

CAPITULO II bis:

Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución.

ARTÍCULO 56 bis. —No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos:

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal.

10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.

11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.375, B.O. 28/07/2017)

ARTÍCULO 56 ter.- En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley.

En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgarán a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario.

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 27.375, B.O. 28/07/2017)

ARTÍCULO 56 quáter.- Régimen preparatorio para la liberación. En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través

de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior.

Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión.

En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 27.375, B.O. 28/07/2017)

ARTÍCULO 56 quinquies.- El juez de ejecución o juez competente deberá remitir al Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem), o al que corresponda, dentro de los cinco (5) días posteriores a quedar firme, copia de los siguientes actos procesales, indicando en todos los casos las normas legales en que se fundan:

a) Otorgamiento de salidas transitorias.

- b) Incorporación al régimen de semilibertad.
- c) Prisión discontinua, semidetención, prisión nocturna.
- d) Otorgamiento de prisión domiciliaria.
- e) Otorgamiento de libertad asistida.
- f) Otorgamiento de libertad condicional.
- g) Todos los beneficios comprendidos en el período de prueba previsto por la ley de ejecución de la pena.
- h) Suspensión del proceso a prueba.

Deberán asentarse asimismo los datos pertenecientes al condenado, a saber:

- 1) Nombre y apellido del condenado sujeto a beneficio.
- 2) Lugar y fecha de nacimiento.
- 3) Nacionalidad.
- 4) Estado civil y, en su caso, nombres y apellidos del cónyuge.
- 5) Domicilio o residencia fijado para gozar del beneficio y/o libertad condicional.
- 6) Profesión, empleo, oficio u otro medio de vida denunciado.
- 7) Números de documentos de identidad y autoridades que los expidieron.
- 8) Nombres y apellidos de los padres.
- 9) Números de prontuarios.

- 10) Condenas anteriores y tribunales intervinientes.
- 11) El tiempo de la condena fijado por el tribunal, debiendo indicarse el tiempo de privación de libertad cumplido y el que faltare por cumplir.
- 12) La fecha de la sentencia, el tribunal que la dictó y el número de causa.
- 13) Los antecedentes penales.
- 14) Los dictámenes del organismo técnico-criminológico y el Consejo Correccional del establecimiento penitenciario.
- 15) Las normas que el condenado debe observar.

(Artículo incorporado por art. 33 de la Ley N° 27.375, B.O. 28/07/2017)

EXCEPCIONES A LAS MODALIDADES BÁSICAS DE LA EJECUCIÓN

Por Luis Raúl Guillamondegui¹

Recientemente el legislador, siguiendo la senda ya marcada por las leyes 25.892 y 25.948 - sancionadas en el año 2004 con motivo del lamentable suceso del secuestro y homicidio del joven Axel Blumberg-, haciendo eco de intereses políticos “justificados” en demandas sociales de similar tenor y fortalecidas desde sectores mediáticos, presenta, mediante la Ley N° 27.375 (BO: 28/7/2017), nuevas reglas restrictivas para el acceso a los institutos del período de prueba del régimen penitenciario (salidas transitorias, semilibertad), a algunas alternativas para situaciones especiales (prisión discontinua,

¹ Dirección de correo electrónico: guilla70@hotmail.com

semidetención), a la libertad condicional y a la libertad asistida (Art. 56 bis LEP y Art. 14, 2° párrafo CP); sin haberse detenido, aunque más no sea un instante, a correlacionar su propuesta legislativa con las normas y principios penales y constitucionales existentes.

Así también prevé una *“intervención especializada”* para internos condenados por delitos sexuales -en consonancia con su predecesora, la Ley 26.813, BO: 16/01/2013- (Art. 56 ter LEP), regula un peculiar *“régimen preparatorio para la libertad”* de los condenados por delitos aberrantes y equiparados -con el afán de neutralizar ulteriores objeciones de constitucionalidad- (Art. 56 quáter LEP), y prescribe un registro especial, el *“Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem)”*, donde deben asentarse los *“beneficios penitenciarios”* y probation concedidas, personas beneficiadas, normas de conducta impuestas, dictámenes penitenciarios y el tribunal interviniente (Art. 56 quinquies LEP).

En cuanto a las restricciones señaladas, el legislador aumenta -en comparación con las leyes precursoras mencionadas- la nómina de los *“delitos aberrantes”* y además incluye otros de menor gravedad y los *“equipara”* en cuanto a sus efectos, esto es, vedar la incorporación al período de prueba del régimen penitenciario, prisión discontinua, semidetención, libertad condicional y asistida a los condenados por tales crímenes; advirtiéndose, sin mayor esfuerzo, que a pesar de la distinta gravedad criminal entre dichas categorías delictivas -en cuanto a los intereses jurídicos tutelados y sus penas consecuentes-, y sin una razón válida, se les otorga la misma consecuencia penitenciaria.

Como supimos señalar en su momento, dentro de nuestro entorno regional y respondiendo a semejante programa de persecución penal, Brasil supo adelantarse sancionando la *Lei 8072/90 sobre os crimes hediondos* (25/07/1990), donde clasificaba una serie de delitos como atroces (asesinato, homicidio calificado, extorsión, secuestro, violación, genocidio, etc.) y equiparaba otros a sus efectos

(tortura, tráfico ilícito de estupefacientes y terrorismo) y, en lo que a nuestro tema interesa, prescribía la prohibición de progresividad por el régimen penitenciario a los sujetos condenados por tales conductas: Art. 2: ... § 1º: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”².

Vale señalar que, luego de un exhaustivo combate desde la ilustre doctrina penal del país vecino (Luiz Flavio Gomes, José Pierangeli -en su trabajo en coautoría con Zaffaroni-, Roberto Cezar Bitencourt, entre otros), el Superior Tribunal Federal en pleno resolvió la inconstitucionalidad de la desatinada norma trascripta por resultar contraria a diferentes principios superiores y contenidos en pactos internacionales de derechos humanos suscriptos (STF, HC 82.959, 23/02/06).

El precedente jurisprudencial citado desencadenó la sanción de la Lei 11.464/07 (28/03/07), que reformuló la norma controvertida, permitiendo la progresión del régimen penitenciario a los sentenciados por tales crímenes, previo cumplimiento del período de seguridad establecido³.

Retomando nuestro tema de análisis, apreciamos que ante el pedido de un interno de acceso a regímenes de soltura anticipada o de alguna de las alternativas para situaciones especiales prescriptas, le corresponde a la autoridad jurisdiccional verificar, en primer término, que aquel no haya sido condenado por la comisión de algunos de los *delitos aberrantes* o *equiparados* señalados en la norma (Art. 56 bis LEP o Art. 14, segundo párrafo CP, según correspondiere), puesto que ello importaría el rechazo *in limine* de la solicitud; salvo que considere que tales restricciones contrarían la letra y el

² GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 85-86.

