

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA



2022

1. REFORMA DE LA LEY 24.660

PENSANDO ALTERNATIVAS PARA EVITAR LA APLICACIÓN DE LA LEY 27.375

Guillermo Todarello, Florencia Magalí Rodríguez y Mateo Herzovich

VOCES: EJECUCIÓN PENAL. REFORMA LEGAL. JURISPRUDENCIA. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL.

Cítese como: Todarello, G., Rodríguez, F.M. y Herzovich, M. (2022). Reforma de la ley 24.660. Pensando alternativas para evitar la aplicación de la ley 27.375. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 1-24.

REFORMA DE LA LEY 24.660

PENSANDO ALTERNATIVAS PARA EVITAR LA APLICACIÓN DE LA LEY 27.375

Guillermo Todarello
Florencia Magalí Rodríguez
Mateo Herzovich

1. INTRODUCCIÓN

El comentario aborda la problemática que produjo la sanción de la ley 27.375, la cual modificó la ley de Ejecución de la pena privativa de libertad (24.660)¹. Sabido es que las reformas introducidas por la ley 27.375 se dirigen a obstaculizar el acceso a la libertad anticipada por parte de las personas privadas de libertad. En particular, nos referimos a los regímenes de salidas transitorias², libertad condicional³ y libertad asistida⁴. El sistema elegido por el legislador ha sido el de enumerar una serie de delitos, y definir que las personas condenadas por ellos quedaban excluidas de los institutos señalados precedentemente. Tal como veremos, la constitucionalidad de la mencionada reforma constituye una cuestión de permanente discusión⁵.

Como sugiere el título, y a fin de pensar otros caminos que nos conduzcan a evitar la obligatoria operatividad de ley 27.375, en este trabajo se analiza una línea jurisprudencial particular iniciada por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en el precedente “*Marín Romero*”⁶, en el cual, si bien se afirma la constitucionalidad de la reforma mencionada, el voto mayoritario realiza una distinción importante al establecer que, de acuerdo a la voluntad del legislador, ésta *sólo resulta aplicable frente a delitos graves y/o aberrantes*, para lo cual su aplicación requiere considerar el nivel de afectación respecto del bien jurídico protegido. Pero, además, se destaca que, a fin de analizar la razonabilidad de la aplicación de la norma en cuestión, deben

¹ Sin perjuicio de que a nuestro criterio dicha norma es inconstitucional, frente a la postura adoptada por la Cámara Federal de Casación Penal deviene imprescindible examinar otras opciones tendientes a limitar la aplicación de la misma. Para ello, en este caso nos limitaremos al análisis de la jurisprudencia de dicho organismo judicial.

² Arts. 17/22, Ley 24.660.

³ Arts. 13/17, Cód. Penal y 28 y 29 bis, Ley 24.660.

⁴ Arts. 54/56, Ley 24.660.

⁵ Ver Alderete Lobo (2017).

⁶ CFCP, Sala I, causa nro. CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, “*Marín Romero*”, reg. nro. 2076/20, de fecha 30/12/2020. Criterio similar se ha adoptado en el fallo de la CFCP, Sala de FERIA, “*Basualto*”, causa nro. CFP 835/2016/TO1/9/1/CFC6, registro 167/21, de fecha 29/01/21 (voto jueces Juan Carlos Gemignani y Daniel Antonio Petrone).

tenerse en cuenta las condiciones personales de la persona privada de libertad⁷, como así también el grado de participación en el hecho⁸.

Es evidente que será esencial intentar relevar aquellos parámetros que permitan identificar cuándo un delito no ingresa en la categoría de “grave”, como así también, la manera en que operan —a tal fin— las condiciones personales del autor/a del hecho y su grado de participación en él. Entendemos que a partir de ese razonamiento podría abrirse un camino de estudio capaz de alcanzar, aunque sea en forma limitada, algo de razonabilidad frente a una reforma que ha afectado irremediabilmente derechos constitucionales vinculados al régimen de progresividad como eslabón central del objetivo constitucional de la reinserción social⁹.

A fin de alcanzar una mayor claridad, en este trabajo se describen los detalles incorporados por la reforma de la ley 27.375, para luego reseñar las diferentes posturas que asumen cada uno de los/as magistrados/as que integran la Cámara Federal de Casación Penal respecto de este tema en particular. Posteriormente, se explica el referido fallo “*Marín Romero*”, destacando el estándar central que el voto mayoritario busca transmitir, intentando aportar algunas ideas y conclusiones acerca de la proyección y máximo rendimiento que esa postura jurídica podría alcanzar respecto a aquellos casos no considerados graves. Todo ello, desde luego, teniendo en consideración la influencia que las condiciones personales, en particular aquellas vinculadas a la vulnerabilidad de la persona condenada, presentan para definir y concluir como irrazonable la aplicación de la ley actual en determinados casos.

Finalmente, también se aborda la aplicación de determinadas líneas de pensamiento vinculadas con la identificación de la *pena ilícita* y la necesaria *compensación o reparación* que exige su reconocimiento, como asimismo, las consecuencias que pueden derivar del concepto jurídico basado en razones de “*equidad y justicia*” cuya aplicación jurisprudencial puede significar una oportunidad de resolución en determinados casos particulares.

2. LA REFORMA DE LA LEY 24.660

El 7 de julio del año 2017 fue publicada en el Boletín Oficial la ley 27.375, la cual modificó la ley 24.660. Con ella, se produjeron dos fenómenos: en primer lugar, se endurecieron los requisitos legales para acceder a los distintos institutos liberatorios contemplados en la ley de ejecución penal y, por el otro, se excluyeron, directamente, a varios delitos del sistema de progresividad que promulga la misma ley. Esto último fue posible gracias a la modificación que hizo la normativa del artículo 56 bis de la ley 24.660, el cual impide a quienes hayan sido condenados por

⁷ Ver voto de la jueza Ana María Figueroa en el precedente “*Marín Romero*”.

⁸ Ver voto del juez Daniel Petrone en el precedente “*Basualto*”.

