de progresividad de la pena, donde el Estado tenga la obligación de dotar de recursos al interno como posibilidades ciertas de trabajo,

³⁴ Axel Lopez y Ricardo Machado, op. cit. págs 312 y 313

educación y salud, en sentido amplio pero también de la posibilidad de cumplir un tiempo de su pena en libertad³⁵. Resulta de meridiana claridad que las interpretaciones que provoquen más sobrepoblación se traducen en menos posibilidades estatales de brindar estos recursos, yendo en contra de esos objetivos trazados, vigorizando incluso la figura de un “Estado bobo” o incoherente. Ello además de desdibujar la idea del interno como “sujeto de derecho” que tanto nos costó y nos cuesta internalizar.

En otras palabras, una interpretación distinta a la aquí propuesta obstaculiza esas metas, generando una desconexión absoluta. No parece lógico pensar que el legislador, quien en 1996 diseñó una política pública destinada a las personas condenadas, sea el mismo actor que en la última reforma dificulte esa misión. Lo expuesto no supera un test de legalidad ni de razonabilidad (sentido común). Tampoco, se repara en la litigiosidad que genera la interpretación aquí confrontada, lo que alarga tiempos y consume recursos en debates que no deberían ser tales. Reiteramos que las políticas públicas tienen destinatarios y en este caso, se dificulta su efectividad a partir de una discusión generada en un ámbito académico que interfiere en el concepto de administración de justicia como servicio. Es que esta discusión, que parece nimia, provoca que muchas personas continúen presas y egresen por agotamiento de pena sin haber contado con un Estado que lo acompañe en ese proceso con la finalidad de que no reincida. Esto impacta, por supuesto, como se adelantó, en la imposibilidad, por falta de cupos, de acceder a los recursos que el Estado debe obligatoriamente brindar en prisión en función de las directrices constitucionales vigentes, como los principios de humanidad de las penas y de reintegración social. Por su parte, la interpretación que nos gusta caracterizar como deslegitimada del artículo 28 también colabora en la falta de previsibilidad y certeza que deben ser principios rector en el actuar de la administración de justicia (derivación lógica del principio de legalidad). De tal modo, cuesta creer que el legislador pudo haber pretendido decir “mantener” y no “alcanzar” ya que no se advierte ningún tipo de ventaja, ni para los internos ni para la sociedad de la vida libre en tal decisión. Es que se requiere una visión integral del Estado, que coordine y coadyuve en la concreción de políticas públicas.

En palabras de Martínez Nogueira, “cualquiera sea la atribución de causalidades y responsabilidades, existe una comprensión bastante generalizada de las lógicas básicas que condujeron a una administración pública cuyos atributos distan de satisfacer las aspiraciones sociales. Esas lógicas fueron producto de un largo proceso histórico durante el cual el Estado asumió una configuración muy

³⁵ “El fenómeno de la sobrepoblación carcelaria que podemos definir como el alojamiento en un establecimiento carcelario de más cantidad de personas de las que es posible albergar sin reducir las condiciones mínimas que deben reunir, se relaciona directamente con la garantía de los internos a recibir un trato digno y condiciones carcelarias adecuadas” (Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina, por Marcos Salt, pag. 217 del libro “Los Derechos fundamentales de los Reclusos, España y Argentina”, Ed. Del Puerto, CABA, 2005.

particular: disperso, fracturado, poco inteligente, con patrones culturales y modos de hacer alejados de la noción de lo 'público' y sometido al acecho y a la apropiación de grupos corporativos. La tarea para transformar esta situación es enorme e involucra la movilización de importantes recursos políticos, sociales y de conocimiento. Este objetivo comprende cambios en los marcos institucionales, la construcción de alianzas, la movilización de capacidades académicas y profesionales, el replanteo de las funciones normativas y reguladoras y reorientaciones en los comportamientos de los actores involucrados en los procesos de elaboración y ejecución de las políticas públicas. Esa caracterización de la situación actual y de los desafíos que plantea explica la significación del abordaje del planeamiento estratégico. Los programas de reformas integrales dirigidos a todo el sector público y que abarcan simultáneamente las dimensiones normativas, de recursos, de procesos y los modos de financiamiento, cayeron en un gran desprestigio por la distancia entre las ambiciones a que respondían y los logros efectivamente alcanzados. Frente a estos intentos se impuso una orientación más realista, centrada en cuestiones y problemas relevantes cuya atención y resolución pueden desencadenar procesos de mejoramiento de la gestión que impacten sobre la capacidad de gobierno y sobre la calidad de las relaciones entre la administración y la ciudadanía³⁶Es necesario entonces la intervención del Poder Judicial como un actor de política pública para que subsane esta situación.³⁷