³ Lei 11.464/07. Art. 1º: O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º: ... § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.- § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente...”.

espíritu de la Constitución Nacional, para que una vez resuelta dicha cuestión, recién pasar a considerar la concurrencia de los restantes presupuestos prescriptos.

1. Valoración crítica de la reforma de la ejecución penal (Art. 56 bis).

Concebimos que la flamante Ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), al igual que sus predecesoras -las aludidas leyes 25.892 y 25.948-, repercute profundamente en el campo del derecho de ejecución penal, y pone en crisis una serie de principios penales y supraconstitucionales que sirven de cimientos para nuestro estado de derecho.

En este acápite, tomando como punto de partida las críticas efectuadas a la reforma penitenciaria del 2004 -sencillamente trasladables al presente-, efectuaremos algunas observaciones al precepto en examen, sin que por ello el tema pueda considerarse agotado; sistematizando sus aspectos criticables en las siguientes consecuencias:

A) Vulneración de la finalidad de ejecución de la pena de encierro respecto determinados delincuentes. Principio de igualdad.

El Art. 1 LEP, en consonancia con los postulados de los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados (Art. 75 Inc. 22 CN cc. Art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH), establece que la finalidad de la ejecución penal será *“lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social”*; estableciendo así los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, y a los que deben estar orientados las actividades y energías de los operadores penitenciarios y judiciales.

La discriminación de los condenados, principalmente, por los *delitos aberrantes* a los derechos de libertad condicional (Art. 14, segundo párrafo CP) y -en lo que a nuestro análisis interesa- a las modalidades de la etapa de prueba del régimen penitenciario como a las alternativas para situaciones especiales señaladas (art. 56 *bis* LEP) comportan decisiones legislativas que vienen a cercenar la propuesta de resocialización que debe ofrecer todo Estado de Derecho a las personas privadas de libertad, y dejan un amargo sabor de discriminación, toda vez que aquella aspiración supraconstitucional “no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respeto de todos los condenados”⁴; afectándose así también el principio de igualdad (Art. 16 CN), y perfeccionándose en los hechos, prácticamente, una verdadera pena perpetua, incompatible desde ya con nuestro sistema constitucional.

Con acierto Lascano, supo señalar en relación a las leyes 25.892 y 25.948 -razonamiento que hoy enfocamos hacia la Ley 27.375-, que frente a tal legislación de emergencia asentada en criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor, se procura sacar de circulación de *por vida* a determinadas personas condenadas, lo que representa un regreso a las políticas inocuizadoras, como aquellas que había postulado Von Liszt en su célebre Programa de Marburgo para los delincuentes peligrosos incorregibles: *la pena indeterminada*.

Y el profesor mediterráneo profundizó aún más al sostener que, con dicha sanción eliminatoria o segregatoria, también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena⁵.

⁴ DE LA FUENTE, Javier-SALDUNA, Mariana, “Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal”, AA.VV., *Reformas penales*, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 42.

⁵ LASCANO, Carlos J. (h), “El nuevo régimen de la libertad condicional. Ley 25.892”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V, Nº 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 166-167.

Por su parte, Alderete Lobo, luego de examinar críticamente la reforma introducida por la Ley 27.375, entiende, en cuanto al aspecto en análisis, que *“la reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia”*, para después aseverar enfáticamente que *“como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona”*⁶.

En esa dirección agrega: *“La norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar a todos los presos, con independencia del delito cometido”*. Por ello, *“una vez que se asume, en el orden interno, que el régimen progresivo es la herramienta de reinserción social, se sigue una prohibición al legislador de establecer “direcciones resocializadoras más restrictivas o diferenciadas” que priven de manera general y absoluta el acceso a los institutos de derecho penitenciario por él creados, sobre la base de clasificaciones no relacionadas con el desempeño del interno durante la ejecución de la pena”*. Concluyendo: *“El principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN es la apoyatura de esta prohibición”*⁷.

Al respecto, si recordamos la nómina de los delitos seleccionados por el derogado art. 56 bis LEP, al menos, si se quiere, guardaba una lógica interna, en el sentido de que eran crímenes que tenían como *denominador común*, la *muerte de la víctima* y además estaban sancionados con *pena perpetua*, salvo el homicidio con motivo o en ocasión de robo del art. 165 CP.

⁶ ALDERETE LOBO, Rubén A., *“Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”*, *El debido proceso penal*, vol. 5, Dirección: Ángela Ledesma, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 197.

⁷ *Ibidem*, p. 199.

Pero, la selección del nuevo catálogo de los delitos excluidos, conforme la norma en vigor, es “*es absolutamente aleatoria e incomprensible...y representa un aditamento a la ya manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada*”, tal lo ratifica el mentado profesor de la UBA⁸.

B) Vulneración del principio de progresividad del régimen penitenciario.

El principio rector de progresividad, receptado en los Arts. 6 y 12 LEP, establece que para procurar la resocialización del condenado (Art. 1 LEP), el Estado debe utilizar, dentro del régimen penitenciario, todos los medios necesarios y adecuados para tal finalidad (entre ellos, el ofrecimiento al penado de un tratamiento técnico interdisciplinario e individualizado en atención a las características de su personalidad); y que dicho régimen, ***cualquiera fuere la pena impuesta*** (el resaltado nos pertenece y es una fiel transcripción de la letra de la ley -Art. 12 LEP; precepto *no modificado* por la Ley 27.375-), se basará en la ***progresividad***, esto es, que la duración de la condena impuesta resulta dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos -etapas por las que gradualmente transitará el condenado de acuerdo a su evolución favorable por el régimen y, en su caso, por el tratamiento voluntariamente asumido-; proceso en el que se promoverá la incorporación del interno a instituciones semiabiertas o abiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina y, en su momento, su retorno anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.).

⁸ *Ibidem*, p. 200.

La exclusión de determinados delincuentes, atento el tipo de delito cometido, de la expectativa de obtener derechos penitenciarios de egreso anticipado, importan un significativo desmedro del sistema de ejecución de pena privativa de libertad dispuesto normativamente: el de la *progresividad* del régimen penitenciario -aplicable sin interesar cual fuere el delito juzgado y la sanción penal impuesta (recordemos la previsión del art. 12 LEP, resaltada anteriormente)-, ya que ahora es la “misma” ley la que le priva al condenado del estímulo que representa esa posibilidad de “diseñar” voluntariamente la forma de cómo va a cumplir su encierro, al igual que su consecuente interpretación de la oferta resocializadora estatal.