⁹ CADH, art. 5.6.

los delitos allí contemplados el acceso a las salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, asistida, semidetención y a la prisión discontinua.

Esta modificación legislativa parece ser un reflejo del camino que ya había comenzado a delinearse a través de, por un lado, la ley 25.892, que, mediante modificación del artículo 14 del Código Penal, impidió el acceso a la libertad condicional a los condenados por los delitos contemplados en los artículos 80, inc. 7, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo del Código Penal; y, por el otro, por la ley 25.948 que introdujo el artículo 56 bis y excluyó de los beneficios propios del período de prueba –salidas transitorias o semilibertad, libertad asistida, prisión discontinua y semidetención– a los condenados por los mismos delitos.

Con esta última reforma del año 2017, la ley 27.375 amplió el abanico del artículo 56 bis y ahora incluye, además de los ilícitos ya mencionados, todos los homicidios agravados del artículo 80, los 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, la tortura seguida de muerte del artículo 144 ter, inciso 2, los delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, los delitos previstos en los artículos 145 bis y ter, casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies, el financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306, los delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 y los delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Como se adelantó al principio, una vez puestas de manifiesto las consecuencias de esta reforma legislativa, diversos son los cuestionamientos que pueden realizarse respecto de su constitucionalidad. A grandes rasgos podemos afirmar que la misma resulta violatoria del *principio de progresividad y reinserción social*, toda vez que el régimen progresivo requiere que la persona condenada pueda gozar de un período en libertad previo al vencimiento de su pena, condición que no se ve satisfecha con la incorporación del artículo 56 *quater* de la misma ley¹⁰.

¹⁰ El sistema previsto en el art. 56 *quater* de la ley 24.660, denominado “régimen preparatorio para la liberación”, no sólo resulta insuficiente para garantizar la progresividad que caracteriza al régimen penitenciario, sino que en la práctica no se ha verificado una aplicación positiva del mecanismo allí previsto. En este sentido puede consultarse el voto de la jueza Ángela Ledesma en el precedente “Rodríguez” (CFCP, Sala IV, FRE 4088/2018/TO1/8/CFC3, 13/04/2021). En dicha oportunidad la doctora Ledesma afirmó que: “De la lectura de la norma se advierte la imposibilidad de considerar este programa preparatorio como una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo, pues carece de un requisito esencial: la existencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena. En efecto, el art. 56 *quater* no prevé modalidades de libertad vigilada sino que lo máximo que establece son salidas diurnas de un máximo de 12 horas durante los últimos 3 meses. Estas salidas de carácter transitorio no logran satisfacer el estándar mínimo necesario para considerarlas compatibles con el sistema progresivo. Si bien la norma establece que debe garantizarse la progresividad, lo cierto es que dicho enunciado se agota en lo meramente terminológico. Está lo suficientemente claro que mediante el artículo 56 bis el legislador tuvo la intención de eliminar la progresividad del régimen, es decir, impedir que cierto grupo de condenados accedieran a determinados institutos liberatorios, motivo por el cual es difícil de sostener que luego haya procurado garantizarlo. No se puede afirmar simultáneamente que se elimina la posibilidad de acceder a la libertad condicional y al mismo tiempo que subsiste la progresividad del modelo. De

También resulta contraria al *principio de igualdad*, ya que se deniega el acceso a institutos liberatorios a un porcentaje importante de la población carcelaria sólo por los delitos por los que fueron condenados, implicando la privación irrazonable de un derecho fundamental. Todos estos planteos son efectuados de manera permanente ante los Tribunales Orales, como así también ante las Cámaras de Casación –Nacional y Federal–. Sin embargo, pocos de ellos son receptados de manera favorable.

En los últimos años, por su parte, la Cámara Federal de Casación Penal ha trazado algunos lineamientos jurisprudenciales que admiten –de manera excepcional–, que la aplicación indiscriminada de la reforma en la totalidad de los casos que abarca el artículo 56 bis, puede resultar desproporcionada e irrazonable, reconociendo su inconstitucionalidad en determinados casos particulares.

En los próximos acápite nos abocaremos a analizar las posturas de los distintos jueces que componen la Cámara Federal de Casación Penal y, principalmente, los precedentes jurisprudenciales mencionados que entendemos podrían implicar la apertura de un espacio de análisis tendiente a evitar –en determinados casos– los obstáculos e impedimentos que conlleva el artículo 56 bis de ley de ejecución penal.

3. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL. POSICIONES RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA.

Previo a realizar una breve síntesis del fallo que aquí nos interesa, consideramos importante destacar la postura de los magistrados que componen la Cámara Federal de Casación Penal respecto de la constitucionalidad de la ley 27.375, modificatoria de la 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad. Cabe aclarar que la integración de las Salas refleja la correspondiente al año 2022, ya que el ejercicio rotativo de la presidencia de la Cámara genera, desde luego, necesarias modificaciones en la conformación de las Salas.

En cuanto a los magistrados que integran la *Sala I*, el juez *Diego Barroetaveña* considera que los agravios invocados en torno a la reforma no logran demostrar la afectación de normas constitucionales, ni la cuestión federal que habilite la intervención de dicha Cámara, por lo que, a su criterio, tal como ha sido resuelto en el precedente “*Marín Romero*”, el recurso debe ser declarado inadmisibile.

La jueza *Ana María Figueroa* y el juez *Daniel Antonio Petrone*, han desarrollado –en el fallo referido– el criterio que nos interesa analizar, al sostener que, si bien en principio la reforma no afecta derechos constitucionales, resulta sólo aplicable a delitos graves y aberrantes. Ello

modo que no corresponde admitir los argumentos según los cuales la progresividad se encontraría garantizada a través del artículo 56 quater, ley 24.660”.

implica que en otros casos no considerados graves la aplicación de la normativa cuestionada podría resultar contraria a la Constitución Nacional. Luego volveremos sobre esta idea.