Al respecto, no podría tener acogida legítima ninguna reforma o proceder estatal que implique un retroceso en materia de derechos reconocidos en la ejecución de la pena, y en el punto podría incluso denunciarse al Estado argentino (y, claro está, no solo por la transgresión al Principio de Progresividad, sino por todo lo que implica esta reforma en cada uno de sus puntos, incluso y especialmente en la desidia ante la emergencia carcelaria y el recorte en todos los derechos que esto implica). Es que el *“...principio de progresividad también incumbe al principio de prohibición de regresividad o irreversibilidad que impone que una vez logrado el avance de los derechos a un nivel determinado, no es posible disminuir ni regresar a un estadio anterior al mismo. Es decir, el estado no podrá disminuir el goce de los derechos que han llegado a un determinado estándar. No puede revertirse el contenido y alcance de los derechos. . En caso de que ello suceda estaremos en peor situación jurídica vulnerando la prohibición de regresividad tanto como el de progresividad de la realización de los derechos humanos.La irreversibilidad,*

³⁶ “El planeamiento estratégico y el mejoramiento de la gestión pública”, compiladores Jorge Walter y Diego Pando, 2014, pág. 22.

³⁷ Bergallo, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”. En ese sentido, resulta útil citar también el fallo “MENDOZA” de nuestra CSJN, en el que se ordenó el cumplimiento de una concreta política pública.

o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, está reconocida para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4 de ambos). Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el ser humano. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales (fundamentalmente del artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los derechos humanos contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales” y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”. Son ambos las dos caras de una misma moneda.³⁸

Entonces, ¿podría tener algún asidero de legitimidad la interpretación del artículo 28 que obstaculiza, aún más, el otorgamiento del Instituto liberatorio por antonomasia -incluso mediante una fórmula que tase de forma rígida la conclusión del Consejo Correccional más allá del real desempeño de la persona condenada-? La respuesta parecería ser que no, ya que resulta claro que colisionaría directamente con la finalidad misma de la ejecución de la pena³⁹ y con el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos.

También como explicamos, colisionará con la política pública de reinserción social (como respuesta criminal integral), no pudiendo validarse que el Poder Judicial vaya en contra de los objetivos fijados por el mismo Estado (del cual forma parte)

Para concluir este acápite es necesario destacar que resulta inexorable, a fin de preservar la seguridad jurídica de las personas privadas de libertad, respetar la obligación de interpretar el sentido de las normas que, tanto en los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional como en nuestra ley de ejecución, han consagrado al principio de

³⁸ <https://www.pensamientopenal.com.ar/autores/gabriela-l-gusis>.

³⁹ “La resocialización tiene en relación con la norma penitenciaria funciones similares a las que tiene el ben jurídico en relación con la norma penal. Si este ofrece una concesión material al tipo penal y sirve como base de su estructura e interpretación, aquel es un instrumento para interpretar la norma penitenciaria” (Mapelli Caffarena, Pena Privativa de Libertad, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XIX, Seix Editor, Barcelona 1989, p. 449.

resocialización como fin de la ejecución de la pena. Ello debe ser la guía de interpretación tanto de las instituciones penitenciarias como de todas las normas que regulan la ejecución penal. Así las normas que consagran al ideal resocializador como fin de la ejecución de las penas debe ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos. *“...Con esta concepción el principio de resocialización influye positivamente en los distintos aspectos del régimen penitenciario y actúa como criterio de interpretación de todas las normas...que deben ser interpretadas en el sentido que sea más favorable para el cumplimiento de la obligación del Estado de favorecer las posibilidades de los internos de desarrollar una vida normal”*⁴⁰

Así, a nuestro ver, cabe preguntarse, entonces, si fue la palabra “durante” como sinónimo de “mantener” y no de “alcanzar” (verbo expresamente consignado en la norma) lo que provocó interpretaciones distintas a la aquí sostenida. Sin embargo, siguiendo con el “test interpretativo” y sometiendo ese vocablo “durante” a los tres tipos de interpretación aquí desarrollados podremos advertir que no existe para ello sustento alguno (siquiera literal, ni sistemático ni finalista ni teleológico) En primer lugar, cabe reiterar que la exégesis de la norma no permitiría soslayar el verbo “alcanzar” consignado expresamente en la norma, por lo que la exigencia de mantener constituiría una interpretación extensiva prohibida, especialmente por el Principio de Legalidad, entre otros ya mencionados. Por su parte, aún cuando se sostenga que el vocablo “durante” daría lugar a la interpretación, resulta que una diferente a la aquí sostenida, resultaría ajena también a la obligación estatal de, ante cualquier duda literal que tenga el intérprete, deberá estarse a aquella lectura que más derechos otorgue al condenado. Justamente, esta interpretación, se complementa en el caso con el principio “pro-homine” (ya desarrollado) e incluso con el Principio de Progresividad en la dirección precedentemente detallada y señalada como obligatoria a partir de nuestra Reforma Constitucional de 1994. De modo tal, aunque el término “durante” pudiera generar alguna duda, siguiendo la doctrina emanada de nuestra Corte, debe estarse a la interpretación más amplia -en sentido de garantizar derechos-.