La referencia a la mera naturaleza del delito castigado como fundamento discriminador, importa sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios respecto del minúsculo colectivo conformado por los condenados señalados en la norma criticada, y que el legislador, desde su lógica, pareciera querer convencernos que aquellos son personas “no recuperables”, inmunes a cualquier tipo de tratamiento interdisciplinario; perspectiva, por cierto, totalmente incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria de nuestro sistema sancionador, tal lineamientos de pautas locales y supraconstitucionales.

Por su parte, en relación a éste apartado, Alderete Lobo resalta que *“probablemente, uno de los aspectos que evidencia de modo más notorio el absoluto desconocimiento teórico de los promotores de esta reforma sea la contradicción insalvable que implica declamar, por un lado, la vigencia del régimen progresivo y, al mismo tiempo, amputar groseramente una de sus notas distintivas, esenciales: la*

posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada”⁹.

C) Afectación del principio de humanidad de la pena: previsión de una pena perpetua. Principio de razonabilidad.

Otro de los principios rectores de la ejecución penitenciaria es el de humanidad de la pena, derivado del Art. 18 CN y en concordancia con los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados con la reforma de 1994 (Arts. 25 y 26 DADDH, Art. 5 DUDH, Art. 5.2 CADH y Art. 10.1 PIDCP).

Tal axioma es receptado por el Art. 9 LEP, mediante el cual se pone de resalto la obligación *erga omnes* de respetar la dignidad humana del penado y de promover una política penitenciaria humanista, que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes; estableciéndose, así también, la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características¹⁰.

Al respecto, representa una relevante cimentación del Estado de Derecho, lo resuelto por nuestro máximo Tribunal federal *in re* “Verbitsky, Horacio S/Habeas corpus” (03/05/2005), en relación a la *obligación estatal* de cumplimentar con lo prescripto por las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* de las Naciones Unidas respecto del *tratamiento digno* que se debe conceder a *toda* persona

⁹ *Op. cit.*, pp. 190-191.

¹⁰ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “Los principios rectores de la ejecución penal”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, Nº 12, Agosto 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 1107.

privada de libertad; a la par de exhortar a los poderes políticos a *adecuar* su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal y penitenciaria a los mandamientos constitucionales e internacionales ratificados por nuestro país.

Con los aspectos de la reforma penal analizada, creemos que se han legislado modalidades de ejecución de penas privativas de libertad que atentan también contra el principio de humanidad de la pena, ya que, por un lado, pretender que después de casi *media vida entre rejas* una persona condenada a pena perpetua -penalidad prevista para la mayoría de los delitos aberrantes- pueda *reinsertarse* en la sociedad bajo la modalidad del novedoso “*Régimen preparatorio para la liberación*” previsto en el Art. 56 quáter LEP, no deja de parecernos ilusorio -y hasta, permítasenos, de una profunda hipocresía legislativa-; mientras que, por otra parte, el aprovecharse de una singular coyuntura social, para tipificar *por la ventana* una *pena* prácticamente *perpetua* para determinados delincuentes -tal el caso de la mayoría de los delitos aberrantes-, nos conduce a apreciar que la vigencia de tradicionales y sabios postulados del Derecho penal liberal tienen en nuestro presente su partida de defunción firmada y protocolizada de antemano.

Tanto la cláusula restrictiva de la ley penitenciaria en examen, como el limitativo precepto regulado en el digesto punitivo para la libertad condicional (Art. 14, segundo párrafo CP), visualizan en la praxis una *pena capital*, ya que el encierro prolongado o a perpetuidad importan la *aniquilación* física, psíquica, civil y social de la persona; tiñendo de inhumana esta modalidad segregativa de ejecución del encierro y haciéndola totalmente contraria a nuestra antropología constitucional¹¹.

¹¹ En idéntico sentido, Cesano sostiene que: “...la posibilidad de perpetuidad existencial del encierro importa, directamente, tolerar la regresión hacia objetivos preventivos especiales negativos, que se identifican con la idea misma de inocuización; concepto que, a su vez, no resiste el más mínimo análisis desde la óptica de este principio constitucional”, CESANO, José Daniel, “El nuevo régimen de la Libertad Condicional (Ley 25.892)”, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos

Recordemos que, *antes* de las reformas analizadas, tanto en nuestro derecho positivo (Arts. 13 y 53 CP, y Arts. 6, 12, 16, 17, 23, 28 y 54 LEP) como judicial¹², el fundamento para sustentar la vigencia de las penas perpetuas representaba la expectativa legal de que la persona condenada pueda retornar al medio libre antes del cumplimiento de la grave sanción penal impuesta, primero a través de institutos de salidas anticipadas (salidas transitorias y semilibertad), y *principalmente* mediante la *libertad condicional* -incluso reconocida para los multirreincidentes-¹³, posteriormente reforzada con la previsión de la libertad asistida, que incluía a los penados reincidentes, vedados de aquélla.

A través de dicho razonamiento, la pena perpetua regulada en nuestro digesto punitivo, en realidad no era tal; soslayándose así eventuales objeciones fundadas en normas de rango superior.

Sin embargo, con las nuevas reglas de juego impuestas por el legislador y sin perjuicio del limitado alcance del particular “Régimen preparatorio para la liberación” (Art. 56 quáter LEP) -como desarrollaremos más adelante-, advertimos que, conforme la mera naturaleza del ilícito, un interno

Aires, 2005, p. 324. Por otro tanto, si bien el precedente “Gramajo, Marcelo S/Robo en grado de tentativa”, CSJN, 5/09/06, refiere a la inconstitucionalidad del Art. 52 CP, tales conclusiones también pueden ser trasladadas respecto de cualquier modalidad de encierro que se transforme en perpetuo: “...la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CPen. resulta inconstitucional por cuanto viola... el principio de prohibición de imposición de penas crueles inhumanas y degradantes...reconocidos en las garantías constitucionales...que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad...” Considerando 32. Voto de los Dres. Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

¹² Sintetiza tal razonamiento el siguiente pasaje del voto del Dr. Fayt: “...cabe recordar que en nuestro régimen legal existe la posibilidad de extinción de la pena de prisión perpetua una vez obtenida la libertad condicional y transcurridos cinco años sin que ésta haya sido revocada (confr. arts. 13 y 16 del Código Penal). La única pena forzosamente perpetua conforme la normativa vigente al momento de los hechos, era la impuesta a los reincidentes, a quienes no podía aplicárseles la libertad condicional (situación hoy salvada a través del instituto de Libertad Asistida, incorporado por Ley 24.660).” (Cons. 11), CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - Causa N° 1174C”, 07/12/2005.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 709-710.

condenado por un *delito aberrante* no podrá acceder a ninguna de las salidas anticipadas previstas, lo que devendrá en, posiblemente, su futuro deceso en prisión.