El criterio en la *Sala II* tampoco es unánime. El juez *Guillermo Yacobucci*, entiende que la reforma legislativa es constitucional, y considera que no resulta arbitrario que el criterio de distinción para un tratamiento penitenciario diferenciado sea el delito cometido. Sostiene que el hecho de que la ley 27.375 no permita —en función del delito— acceder a la libertad condicional, asistida, etc., pero sí al régimen del artículo 56 *quater*, no resulta violatorio del principio de igualdad¹¹.

El juez *Carlos A. Mahiques* también afirma la constitucionalidad de la reforma, en tanto ha sostenido que los límites a la obtención de los beneficios no resultan violatorios de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales, ni violentan el principio de reinserción, ni los de igualdad, razonabilidad y progresividad, en tanto la diferencia de trato “no se funda en cuestiones subjetivas ni en la peligrosidad del reo, sino en una evaluación objetiva de la intensidad del injusto y de la responsabilidad del condenado”¹².

Por su parte, la jueza *Ángela E. Ledesma*, considera que tanto el artículo 14 inc. 10 C.P. como el 56 bis inc. 10, según Ley 27.375, atentan contra la progresividad del régimen penitenciario y el principio de reinserción social en tanto vedan la posibilidad de acceder a institutos liberatorios en base al delito cometido¹³. Agrega que ello también implica una contradicción con el principio de igualdad, coincidiendo con la postura que propone la inconstitucionalidad.

En el caso de la *Sala III*, también hallamos una mayoría que acepta la constitucionalidad de la reforma y una disidencia que considera que la misma es inconstitucional.

El juez *Eduardo Riggi* mantuvo invariable su postura a favor de la constitucionalidad de las reformas mediante las cuales se privó de beneficios liberatorios a personas condenadas en virtud del delito cometido, por considerar que “son merecedoras de un trato más riguroso y estricto, y que ello consiste en una razonable y lícita decisión estatal”¹⁴.

Distinto es el caso del juez *Juan Carlos Gemignani* quien, respecto del artículo 56 bis de la ley 24.660 —en su anterior redacción, que ya incluía un catálogo por demás extenso de delitos a los que se le impedía el acceso a los institutos propios del período de prueba— consideró que dicha enumeración sí violaba el principio de igualdad por cuanto importaba una serie de delitos que no poseía “entre sí comunidad de características que permitan afirmar razonablemente

¹¹ CFCP, Sala II, “Quispe Santillana”, causa nro. 42559/2018, Reg. nro. 03/21 de fecha 02/02/2021.

¹² CFCP, Sala II, “Canteros”, causa nro. 12912/2017, Reg. nro. 2299/20 de fecha 28/12/2020.

¹³ CFCP, Sala IV, “Rodríguez Altamira”, causa nro. 39913/2017, Reg. nro. 288/21 de fecha 25/03/2021.

¹⁴ CFCP, Sala III, “Medina”, causa nro. 35385/2017, Reg. nro. 1756/19, de fecha 26/09/2019 y “Escobar”, causa nro. 1009, Reg. nro. 138/14 de fecha 18/02/2014.

que haya entre ellos iguales circunstancias que impongan igualdad de severidad en orden al tratamiento que los perpetra”¹⁵. No es necesario aclarar que con la ampliación de los incisos del artículo 56 bis esta circunstancia se acentúa aún más.

El juez *Gustavo Hornos* –quien integra actualmente, las Salas III y IV– considera que el artículo 56 bis de la ley 24.660 no vulnera el principio de progresividad ni el de reinserción social. A pesar de la prohibición de acceder tanto a la libertad condicional como a los demás institutos liberatorios, considera que los mencionados principios se ven garantizados por la incorporación del artículo 56 *quater* que incluye el “*Régimen preparatorio para la liberación*” para quienes fueron condenados por delitos contemplados en el artículo 56 bis.

Sin embargo, en el precedente “*Soto Trinidad*” sostuvo que la reforma anterior a la ley 24.660 –introducida por ley 24.948– era violatoria de los principios de igualdad, progresividad y reinserción social. El magistrado consideró allí que “la limitación legal impuesta, se funda[ba] pura y exclusivamente en razón del delito cometido, es decir, con independencia de la situación particular del penado –de sus circunstancias y evolución personales–, pero imposibilitando su acceso a quien pese a reunir los requisitos propios del instituto sujeto a análisis, se [encontraba] en una situación distinta a otros condenados por el resto de los delitos de la legislación criminal”¹⁶.

Uno de los principales argumentos del juez para decidir, fue el hecho de que Soto Trinidad había sido condenado por el único delito excluido en el artículo 56 bis que tenía una pena de prisión temporal –y no perpetua, como el resto– y los pocos argumentos para justificar dicha incorporación se podían encontrar en el debate parlamentario de la ley 24.948 y no podían considerarse constitucionalmente válidos “por cuanto se [basaban] en criterios peligrosistas, incompatibles con los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro sistema jurídico”.

En cuanto a la *Sala IV*, sus integrantes coinciden en sostener la constitucionalidad de la reforma introducida por la ley 27.375.

Los jueces *Mariano H. Borinsky* y *Javier Carbajo* han dicho que las modificaciones introducidas por la ley 27.375 responden a una decisión de política criminal adoptada por uno de los poderes del Estado en uso de sus facultades exclusivas y excluyentes, a la vez que se funda en razones de interés público.

En cuanto a los argumentos que motivan la tacha de inconstitucionalidad, han sostenido que no se advierte que las modificaciones establecidas según ley 27.375 resulten violatorias del principio de resocialización, del principio de progresividad de la pena, del principio de derecho

¹⁵ CFCP, Sala IV, “Rodríguez Altamira”, causa nro. 39913/2017, Reg. nro. 288/21 de fecha 25/03/2021.

¹⁶ CFCP, Sala IV, “Soto Trinidad”, causa nro. 675/2013, Reg. nro. 2557/13, de fecha 20/12/2013.

penal de acto, del principio de culpabilidad, del principio de legalidad, del principio de razonabilidad ni del derecho de igualdad¹⁷.

La *Sala IV* se encuentra conformada también por el juez *Hornos*, cuya postura fue reseñada anteriormente, al momento de describir el criterio sostenido por la *Sala III*.