Frente a la interpretación teleológica o finalista, la palabra “durante” también debe ser entendida de forma coherente con el verbo “alcanzar” contenido por la norma. De lo contrario, se estaría hiriendo de muerte al régimen de progresividad de la pena (a través del cual la ley 24.660 consagró el principio de reinserción social), ya que se habilitaría al Consejo Correccional a emitir un dictamen negativo

⁴⁰ pags 176 y 177, Marcos Salt, op cit.

independientemente de los avances y logros obtenidos por la persona condenada (única base objetiva para fundar un pronóstico de reinserción social).

En cuanto a la interpretación sistemática, como explicamos, no es posible entender el concepto de “durante” como sinónimo de “mantener”, ya que de ser así, colisionaría directamente con el art. 13 del C.P. en los términos ya desarrollados (siendo su ejemplo más palmario el requisito temporal de ocho meses para penas menores a tres años) incluso con el objetivo por antonomasia de la pena privativa de la libertad. Ello en el marco de que no es posible de forma legitimada suponer la inconsecuencia en el legislador.

Otro punto a destacar desde lo teleológico es que el interprete no debería desentenderse de las consecuencias que una interpretación produce en la sociedad, para lo que mínimamente debe cotejar la coherencia de esta con los objetivos no solo constitucionales sino también en la práctica de la norma interpretada (desde el prisma del Estado como unidad y la coherencia que debe presentar sus políticas criminales y penitenciarias -políticas públicas-).

Este pequeño test, a nuestro entender, deja en claro que con “durante” se pretendió decir “alcanzar en un período determinado”, lo que refuerza la idea de que la norma plasmó los criterios que venían siendo sostenidos jurisprudencialmente (concepto equivalente a Bueno Cinco como mínimo) y hasta legalmente, como se desarrolló. Es que, la reforma de esta norma ya había incluido la exigencia del buen Concepto o Pronóstico de Reintegración social. Ahora de manera clara pareció incorporarse aquellas reglas consignadas en normas reglamentarias (arts. 41 y 42 del Decreto 396/99) -aunque algunos autores y jueces consideraban ya las consideraban exigencias legales, como se desarrolló precedentemente- .

Es así que de una lectura integral de la ley 27375, surge que si el legislador hubiese querido establecer como recaudo el mantenimiento de una calificación conceptual durante un determinado lapso lo hubiese dicho claramente. Prueba de ello es el artículo 17 de la ley de ejecución penal según la última reforma, tal como se manifestó. Este artículo, en su parte pertinente enuncia que en el marco del instituto de salidas transitorias, le será exigible a la persona condenada “poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contando a partir de la partición de la medida”: Esta muestra es elocuente. La redacción del citado artículo no deja dudas respecto a que en este caso sí se deberá haber mantenido -el estado en la evolución- por un plazo determinado. Así, parece que el obstáculo para el acceso al régimen de libertad condicional no surge de la norma, si no de una interpretación que no resulta racional.

CONCLUSIONES

Con respecto a la debida interpretación de la norma, objeto de este trabajo, así como de cualquier otra, entendemos adecuado enfatizar la correspondencia de que ello se haga dentro de los parámetros válidos de interpretación de las leyes en nuestro Estado de Derecho. Esto debe incluir las directrices marcadas por los Principios de razonabilidad y, al menos a partir de la reforma constitucional de 1994, también de los Principios de progresividad (o no regresión), “pro homine” y “pro libertatis”, según -incluso- los precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último, y en dirección a la importancia de escapar de los vaivenes sin timón de un “Estado bobo”, resulta conveniente tender siempre a la preservación de la coherencia del sistema. Es que el monopolio de la respuesta punitiva en manos del Estado requiere de una legitimación permanente y dinámica. Ante ello cada criterio y proceder estatal (incluidos los actos de los integrantes del Poder Judicial -que se presentan como los “correctores”-) debe superar el estándar de racionalidad, también, entre el sistema de ejecución de la penas y el universo de las políticas públicas. Esto no es ni más ni menos que reconocer, en el caso, que las decisiones de los Jueces intervinientes en la etapa de la ejecución de la pena privativa de la libertad (como de todos los demás) son actos de gobierno y que producen efectos que deben encontrarse intrínsecamente relacionados con los objetivos de la Política Criminal del Estado. Así se amerita una continua visión integral y coordinada tendente a la satisfacción del objetivo de reinserción social buscado y de una mayor seguridad bien entendida para todos.

La función “remedial” encomendada a los Jueces implica que al interpretar las normas y aplicarlas, no puedan desentenderse legítimamente de los efectos que sus decisiones producirán en la realidad social. Así, en este caso, se debe procurar que tal sea coherente con el fin declarado de la pena privativa de la libertad y de su ejecución (reinserción social según nuestras normas superiores) en el sentido de satisfacer la necesidad de mayor pacificación social, incluso como función más prístina del derecho en general.

"Quiero que quede claro ¿eh? Yo no soy Batman. Puedo averiguar la verdad, puedo reunir pruebas, presentarlas ante....un juzgado, pero ahí es donde termina mi jurisdicción"

(Frase pronunciada por el personaje Benoit Blanc, de la película citada)