Así, el castigo, en estos casos, se transforma en un encierro a perpetuidad dado su efecto *absolutamente irreversible*, lo que por cierto hace inadmisibile su imposición dentro de nuestro sistema normativo al tratarse de un supuesto de pena ilegal (*incapacitación*); que termina ubicando al Estado en el mismo nivel que el delincuente, inobservando leyes que, en su momento, supo sancionar en consonancia con reivindicaciones del concierto internacional.

En ese orden de ideas, contando los argumentos sentados en los precedentes “Maldonado” (07/12/05)¹⁴ y “Gramajo” (05/09/06)¹⁵, es posible deducir que llegado el caso de una condena a pena de encierro perpetuo, impuesta por alguno de los delitos aberrantes, esta no sería convalidada por nuestro máximo Tribunal Federal.

Si bien procesalmente se entiende que el planteo de inconstitucionalidad debería hacerse una vez cumplida la parte proporcional de pena para aspirar a alguno de los derechos de salida anticipada afectados, ello no quita que los Tribunales de Sentencia se abstengan de aplicar una punición de tal intensidad aflictiva, si comparten *ab initio* el razonamiento de su repercusión negativa sobre diferentes

¹⁴ “...la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender... (o) explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de... excluirlo para siempre de la sociedad.”. Considerando 41, Voto de los Dres. Petracchi, Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - Causa N° 1174C”, 07/12/2005.

¹⁵ “...la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CPen. resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de Derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.”. Considerando 32. Voto de los Dres. Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. CSJN, “Gramajo, Marcelo S/Robo en grado de tentativa”, 5/09/06.

Principios de nuestro Sistema jurídico y, fundamentalmente, respecto de las prescripciones constitucionales sobre la finalidad de la ejecución penal (Art. 18 CN cc. Art. 5.6 CADH y Art. 10.3 PIDCP); permitiéndose la determinación judicial de la sanción penal dentro de las escalas mínimas y máximas previstas conforme los Principios de culpabilidad, derecho penal de acto y proporcionalidad de las penas primordialmente.

Cesano, al analizar las reformas penitenciarias post Blumberg, profundizando un poco más, razonaba: *“como una apreciación general respecto a todas las exclusiones producto de la reforma, consideramos que la modificación en cuestión no supera el test de razonabilidad, que viene impuesto por aplicación directa del art. 28 de la Constitución Nacional”*¹⁶; raciocinio sencillamente trasladable al precepto en examen.

Y dicha la irrazonabilidad se acentuaba aún más, siguiendo al profesor de Córdoba, cuando resaltaba que el legislador previó para todos los casos una conclusión idéntica, a pesar que en ciertos delitos excluidos (Arts. 124 y 165 CP) el resultado muerte de la víctima es una consecuencia no buscada intencionalmente por el autor -al igual que hoy-.

Tales críticas nos allanan el camino en cuanto a nuestro tema en análisis, a punto de observar que hoy esa irrazonabilidad es aún *más patente* en relación a los *delitos equiparados*, que como sabemos cuentan con penas de menor entidad (p/ej., abuso sexual simple, gravemente ultrajante, corrupción de menores, promoción y facilitación de la prostitución, rufianería, pornografía infantil, rapto sexual, trata de personas, tráfico de estupefacientes, contrabando agravado, financiación de actividades terroristas, etc.).

¹⁶ CESANO, José Daniel, *“El nuevo régimen de la Libertad Condicional (Ley 25.892)”*, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2005, p. 324.

Asimismo, estimamos que los argumentos desarrollados pueden resultar de provecho para valorar la extensión y eficacia de legislaciones de semejante tenor, tal la particular previsión de los Artículos 100 y 146 de la Ley de Ejecución Penal de Provincia de Buenos Aires (Ley 12.256 y modif.) - predecesora, si se quiere, de la reforma de la ejecución penal del año 2004-; y las normas pertinentes del Código de Ejecución Penal de la provincia de Mendoza (Art. 72 Ley 8645) - precursor, si se quiere, de la reforma de la ejecución penal del año 2017-.

Si bien varias de estas reflexiones ya fueron aportadas desde hace un tiempo prolongado en nuestros primeros ensayos sobre la temática¹⁷, reparamos con suma complacencia cómo distintos tribunales del país fueron resolviendo la inconstitucionalidad de las normas incorporadas por la reforma que precede a la postre hoy vigente, como también de aquellas legislaciones provinciales de similar contenido.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar, entre otros:

“En mi opinión, el artículo 56 bis de la ley 24.660, en cuanto veda la concesión de cualquiera de las modalidades de ejecución distintas al encierro que implican el ingreso al período de prueba (entre las que se encuentran las salidas transitorias) a los condenados, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos cometidos –en este caso particular, homicidio en ocasión de robo (art. 165 del C.P.)-, vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad -esto es, la resocialización o readaptación social

¹⁷ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “La reforma de la ejecución penal”, *Doctrina Judicial*, Año XXI, Nº 45, 09 de Noviembre de 2005, La Ley, Buenos Aires; texto que reproduce nuestra ponencia, presentada en el Vº Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, San Miguel de Tucumán, Octubre del 2005. Extensamente en nuestro trabajo, *Resocialización y Semilibertad*, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2010, pp. 87-110.

*de los penados-, y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial positivo como corolario del programa constitucional para aquél fin (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP)... (...) a partir de la reforma constitucional de 1994,... el constituyente ha otorgado rango constitucional a declaraciones, tratados y convenciones, que contienen nuevas garantías y desarrollan más profundamente el contenido de la cláusula originaria del art. 18 de la Carta Fundamental. En lo que aquí respecta, estableció a la resocialización como finalidad principal de la pena privativa de la libertad, dentro de un régimen progresivo de ejecución (artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... En el mismo sentido, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)... Así, **el constituyente estableció de manera expresa los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad, que deben regir como pauta orientadora de la actividad de los órganos estatales que intervienen en la ejecución, siendo la resocialización y readaptación social del condenado, su principal finalidad...** En el mismo sentido, conviene recordar lo previsto en la regla 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos...: “60. 1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre... 2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional... Asimismo, no debe perderse de vista que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad establece un régimen penitenciario progresivo... (art. 6),*