Finalmente, el juez *Alejandro Slokar*, se encuentra ejerciendo la presidencia de la Cámara durante el corriente año y, por tal razón, no integra Sala en la actualidad. Sin embargo, es importante destacar que en el marco de una causa en la cual se discutía la impugnación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal contra la declaración de inconstitucionalidad dictada por un Tribunal Oral, sostuvo que los planteos efectuados por el Fiscal eran improcedentes, y que no se lograba demostrar el defecto de la decisión¹⁸. Ello demostraría que, al menos en este caso, mantuvo su postura por la inconstitucionalidad de la ley.

4. EL FALLO COMENTADO

El precedente en cuestión, emitido en la causa “*Marín Romero*”, versó sobre el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley 27.375, incoados por la defensa de la Sra. Marín Romero y, la consecuente denegación de su acceso al instituto de la libertad asistida.

En su recurso, el defensor cuestionó, en lo que aquí nos interesa, la constitucionalidad de la reforma realizada por la ley 27.375 a la ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de libertad. Marín Romero cumplía con todos los requisitos objetivos para obtener la libertad asistida, sin embargo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de Capital Federal no la concedió por considerar que se hallaba comprendida por el artículo 56 bis, inc. 10, que prohíbe a los condenados por “*delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737...*” tanto el acceso a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba, como así también a la prisión discontinua o semidetención y el de la libertad asistida.

De esta manera, la defensa argumentó que la reforma legislativa resulta violatoria del principio de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, el principio de reinserción social (arts. 18 CN, 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP), de igualdad ante la ley (arts. 16 CN, 7 DUDH, 2 DADDH, 24 CADH y 26 PIDCyP) y de razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 1 y 28 CN).

Una vez radicada la causa en la Cámara Federal de Casación, el defensor ante esa instancia agregó que la posición tomada por el tribunal oral era contraria a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la existencia de delitos que sean por sí mismos inex-

¹⁷ CFCP, Sala IV, “*Feris Vilte*”, causa 43132/2017, Reg. nro. 1777/20.4, de fecha 16/09/2020, entre otros.

¹⁸ CFCP, Sala II, “*Camacho*”, causa nro. 14434/2018, Reg. nro. 1614/20 de fecha 09/10/2020.

carcelables, y basó su postura en precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “*Suárez Rosero vs. Ecuador*”¹⁹ y “*Fermín Ramírez vs. Guatemala*”²⁰, así como también recordó la doctrina sentada por la CSJN en “*Nápoli*”²¹.

Al momento de emitir su voto, el juez *Diego Barroetaveña* consideró que no se introdujeron argumentos ni una crítica razonada que lograran conmovier la decisión adoptada, sino que se trataba sólo de una disconformidad con la exclusión de la Sra. Marín Romero del régimen solicitado. Respecto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 56 bis mencionado, sostuvo que no fue demostrada la afectación de las normas constitucionales alegadas, ni la cuestión federal que habilite la jurisdicción de la Cámara por lo que, a su entender, debía declararse inadmisibile el recurso.

Ahora bien, fueron los votos de la jueza *Ana María Figueroa* y del juez *Daniel Antonio Petrone* los que dieron origen al criterio jurisprudencial que interesa destacar en el presente artículo.

Respecto al planteo de inconstitucionalidad, la jueza Figueroa entendió que correspondía al Poder Judicial el control de constitucionalidad de las normas, para determinar si en el caso concreto resultaban incompatibles con la cláusula constitucional.

Así, a diferencia del juez Barroetaveña, consideró que la defensa introdujo una cuestión federal debidamente fundada. Analizó detalladamente el artículo 56 bis y la totalidad de los delitos que comprendía para concluir que: “...el ámbito de cada una de esas normas presupone per se un conjunto de comportamientos particularmente graves”. Con ello entendió que éste era el elemento común que tuvo en cuenta el Poder Legislativo para justificar la distinción de los casos en los que no correspondía la libertad anticipada, y advirtió que tal gravedad no se reflejaba en todos los casos. Explicó que esa fue la idea central y el fundamento de la reforma según lo debatido en ambas Cámaras del Congreso, donde se afirmó

...que las limitaciones a los institutos de libertad anticipada apuntaban únicamente a “delitos graves”, los “delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves”, para que quienes son condenados por los mismos no obtengan ningún beneficio liberatorio y “cumplan la totalidad de la condena” (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación; 5ta reunión; 3ra sesión especial; 26 de abril de 2017; páginas 6 a 40).

De esta manera, dedujo que la reforma legislativa no resultaba *prima facie* inconstitucional, pero consideró que:

A la luz de la exigencia de establecer un control de constitucionalidad más estricto desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el análisis del artículo 56 bis, inc. 10, de la ley 24660, no permite afirmar que los tipos penales contenidos en el 5º,

¹⁹ Corte IDH, caso “*Suárez Rosero vs. Ecuador*”, Sentencia de 12/11/1997 (Fondo).

²⁰ Corte IDH, caso “*Fermín Ramírez vs. Guatemala*”, Sentencia de 20/06/2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²¹ CSJN, “*Nápoli*”, Fallos 321:3630, de fecha 22/12/1998.

6° y 7° de la ley 23.737 presupongan en todos los casos comportamientos ilícitos de particular gravedad, en el sentido en que ésta ha sido entendida por el Poder Legislativo para justificar la reforma y, por ende, las distinciones incorporadas a partir de la misma.

Teniendo en cuenta ello, analizó las características del hecho imputado a Marín Romero, quien fue condenada por la tenencia con fines de comercialización de 17,81 gramos de clorhidrato de cocaína dispuestos en 90 cilindros.

La magistrada consideró que, ante las especiales circunstancias que rodearon el hecho²², no correspondía endurecer aún más la ejecución de su pena, y finalizó diciendo entonces que la norma cuya constitucionalidad se discutía en general, y en su sentido literal, podía presumirse válida, pero que *dicha presunción podía revertirse en el análisis de cada caso concreto a partir del modo en que la regla legal de referencia es aplicada, y de las circunstancias particulares de la causa*.