comprendiendo tal principio diversos niveles, entre los que se encuentra el período de prueba que prevé en cuanto en el caso interesa el instituto de salidas transitorias (arts. 15 inc. b) y 16)... En este sentido, **las salidas transitorias constituyen una mediatización del camino trazado hacia la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, que es la incorporación paulatina del penado al medio libre, formando una parte medular del régimen penitenciario, que incorporó los métodos de tratamiento “transicionales” como consecuente característica de la progresividad del régimen penitenciario... (art. 1 del Reglamento de las Modalidades Básicas de Ejecución)... En consecuencia, el régimen de salidas transitorias del penado también debe estar caracterizado por la flexibilidad suficiente para posibilitar el avance del interno, sustentado en un programa de tratamiento individualizado que dé lugar a que su propio esfuerzo, sus condiciones personales y sus necesidades, sean el motor de ese avance; siendo por regla general, que último tramo del cumplimiento de la pena lo sea en libertad, bajo alguno de los institutos pertinentes. Por lo tanto, **su rechazo no puede fundarse en la exclusiva circunstancia que el interno haya sido condenado por un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente al texto legal del artículo 56 bis de la ley 24.660 – según ley 25.948-, vería cercenado cualquier posibilidad de acceder a instituto liberatorio alguno.** Así, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que éste alcance en base a su comportamiento intramuros, dado que de cualquier forma, se encontraría imposibilitado en su acceso... La vulneración al principio de progresividad se presenta de manera palmaria, sobre todo en casos como éste, donde el interno reuniría todos los requisitos para su concesión, tal como surge de su legajo personal, relativos a su comportamiento intramuros y**

demás circunstancias personales. Ello por cuanto, cabe recordar, la denegatoria puesta en crisis se funda solamente en orden al delito por él cometido... (...) En segundo lugar, considero que la interpretación del artículo 56 bis de la ley 24.660 efectuada por el a quo, viola el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 y 75 inc. 22 C.N.; 1 y 24 CADH; 3, 14 y 26 PIDCyP; y 8 de la ley 24.660)... el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha escisión configura un menoscabo patente al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás. Conviene recordar el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto... (N. 284. XXXII., "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C. P.", rta. el 22/12/98, considerandos 13 y 14). **Que a la luz de la doctrina inveterada del Máximo Tribunal, se advierte que la diferenciación establecida en el artículo 56 bis de la ley 24.660, se presenta arbitraria y carente de un fundamento constitucionalmente válido que la sustente...** no han quedado expresados suficientemente los motivos por los cuales el Congreso de la Nación ha decidido que quienes hayan cometido estos delitos determinados, no puedan acceder a ningún mecanismo progresivo de libertad anticipada. Más aún se presenta la desigualdad ante la ley en el caso sub examine, cuando puede colegirse de la disposición legal impugnada, que el único delito allí establecido que tiene prevista una pena privativa de libertad temporal, es el previsto en el artículo 165 del Código Penal... Los pocos argumentos que pueden rastrearse respecto a las razones de la mentada división, podemos encontrarlos presentes en las discusiones parlamentarias referidas a la sanción de la ley 25.948 –que introdujo el mentado art. 56 bis a la ley 24.660–, y mal pueden considerarse constitucionalmente válidos, por cuanto se basan

*en criterios peligrosistas, incompatibles con los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro sistema jurídico. Así, en base a diferenciaciones que exceden los parámetros de un Derecho Penal de acto y que se sustentan en cualidades personales que supuestamente detentarían los autores del delito aquí cuestionado, se ha pretendido indebidamente otorgar un trato diferencial y desigual, operando en tales condiciones como una suerte de presunción iure et de iure en su contra... **la ley 24.948 ha desvirtuado un derecho fundamental expresamente previsto en el Carta Magna, esto es, el derecho de todo condenado a cumplir su pena dentro un sistema progresivo de ejecución, donde merced a su evolución personal se posibilite su tránsito paulatino hacia modalidades menos restrictivas de su libertad personal...** (...) el artículo 56 bis de la ley 24.660 conculca también el principio de razonabilidad de los actos de gobierno, (arts. 1 y 28 C.N.), en cuanto los principios, garantías y derechos reconocidos en el texto constitucional, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio... (...) Puede advertirse la violación al derecho de igualdad ante la ley, atento que el legislador, a través de la introducción del mentado artículo 56 bis a la ley 24.660, ha impreso un tratamiento desigual sobre casos análogos, sin una justificación objetiva y razonable que guarde relación entre los fines constitucionalmente declarados y los medios discriminados. Justamente, la igualdad ante la ley significa otorgar igual tratamiento a quienes se encuentran en iguales situaciones, extremo que no encuentro se haya respetado en la resolución aquí recurrida, por cuanto el régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad refiere a “internos” y “condenados”, sin distinción en base a qué delitos en particular se trata... Por lo tanto, tales criterios segregativos no son válidos para fundar el impedimento para acceder al instituto de las salidas transitorias, en las mismas condiciones*

que el resto de los condenados.(...) En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación impetrado por la Defensa Pública Oficial de Rodolfo Ricardo Soto Trinidad, declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 -t.o. ley 25.948- en cuanto veda la concesión de salidas transitorias a los condenados por la comisión del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 C.P.), anular la resolución de fs. 26/28vta., y en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al juzgado de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad a derecho. Sin costas (arts. 471, 530 y 531 in fine del C.P.P.N.)” (los resaltados nos pertenecen).

Voto del Dr. Hornos

*“...negar la posibilidad de gozar de salidas transitorias – en el caso sub examine – a quien reúne todos los demás requisitos previstos en la ley, sólo por la naturaleza del delito, resulta arbitrario ya que viola el principio consagrado por el artículo 16 de la C.N... entiendo arbitraria la selección normativa de los incisos previstos en el artículo en cuestión (en referencia al art. 56 bis Ley 24660), puesto que no existen entre sí comunidad de características que permitan afirmar razonablemente que haya entre ellos iguales circunstancias que impongan igualdad de severidad en orden al tratamiento que los perpetra... Por ello, es que entiendo que **la normativa impugnada viola el principio de igualdad ante la ley dado que el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado no está justificado objetiva y razonablemente ni puede sustentarse conforme lo previsto por el art. 8 de la ley de ejecución...**” (los resaltados nos pertenecen).*

Voto del Dr. Gemignani

(CFCP, Sala IV, “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación”, 20/12/2013)

Mientras que a nivel de tribunales superiores de provincias, podemos destacar:

“En otro orden de cosas y de conformidad con los arts. 1º de la Ley 24660, 5 inc. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una de las finalidades primordiales de la pena es la resocialización, readaptación o reeducación social del condenado, y las normas de los arts. 14 del C.P. y 56 bis de la Ley 24660 implican vulnerar y renunciar a esos fines al no contemplarse un vencimiento y privar al reo de una expectativa legítima de obtener algún día la libertad, resultando claramente insuficiente que ello pueda encontrar satisfacción por la incierta vía de los institutos constitucionales de la amnistía, indulto o conmutación de pena u otras compensaciones de menor entidad previstas en la ley de ejecución de la pena. Asimismo, la doctrina ha apuntado atinadamente que “el principio de resocialización no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respecto de todos los condenados” (Javier De la Fuente y Marina Salduna, “Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal”, Donna, Edgardo, “Reformas Penales”, Rubinzal Culzoni, 2004). Ahora bien, por lo expuesto se advierte que lo que sí se torna inconstitucional es la norma de los arts. 14 del C.P. y 56 bis de la ley penitenciaria y no la pena de prisión del art. 80 inc. 7º, toda vez que aquél vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad -esto es, la resocialización o readaptación social de los penados-, y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo

especial positivo como corolario del programa constitucional para aquél fin (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP). En consecuencia, así debe declarársele para remover el obstáculo y permitir al condenado solicitar, en su oportunidad, la libertad condicional, las salidas transitorias u otros beneficios fijados para la ejecución de las penas restrictivas de la libertad personal.”

Voto de Dres. Abel Cornejo, Ernesto R. Samsón y Guillermo Félix Díaz

“la Constitución Nacional le sugiere al legislador y al juez cuáles son los valores esenciales del texto supremo que deben ser prioritariamente protegidos y en los que aquéllos habrán de inspirarse al crear y aplicar la ley penal, respectivamente. Pero también les impone límites que deben ser respetados en aras de asegurar la efectividad y supremacía del contenido sustancial de la ley fundamental... Así las cosas, los arts. 14 del Código Penal y 56 bis de la Ley 24660 devienen ciertamente inconstitucionales, toda vez que son el producto legislativo de una política criminal irrazonable y desproporcionada, trazada a espaldas de la Constitución Nacional, que antepone la concepción peligrosista del “derecho penal de autor” (“estáticamente” considerada, esto es, ponderada por la sola entidad o gravedad objetiva del delito cometido por el condenado) a la real eficacia y evolución individual del tratamiento penitenciario. Más aún, la norma citada en último término (incorporada a la Ley 24660 por la Ley 25948) torna incoherente al propio régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, pues resulta contraria a “la lógica interna del sistema” normativo por ella implementado, al tiempo que debilita y contradice su objetivo primordial: la progresiva y

gradual reinserción social “de todo condenado” (v. arts. 1º, 3º, 6º, 168 y cctes. de la Ley 24660; arts. 10, ap. 3º, PIDCP y 5º, ap. 6º, CADH).”

Voto de los Dres. Dres. Guillermo Alberto Posadas y Sergio Fabián Vittar

(Corte de Justicia de Salta, “C/C Costilla, Álvaro Gabriel; Herrera, Walter Jesús - Recurso de casación”, 19/08/2015)

Recientemente y partiendo de los argumentos ya plasmados en el precedente transcripto, “Cañarima, Diego Alberto - Recurso de inconstitucionalidad penal”, 13/05/2019¹⁸.

*“De allí que en este ámbito de potestades discrecionales legislativas, el marco punitivo o la exclusión de un beneficio para la declaración de inconstitucionalidad deben presentar una **irrazonabilidad e inequidad manifiesta** (C.S.J.N., “Martínez, José Martín”, Fallos 312:826, del Voto del Dr. Fayt que concurre a formar la mayoría del Alto Tribunal; TSJ, en pleno, “Toledo”, S. nº 148, 20/7/2008), que torne al caso aplicable la denominada **regla de la clara equivocación**, conforme a la cual “sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional”, en cuyo caso “la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable” (Thayer, J.B., “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrassa, Javier, “El debate sobre el control de*

¹⁸ Se puede ver nuestro trabajo “La inconstitucionalidad de las normas restrictivas de las salidas penitenciarias anticipadas y la obstinación del legislador al redoblar su apuesta normativa (Ley 27.375). Comentario al fallo “Cañarima” de la CSJ de Salta”, publicado en EIDial.com, 27/05/2019.

*constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional", Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss). (...) Siendo así las cosas, la exclusión abstracta de un catálogo de delitos con la consiguiente cancelación de los beneficios que durante la ejecución de la pena privativa de libertad se confiere en virtud del **principio de progresividad**, tal como se encuentra contemplada, vulnera la igualdad ante la ley por configurar una discriminación irrazonable... Ante ello se advierte que las reglas objetadas (en referencia a los arts. 14, 2do. supuesto del CP y 56 bis de la Ley 24.660), cancelan abstractamente esenciales beneficios del período de prueba que se encuentra situado en el último tramo de la ejecución de la pena privativa de libertad, consistente en un conjunto de alternativas que flexibilizan el encierro carcelario para atenuar sus consecuencias desocializadoras, como por ejemplo la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente que se basen en el principio de autodisciplina (penal abierto o semiabierto), las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad, asimismo deniega todas las posibilidades de las libertades anticipadas (libertad condicional y asistida)... resulta evidente que las restricciones aludidas constituyen una **selección discriminatoria** porque, a esos efectos restrictivos, se incluye un grupo de delitos graves pero de **igual e incluso de menor lesividad** por la referencia mencionada, sin que se avizore que responda tampoco a una mayor culpabilidad por acto. Y por ende, la aplicación de esas exclusiones al caso, resulta claramente vulnerante de la garantía de igualdad ante la ley..."*

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala penal, Sent. 434/15, "Aguirre, Víctor Hugo s/ejecución de pena privativa de libertad –Recurso de Inconstitucionalidad", 29/09/2015).

Y recientemente, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional sostiene:

“...resulta incompatible con el fin resocializador de la ejecución de la pena que los condenados por ciertos delitos no cuenten con ninguna posibilidad de acceder a los institutos del régimen de progresividad que, sobre la base de un tratamiento y su eventual evolución, los habilite a tener contacto con el exterior, de manera paulatina y gradual, antes del agotamiento de la condena... No está en discusión la potestad del legislador de establecer escalas penales en función del mayor o menor reproche social que merezcan ciertas conductas. Lo que de ningún modo es aceptable es que aquél instituya una regla que impida a priori a ciertos internos su incorporación a institutos que se dirigen a obtener su resocialización, basándose para ello en la naturaleza del delito por el cual se encuentran cumpliendo pena, descartando cualquier tipo de análisis de su situación concreta (...) Sin embargo, en ese afán de satisfacer dichas demandas sociales, el legislador no sólo ha olvidado decisiones del máximo intérprete de la Constitución Nacional como la emitida en el precedente “Nápoli” ya citado, sino además, que su potestad legislativa de diseñar las políticas que pretende instaurar encuentra un límite infranqueable, que, como es sabido, está en la Constitución Nacional. Específicamente, ésta en su artículo 28 establece que “(l)os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (...) En virtud de lo expuesto, cabe concluir que el art. 56 bis de la Ley n° 24.660 –incorporado por la Ley n° 25.948– resulta violatorio de lo establecido en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos –cfr. art. 75 inc. 22, CN–, que específicamente prevén el principio de resocialización como fin esencial de la ejecución de la pena.”