De esto se derivó que, en el caso concreto, la aplicación del artículo 56 bis implicaba una violación al *principio de igualdad*, como así también una inexplicable restricción al *principio de reinserción social*, toda vez que, además, las previsiones del artículo 56 *quater* no eliminaban las objeciones referidas.

En consecuencia, propuso hacer lugar al recurso deducido por la defensa, declarar la inconstitucionalidad del artículo 56 bis, inc. 10, anular la decisión recurrida y devolver las actuaciones al Tribunal de origen a fin de que dicte una nueva resolución de conformidad con los lineamientos expuestos.

El juez *Daniel Petrone*, por su parte, también destacó lo sostenido en el debate parlamentario, y lo resaltado por varios de los senadores en cuanto a que el proyecto de ley alcanzaba “delitos aberrantes, delitos agravados que, sin ninguna duda, deben tener un cumplimiento efectivo de la pena”²³, para concluir que lo que se tuvo en miras fueron aquellos delitos especialmente aberrantes para la sociedad.

Además, continuó analizando el artículo 5, inciso “c” de la ley 23.737 por el cual fue condenada Marín Romero, y sostuvo que dicho delito abarcaba una enorme cantidad de casos que pueden

²² Conforme surge del fallo examinado y, en concreto, del voto de la jueza Figueroa, el hecho por el cual resultó condenada Marín Romero fue cometido el 23/11/2018, y se correspondió con la “tenencia con fines de comercialización de 17,81 gramos de clorhidrato de cocaína, dispuestos en cilindros para su comercialización (90 en total) en especialísimas circunstancias que rodearon dicha tenencia, las que no pueden ser soslayadas al momento de evaluar el tratamiento penitenciario que le corresponde. Es que conforme surge Marín Romero al tiempo de ser detenida refirió que se le había acercado “un muchacho que manejaba una “kangoo” solicitándome mis servicios de prostitución”, encontrándose el material estupefaciente cuya tenencia le fue atribuida en el interior de un preservativo, extremos que dan cuenta de las condiciones de vulnerabilidad de la aquí condenada”.

²³ Versión Taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación Período 135°, 5° Reunión, 3° Sesión Especial, 26/04/17, pág. 27.

ser muy disímiles entre sí, encontrándose reflejado ello en la escala penal conminada en dicho artículo.

Explicó que esto no fue contemplado por el legislador a la hora de vedar sin más el acceso a los institutos liberatorios a todos los condenados por el artículo 5 de la ley 27.373, lo que desemboca en que, en determinados casos, la aplicación del artículo 56, inc. 10, resulte irrazonable y constitucionalmente cuestionable, ya que podría suceder que las características de los hechos no justifiquen la aplicación de un tratamiento penitenciario diferenciado. De esta manera concluyó que:

...en este caso particular y respecto de Marín Romero, no se adecua al fin perseguido por el legislador al momento de su sanción, que era excluir a los condenados por determinados delitos, que resultan graves o aberrantes para la sociedad, de ciertos beneficios contemplados dentro de la modalidad básica de ejecución de la pena. Dicha norma, entonces, no supera el estándar de razonabilidad sentado por la CSJN y, por ende, resulta en este sentido inconstitucional en el caso concreto.

En virtud de lo expuesto, la Sala I de la Cámara Federal de Casación hizo lugar –por mayoría– al recurso presentado por la defensa y declaró la inconstitucionalidad, en el caso concreto, del artículo 56 bis, inc. 10 de la ley 24660, conforme la reforma introducida por ley 27.375.

5. ANÁLISIS DEL ESTÁNDAR JURISPRUDENCIAL CONTENIDO EN “MARÍN ROMERO”

Habiendo realizado un breve relato del fallo, y repasado las posturas de los distintos jueces que componen actualmente la Cámara Federal de Casación Penal, es posible afirmar que dicho órgano judicial, al menos por mayoría, sostiene la constitucionalidad de la reforma introducida por la ley 27.375 a la ley de ejecución de la pena privativa de libertad.

Sin perjuicio de ello, es interesante advertir que Marín Romero fue condenada a una pena única, siendo que el proceso de unificación incluyó una pena que había sido dictada antes de promulgarse la reforma. Esto es importante porque si la Sala I hubiese compartido el criterio establecido por la Sala II –por ejemplo, en los precedentes “Almarante”²⁴, “Ibarbia”²⁵ y “Morales”²⁶– habría afirmado la necesidad de aplicar la *ley penal más benigna*, y por tanto, hubiese concluido que deviene operativa la ley anterior a la reforma. Ello así, en tanto, al menos una de las condenas que conformaron la pena única fue dictada en un momento en el cual no se encontraba vigente la reforma objeto de análisis. Entendemos que lo expuesto constituye un dato importante, ya que el presente argumento configura otro de los senderos que pueden

²⁴ CFCP, Sala II, Causa N° FPA 15707/2017/TO1/6/1/CFC3 “Almarante”, reg. 972/21, 16/06/2021.

²⁵ CFCP, Sala II, Causa N° FCR 12333/2016/TO1/5/1/CFC2 “Ibarbia”, reg. 336/21, 22/03/2021.

²⁶ CFCP, Sala II, Causa N° FSA 29282/2018/TO1/4/1/CFC1 “Morales”, reg. 1806/21, 02/11/2021.

transitarse con el objetivo de evitar la aplicación de una norma que sin duda no resulta compatible con los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad.

Un camino de reflexión capaz de constituir un aporte en esta materia está dado por el hecho de establecer o distinguir determinados parámetros que permitan identificar las diferentes conductas delictivas. Es decir, intentar responder al interrogante central: cuándo un delito debería ser calificado como grave. Para ello, una cuestión básica estaría dada por el grado de afectación al bien jurídico protegido. Sin embargo, también podría haber otras referencias que deberíamos pensar si resultan aplicables.