Voto del Dr. Morin, al que adhiere el Dr. Niño

(CNCCC, Sala 2, “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”, 10/06/2016)

Tal como advertimos, los argumentos que sustentan la manifiesta, incuestionable y palmaria inconstitucionalidad del artículo 56 bis giran en torno a su franca contradicción con distintos principios supraconstitucionales, partiendo de su oposición a la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, propugnada normativamente.

A modo de colofón, nos permitimos transcribir las reflexiones de Axel López y Ricardo Machado sobre la problemática en análisis: *“Una vez más, debemos tener en claro que el reintegro al medio social constituye, en función de los tratados de derechos humanos incorporados, el objetivo del proceso de ejecución penal (art. 1º) y que, además, la progresividad debe ser una característica común del régimen penitenciario aplicable cualquiera fuere la pena impuesta (art. 12): Bajo estos parámetros, cuesta encontrar un argumento para evitar considerar que la mentada previsión no es contraria a los fines propios de la pena y al mandato constitucional. Aún más, y si se advierte que la ley 25.892 también impide la soltura condicionada de los internos condenados por los delitos mencionados y que, salvo uno de ellos, todos presentan la conminación exclusiva de la pena de prisión o de reclusión perpetua, cabe concluir que la reforma, en tanto supone la existencia de sanciones cuya única forma de vencimiento está dada*

por la desaparición física del causante en prisión, constituye un supuesto que, obvio es decirlo, resulta difícilmente aplicable en el marco constitucional que hemos dado”¹⁹.

****Excurso: Pretéritos razonamientos sobre algunos aspectos de las reformas a los regímenes de salidas transitorias y semilibertad, impulsadas por los proyectos Petri y Litza***

Nos permitimos, en este acápite, compartir un par de reflexiones sobre el asunto en examen, las que supimos adelantarlas en un evento académico llevado a cabo en la ciudad de La Plata en Noviembre del 2016²⁰, el mismo día en que el proyecto de reforma penitenciaria alcanzaba media sanción por parte de la cámara baja del Parlamento nacional²¹.

En aquel momento referíamos que dicha propuesta representaba un *texto unificado* que respondía a los conocidos proyectos Petri y Litza -conforme los diputados que los impulsaron-, y nos esperanzábamos en que nuestros senadores nacionales, llegado el momento, pudieran ajustar tal boceto a las exigencias de nuestro marco constitucional.

Petri presentaba su proyecto como una herramienta para la *“lucha contra la criminalidad”* y reconocía como su fuente *“los puntos principales de la Ley de Ejecución Penal de la Provincia de Mendoza”* del año 2012.

¹⁹ LOPEZ, Axel-MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad*, 2ª edición, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2014, pp. 129-130.

²⁰ Primer Congreso Nacional de Ejecución Penal, Derechos Humanos y Criminología Mediática, La Plata, 23 y 24/11/2016.

²¹ Disponible: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/legislacion44985.pdf> (fecha de visita: 22/03/17).

Reconocía no sólo el colapso del sistema judicial -resaltando la alta cifra de los “*presos sin condena*”-, sino también el fracaso del sistema penitenciario, en razón de un porcentaje del 46,5 % de reincidentes, conforme un estudio de la Universidad 3 de Febrero.

Al respecto, advertíamos y ya criticábamos que algunas normas del proyecto legislativo citado ya habían sido declaradas *inconstitucionales* por la justicia mendocina (Juzgado de ejecución penal N° 1 de Mendoza, “Sánchez Varela, Javier”, 27/06/2015 -la particularidad de esta resolución es que dispone la inconstitucionalidad del Art. 72 del Código de ejecución penal mendocino (Ley 8465), de similar tenor a la redacción del art. 56 bis del proyecto presentado- y “Berguecio Coria, Flavio”, 01/02/2016, entre otros); y, por otro lado, que también existían estadísticas, como las elaboradas por la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, que informaban cifras notoriamente inferiores de reincidencia criminal que las aludidas por el legislador.

Petri si bien admitía que “*se ha objetado la constitucionalidad de las normas que se proponen*”, resaltaba que es responsabilidad del Estado la tarea de resocializar a los penados.

Y así, tomando como punto de partida de que “*no existe tratado ni normativa internacional que obligue al estado a que no se cumpla la sentencia privativa de la libertad de manera total*”, como asimismo de que “*no hay norma alguna que establezca las salidas transitorias, anticipadas, como una garantía que deben brindar los Estados a la hora de regular el régimen de ejecución de la pena*”, y haciendo una interpretación adversa -por no decir “mal intencionada”- de lo que dicen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos al respecto, justificaba la esencia de su propuesta en que la resocialización, como obligación estatal, se puede alcanzar a través de un régimen progresivo “*adaptado*” que pueda desarrollarse dentro del marco de un “*cumplimiento íntegro de la pena*” intramuros.

El proyecto pretendía compatibilizar dos expresiones, “progresividad” y “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, que de por sí y conforme su naturaleza, sabemos, son *totalmente irreconciliables*.

Como advertíamos entonces -lo que nos sirve para nuestro razonamiento presente-, la propuesta se asentaba en una *notable contradicción*, la que, a su vez, no tenía ni tiene cabida alguna dentro de nuestro sistema constitucional.

En base a las justificaciones señaladas, el proyecto proponía endurecer el acceso al período de prueba (art. 11), y el reconocimiento de las salidas transitorias y la semilibertad (art. 13), la exagerada ampliación del catálogo de delitos aberrantes del art. 56 bis, y la regulación del “Régimen preparatorio para la liberación”, con el que se pretendía eximirse de la tacha de la inconstitucionalidad de las penas perpetuas al “preparar” para el retorno a la sociedad en tan sólo un año a aquellos castigados con penas de extrema severidad (art. 56 quáter), entre otras modificaciones.

Decíamos entonces que el acceso a los regímenes de salidas transitorias y semilibertad no sólo se dificultaba con las mayores imposiciones para el ingreso al período de prueba, sino también con la exigencia de un mayor período de seguridad, el requerimiento de la “excelencia” del comportamiento intramuros, mayores previsiones para agresores sexuales, y un amplísimo elenco de delitos aberrantes y equiparados -“más de un tercio de los previstos en el Código Penal”-.

Por otro lado, en la propuesta de Petri se repetía en varias normas la imposición de que los informes criminológicos desfavorables eran *vinculantes* para la autoridad jurisdiccional (p/ej., art. 13 in fine); lo que, sabemos, importa una seria afrenta para la operatividad del Principio de Judicialización de la Ejecución Penal (arts. 3 y 4 LEP), cimiento de la ley penitenciaria vigente.