En ese sentido, será un tema central aquel que se relaciona con el hecho de determinar si sólo será necesario examinar el hecho/conducta para definir si el delito es grave o no, o si también podría ser útil analizar las condiciones personales de la persona imputada que ha sido condenada por la comisión del hecho. Ello así ya que en definitiva se intenta definir la aplicación del tratamiento penitenciario que corresponde aplicar a una determinada persona en concreto. Para avanzar es fundamental tener en cuenta el hecho por el cual ha sido condenada Marín Romero en este caso en particular, como así también, el análisis efectuado en el fallo para determinar que el delito no debe ser calificado como grave.

Al momento de identificar y catalogar un determinado delito como grave, es importante tener en consideración el hecho de que el parlamento habló de tener en cuenta “estructuras delictivas más graves”. Ello puede llevarnos a concluir en la falta de aplicabilidad de la reforma respecto de aquellos casos en que la persona condenada cometió el delito de manera absolutamente particular, sin vinculación con terceros y fuera de toda organización destinada a la comisión de ilícitos. Tal es el caso, por ejemplo, de un traslado de droga en zona fronteriza, caracterizado por un fuerte estado de vulnerabilidad del sujeto activo. De allí la importancia de tener en cuenta la situación personal de la persona condenada, y no solo el hecho (conducta) a fin de definir cuándo un delito es no grave.

En su voto correspondiente al fallo “*Marín Romero*”, la jueza Figueroa dice precisamente que debe tenerse en cuenta la situación de vulnerabilidad de la mujer condenada para definir el tratamiento penitenciario. Incluso, en este caso en particular, destaca que la imputada se encontraba en situación de explotación sexual. Entendemos que allí radica el camino que debemos profundizar en nuestro razonamiento. Es importante señalar que en el mismo voto la magistrada abre expresamente la posibilidad para la no aplicación de la reforma, ello así, de acuerdo a las características de cada caso en particular.

La relevancia del caso estriba en entender el mecanismo que exige vincular la decisión acerca de si un caso es grave o no a partir, no sólo del hecho objetivo y la afectación al bien jurídico protegido, sino fundamentalmente, en virtud de las condiciones de la persona condenada. Y

ello es lógico, ya que, en definitiva, se está evaluando la necesidad de la aplicación de un determinado tratamiento penitenciario a una persona condenada por un hecho pasado²⁷.

Entendemos que, a fin de alcanzar una visión de mayor reconocimiento de derechos, se debería incluso profundizar la posición de la jueza Figueroa, tal cual luego veremos, con el objetivo de sostener la necesidad de evaluar las condiciones individuales de la persona condenada, para luego de ello definir si en el caso particular es razonable o no aplicar la cuestionada reforma legislativa.

Este razonamiento nos obliga a reflexionar si es posible aplicar a una persona inserta en una particular situación de vulnerabilidad, y objeto de múltiples situaciones de discriminación de derechos, la ley 24.660 –previa a la reforma–, aun cuando hubiese sido condenada por un hecho que no sea calificado claramente como leve. Entendemos que sí, porque el tratamiento penitenciario es personal, y su condición de extrema vulnerabilidad y discriminación podría implicar que, respecto a su persona, la legislación en cuestión no sea razonable, y por lo tanto, afecte en el caso concreto principios constitucionales vinculados con el que exige el respeto por el derecho a la igualdad (art. 16, Const. Nac.).

Respecto de la afectación de tal principio constitucional, se ha expresado la jueza Figueroa en el precedente comentado. Aun cuando en ese caso se discuta la tenencia de una cantidad menor de sustancia estupefaciente, entendemos que el desafío consiste –a fin de ser respetuosos de las garantías y derechos constitucionales en pugna– en construir un razonamiento equilibrado que nos conduzca a la aplicación de la ley anterior aun en casos de delitos vinculados a una tenencia de mayor cantidad de estupefaciente.

Como hemos adelantado en la introducción, de acuerdo a la integración actual de las cuatro Salas de la Cámara Federal de Casación Penal, el lineamiento sostenido en *Marín Romero* constituye una relevante posibilidad para cuestionar la constitucionalidad de la reforma en el caso concreto. Para ello, habrá que tener en cuenta las características del hecho en particular y, fundamentalmente, las condiciones personales del individuo que ha sido condenado.

Es decir que en la actualidad, las causas que versan sobre esta cuestión –más allá de aquellos casos que pueden resolverse por ausencia de contradicción entre las partes, o ante un eventual desistimiento de un recurso fiscal, o incluso en aquellos supuestos en que la pena se unifique con otra condena correspondiente a un hecho anterior a la reforma, según el criterio seguido por Sala II en “*Almarante*”, “*Ibarbia*” o “*Morales*”, ya citadas– la postura sostenida en “*Marín Romero*” representa uno de los criterios más importantes para bregar por el reconocimiento

²⁷ Es cierto que más allá de que el razonamiento descrito es a nuestro criterio absolutamente razonable, el juez Petrone (integrante del voto mayoritario) sólo menciona las características del hecho y la afectación del bien jurídico para definir la gravedad del hecho.

de los derechos constitucionales correspondientes a las personas condenadas por la comisión de los delitos enumerados en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Esto es importante, teniendo en consideración que una gran parte del colectivo de personas privadas de libertad en el ámbito federal se encuentra procesado o condenado por infracciones a la ley 23.737, lo cual pone en evidencia la extensión de la privación de derechos que genera la ley 27.375.

Al igual que en el precedente “*Marín Romero*”, podemos ver cómo el juez Petrone ha utilizado el mismo criterio para resolver la causa “*Basualto*”²⁸.