Y respecto de los delitos aberrantes (art. 56 bis), como dijimos antes, su constitucionalidad ya había sido puesta en crisis por diferentes tribunales del país y de distintas instancias, partiendo de un

fallo emitido en la ciudad de La Plata allá por el año 2010 respecto de una norma del código de ejecución penal bonaerense, prácticamente idéntica a la proyectada: Juzgado de Ejecución Penal Nº 2 de La Plata, “F., C. A.”, 26/8/10; al que le siguieron otras resoluciones, TOCF Nº 5, “Larrosa Chiazzaro”, 26/05/11; TCP BA, Sala I, “R., J.C.”, 15/07/11; Juzgado de Ejecución Penal Nº 10 de Gral. Roca, “Herrera”, 11/07/11; Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Sala I, “Suárez-Anselmini-Echenique”, 08/08/12; TCP BA, Sala III, “A., M.E.”, 13/09/13; el paradigmático caso “Soto Trinidad”, de la CFCP, Sala IV, resuelto el 20/12/13; Corte de Justicia de Salta, “Costilla, Álvaro Gabriel; Herrera, Walter Jesús”, 19/08/2015; Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, “Aguirre”, 29/09/15; Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, “Jofré”, 11/12/15; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, “Arancibia”, 10/06/16, entre tantos.

Por todo ello, invitábamos a los concurrentes de aquellas jornadas a preguntarnos: ***¿qué suerte podría tener una legislación cuyas fuentes, desde el vamos, ya fueron tachadas de inconstitucionales?***

Por su parte, el proyecto Litza, ponía un especial acento en el tratamiento penitenciario y legal de los condenados por delitos de pornografía infantil y grooming principalmente, sin dar un justificativo alguno. También presentaba su propio catálogo de delitos aberrantes y equiparados (art. 8), aunque, reconocíamos, de menor extensión que el de Petri.

Ahora bien, como anticipábamos, al ser estudiados tales proyectos en comisión, fueron unificados y a la postre se proponía uno, que se potenciaba en los aspectos negativos discurridos, aunque eliminaba la afrenta al principio de judicialización, arriba señalada. Y es el que obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados.

Nos esperanzábamos entonces, huelga repetirlo, que la razón y la filosofía de derechos humanos iluminaran a nuestros legisladores al momento de reexaminar la propuesta y, llegado el caso, sancionar alguna reforma a nuestra legislación penitenciaria.

El desenlace de los desvaríos parlamentarios ya lo conocemos...

Cómo razonábamos en otro pretérito ensayo²², ante situaciones de emergencia como la presente, a los juristas nos queda el poder del discurso para hacer frente a las propuestas justificadas en aquellas; y, por su parte, le corresponde al legislador trabajar como un *“hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio”*, tal las sabias palabras del Marqués de Beccaria, expresadas allá por el siglo XVIII²³.

Y ahora, los invitamos a Uds. a interrogarse: ***¿nos podremos esperar en el control de constitucionalidad y/o de convencionalidad de aquellas normas penitenciarias manifiestamente contrarias a nuestro bloque constitucional?***

El tiempo nos sabrá dar la respuesta...

2. Intervención especializada en delitos sexuales (Art. 56 ter).

El legislador, siguiendo la senda marcada por la Ley 26.813 (BO: 16/01/2013), regula una “intervención especializada” respecto de internos condenados por delitos sexuales, bajo la preocupación que dichos crímenes comportan socialmente; pesar que también se reitera en otras normas

²² GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *“Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”*, La Ley Actualidad, del 19 y 21 de Julio de 2005.

²³ *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998, p. 38.

penitenciarias, bajo una lógica lindante con criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor, vedado constitucionalmente.

3. Régimen preparatorio para la liberación (Art. 56 quáter)

En procura de neutralizar futuras declaraciones de inconstitucionalidad respecto de la norma del 56 bis y sus correlacionadas, el legislador regula un peculiar “régimen preparatorio para la libertad” de los condenados por delitos aberrantes y equiparados, partiendo, como razonamos antes, de una malintencionada interpretación de lo prescripto por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas -también conocidas como “Reglas Mandela”-, ya que las expresiones “progresividad” y “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, de por sí y conforme su naturaleza, sabemos, son “totalmente irreconciliables”.

La ley aspira que en el caso de los condenados por cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 56 bis, la progresividad del régimen penitenciario en miras de la finalidad de reinserción social se garantice mediante la implementación de un “régimen preparatorio para la liberación”, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, y que permita un mayor contacto con el mundo exterior.

Así, requiriendo un **presupuesto temporal** (un año antes del cumplimiento total de la condena), uno de **conducta** (observación regular de los reglamentos carcelarios) y otro de **concepto** (pronóstico favorable de reinserción social, emitido por la autoridad penitenciaria y peritos), el interno podrá acceder a una libertad *¿anticipada?*, conforme al régimen mencionado; el cual se encuentra dividido en las siguientes instancias temporales:

- a) Los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación del interno *dentro* del establecimiento penitenciario;
- b) En los próximos seis (6) meses se permitirá la realización de *salidas con acompañamiento*; y
- c) Finalmente, en los últimos tres (3) meses, el condenado podrá acceder al régimen de salidas *fuera* del establecimiento penitenciario *sin supervisión*.

Vale señalar que en todos los casos, las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas.

Sin ánimo abundar en razonamientos ya expuestos, entendemos que la propuesta legislativa afecta seriamente los ya aludidos principios de resocialización y de progresividad del régimen penitenciario, pero también, especialmente, el de humanidad de la pena (art. 18 CN, arts. 25 y 26 DADDH, art. 5 DUDH, art. 5.2 CADH y art. 10.1 PIDCP, y art. 9 LEP), ya que la modalidad de ejecución regulada importa, sin mayores esfuerzos, la imposición, en los hechos, de una pena cruel, inhumana y degradante.

4. Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem) (Art. 56 quinquies)

Y finalmente el legislador, impone una especial obligación al juez de ejecución penal, esto es, la de comunicar, una vez firmes, aquellas resoluciones por las cuales se otorgan probation, salidas penitenciarias anticipadas y alternativas para situaciones especiales, con expresa mención de su fundamento normativo; como así también de una serie de datos relacionados al condenado.

La norma es si se quiere *superflua*, ya que los tribunales del país, conforme la legislación vigente, ya cuentan con esa obligación respecto del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y las Divisiones de Antecedentes Policiales; y quizás lo que el legislador pretenda con esta previsión es

sencillamente facilitarle a otras instancias administrativas el contralor de la tarea de los jueces de ejecución penal -muchas veces presentados, mediática e interesadamente, como “enemigos de la sociedad”-, y hasta contar, en la mano, con el material necesario para iniciar prontamente los procesos de destitución disciplinantes ante el usufructo fallido de un “beneficio penitenciario” por parte del interno privilegiado.