En dicho caso, Basualto fue condenado a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes (artículo 5, inc. “c” de la ley 23.737). Además, fue declarado reincidente. Para sustentar el grado de participación, el tribunal de juicio tuvo por probado que el nombrado había participado, ocasional y esporádicamente, en maniobras de comercio de drogas junto con su hermana, quien proveía el material estupefaciente y con quien convivía en el domicilio objeto de denuncia y allanamiento. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, el juez Petrone consideró que en dicho caso la conducta de Basualto no había afectado de *manera sensible y especialmente grave el bien jurídico protegido*, concluyendo que:

...en este caso particular y respecto de Basualto, no se adecua al fin perseguido por el legislador al momento de su sanción, que era excluir a los condenados por determinados delitos conforme la descripción de la discusión legislativa hecha arriba, de ciertos beneficios contemplados dentro de la modalidad básica de ejecución de la pena. Dicha norma, entonces, no supera el *estándar de razonabilidad* sentado por la CSJN y, por ende, resulta en este sentido inconstitucional en el caso concreto (énfasis agregado).

Más allá de nuestro convencimiento acerca de la inconstitucionalidad de la ley 27.375, creemos que corresponde preguntarnos: ¿cuáles son los comportamientos particularmente graves y aberrantes que justificaron, en su momento, la reforma de la ley de ejecución penal?, ¿cómo podríamos identificar aquellas conductas que afecten de tal manera al bien jurídico protegido como para ameritar hoy la aplicación de un tratamiento penitenciario diferenciado? y ¿existe algún parámetro para valorar la gravedad del hecho? Pero, además, y tal como hemos explicado anteriormente, entendemos que también corresponde formular e intentar responder el siguiente interrogante: ¿Es válido tener en consideración las condiciones personales de la persona condenada para definir la aplicabilidad o no de la reforma en cuestión?

²⁸ CFCEP, Sala I, “*Basualto*”, causa nro. 835/2016, Reg. nro. 167/21 de fecha 29/01/2021.

Dicho interrogante debe ser respondido afirmativamente, y como dijimos una referencia jurisprudencial concreta puede hallarse en el voto de la jueza Figueroa, en el fallo objeto del presente comentario, quien de alguna manera hace referencia, y tiene especialmente en cuenta, las condiciones personales de Marín Romero.

Respecto a las cuestiones formuladas en primer término, es importante señalar que el propio texto del proyecto de ley presentado por la legisladora Sandra Giménez, mediante expediente 1040/16, se titula “*Cumplimiento efectivo de las penas por delitos contra la integridad sexual*”. Allí se propuso, como objetivo principal, el cumplimiento efectivo de las condenas recaídas por los delitos contra la integridad sexual, previstos en los Capítulos II y III del título III del Libro Segundo del Código Penal. En sus fundamentos, el abuso sexual, la violación, la corrupción de menores, la prostitución infantil y la trata de personas fueron calificados como aberrantes y como “los delitos más graves que puede cometer un ser humano contra otro”. A raíz de ello, y con la finalidad de evitar la reincidencia de estos crímenes, se propuso impedir el acceso a institutos liberatorios, en principio, a quienes cometen las conductas mencionadas.

Esta misma línea fue la que se postuló en la sesión especial de la Cámara de Senadores de la Nación –de fecha 26 de abril de 2017 (5ta reunión, 3ra sesión)–, en la cual se discutió el proyecto arriba mencionado. En su versión taquigráfica puede advertirse la discusión acerca de si el tratamiento en el Congreso de la modificación de la ley 24.660 cobró impulso luego del femicidio de Micaela García en la provincia de Entre Ríos²⁹. Sin perjuicio de ello, a lo largo de todo el debate los distintos legisladores refirieron que, con la reforma discutida, se evitaría la reincidencia en delitos “graves, delitos aberrantes, delitos agravados que, sin ninguna duda, deben tener un cumplimiento efectivo de la pena”.³⁰ Sin embargo, la mayoría de ellos hizo hincapié, como Sandra Giménez, en delitos contra la vida y delitos contra la integridad sexual.

En una entrevista realizada recientemente a Rubén Alderete Lobo (Di Pino y Sicardi, 2022), referente del derecho de ejecución penal, el jurista examina este tipo de delitos, es decir los calificados como “graves”, y los relaciona con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Plácido de Sá Carvalho*. En dicho precedente se trató el tema de la sobrepoblación carcelaria, y se decidió computar el doble de tiempo sufrido en detención a las personas allí alojadas, en función de las deficientes condiciones de alojamiento. No obstante, se prestó especial atención a los condenados por delitos contra la integridad sexual y contra la vida, respecto de quienes se ordenó realizar un estudio de riesgo y, sobre sus resultados, resolver la aplicación o no de la medida. Alderete Lobo sostiene que precisamente, sobre estos

²⁹ Esta idea también es sostenida Di Pino y Sicardi (2022:97).

³⁰ Senadora Elías de Pérez. Pág. 27.

delitos, debería recaer el sistema judicial y penitenciario, describiéndolos como “situaciones en que el encarcelamiento ocasiona menos daño que el no encarcelamiento”³¹.

Lo expuesto indica un camino de análisis con el objetivo de determinar al menos *prima facie* lo que podría entenderse o al menos considerarse en principio como un delito “grave” o “aberrante”. Entonces, la pregunta sería ¿cómo podemos justificar la aplicación del artículo 56 bis ley 27.375 en los casos de los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737?

Es evidente que la calificación de gravedad sólo podrá ser vinculada a casos de personas que hayan ejercido roles de jefatura en el marco de organizaciones que hayan operado una importante cantidad de sustancia estupefaciente.

Sin perjuicio de que todos los argumentos relativos a la violación del principio de igualdad, de reinserción social y de progresividad continúan vigentes a nuestro criterio, en atención al estado actual de la situación legal y jurisprudencial, podría ser razonable que en casos de grandes estructuras delictivas organizadas, con múltiples recursos y cadenas de mando jerarquizadas y, específicamente, en los casos de quienes ocupan allí los roles centrales, esta diferenciación en la ejecución de la pena privativa de la libertad resulte justificada.

Sin embargo, la experiencia demuestra que, en los hechos, los efectos de la reforma se aplican a las personas que ocupan los últimos eslabones de la cadena de conductas vinculadas a la manipulación de estupefacientes. En concreto, aquellos que se dedican a la entrega de la droga, y por tal motivo devienen vulnerables al accionar de las fuerzas de seguridad, quienes llevan adelante la detención de dichas personas, en general, con incautación de mercadería de baja calidad y pureza en su poder. Se trata de mujeres y hombres que residen en los domicilios objeto de allanamiento, con el riesgo que implica esa cercanía personal con la sustancia prohibida, sin importar su mayor o menor implicación en el delito, o los motivos que los llevaron a adentrarse en él.

Se advierte también que en causas como las descriptas, las personas resultan condenadas por el mínimo de la escala penal, lo que da cuenta de la baja lesividad del accionar y de la culpabilidad de las mismas; a la vez que marca una pauta respecto a que no necesariamente se afectó de manera especialmente grave el bien jurídico protegido, tal como establece el fallo que comentamos. Es en estos casos donde la aplicación del artículo 56 bis resulta desproporcionada e irracional en relación con el delito que se cometió.

De hecho, en el debate parlamentario mencionado más arriba, algunos de los legisladores también consideraron estas situaciones. Concretamente, la senadora Fiore Viñuales manifestó su

³¹ Incluso, vincula estos ilícitos con el proyecto de Ley de Ejecución Penal modelo para América Latina haciendo referencia a la necesidad de establecer diferencias en cuanto al acceso a determinadas modalidades según la naturaleza de los delitos. Ídem 31. Pág. 131.

preocupación por los delitos comprendidos, remarcando especialmente los arts. 5 y 6 de la Ley 23.737. En específico, considero que

...cuando se analizan los artículos atinentes al narcotráfico –artículos 5º y 6º–, puntualmente, en el artículo 5º hay un párrafo que dice concretamente: “...cuando la escasa cantidad de lo que se haya cultivado o sembrado hace presumir que es para consumo personal”. Me parece que en estos casos no tendría que privárselos ni de la libertad asistida ni tampoco de la libertad condicional. Lo mismo ocurre en el artículo 6º, cuando se alude al contrabando de estupefacientes, por denominarlo de alguna manera, y se deduce que también es para consumo personal. Entonces, me parece que esos dos párrafos tendrían que quedar al margen de estas modificaciones³².

Seguidamente, considera los casos de mulas refiriendo que no se trata de delincuentes sumamente peligrosos, sino de mujeres que realizan estas actividades “casi para sobrevivir” y que, por ello, no permitirles la libertad asistida o condicional le parecía sumamente excesivo. Aquí se advierte claramente un punto de contacto con el criterio expresado por la jueza Figueroa en el precedente “*Marín Romero*”, oportunidad en la cual tuvo especialmente en cuenta la situación personal de vulnerabilidad de la mujer que había resultado condenada.

Es evidente que no escapa de la consideración de los jueces, incluso tampoco de los legisladores que trataron la reforma legislativa, que su aplicación en todos los casos previstos por el artículo 56 bis resulta altamente desproporcionada en función de las consecuencias que ello acarrea.

Esto nos demuestra que la calificación de una determinada conducta como delito *grave* constituye una actividad compleja que está conformada por dos aspectos diferentes: uno de ellos *objetivo* vinculado al hecho concreto (afectación al bien jurídico), y otro *subjetivo*, que abarca las circunstancias particulares de la persona implicada en el mismo. El análisis conjunto de ambos extremos permitirá examinar con mayor solvencia la razonabilidad o no de la aplicación de la reforma objeto de estudio.

6. DETENCIÓN, LIBERTAD, Y OTRA VEZ DETENCIÓN. ACERCA DEL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN EQUIDAD

Es interesante observar una circunstancia particular que ha derivado como una consecuencia no prevista a partir de la vigencia de la ley 27.375. Es que se verifican casos en que los Tribunales Orales declaran la inconstitucionalidad de la norma y conceden las libertades anticipadas, sin embargo, a raíz del recurso presentado por la parte acusadora, dicha resolución es anulada por la Cámara de revisión y la libertad revocada.

En estos supuestos los imputados/as son obligados a regresar a prisión luego de haber permanecido un tiempo en libertad, en el cual quizás pudieron reinsertarse nuevamente en sociedad:

³² Ídem 23. Senadora Fiore Viñuales. Pág. 21

volvieron a convivir en familia, mantener un trabajo estable, retomar estudios y cumplir con las reglas impuestas, entre otras cosas. El efecto nocivo es altamente perjudicial, ya que la persona debe volver a una situación de encierro, abandonando todo lo obtenido durante ese tiempo de libertad, y sin la posibilidad de acceder a otro instituto liberatorio. Es, justamente, en estos casos donde también se observa la desproporcionalidad e irracionalidad de la aplicación del artículo 56 bis, ley 24.660 –según ley 27.375–.

En algunos de estos supuestos la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, ha establecido un criterio por el cual, si bien dejan en claro su postura respecto a la constitucionalidad de la ley 27.375, y hacen lugar al recurso del Ministerio Público Fiscal interpuesto contra la inconstitucionalidad de esta, ordenan al Tribunal de origen “que evalúe la pertinencia de mantener o revocar la situación procesal a la luz del concreto comportamiento del nombrado en libertad”³³.

Y ello no es menor dado que, al igual que las características de la conducta imputada pueda determinar que la misma no afectó de manera grave ni aberrante al bien jurídico como para justificar la constitucionalidad y por ende la aplicación de la norma, el hecho de que la persona se haya reinsertado en la sociedad, haya podido cumplir con las reglas que le fueran impuestas y, en general, demuestre un comportamiento respetuoso de las normas, da la pauta de que también en estos casos, pueda atenuarse el efecto negativo de la aplicación indiscriminada del artículo 56 bis.

La operatividad de este criterio dependerá, en definitiva, de la valoración de la conducta del condenado en libertad, que podría derivar, si su desarrollo en el medio libre ha sido favorable, en que el juez reconozca la necesidad de mantener su libertad, pese a haber sido rechazado el planteo de inconstitucionalidad.

Esta posición jurídica de la Sala II puede vincularse al concepto de *interpretación en equidad* desarrollado por el Juez Jacobucci tanto en doctrina (2022) como así también en diversas resoluciones³⁴, en alguna de las cuales ha sido acompañado por la jueza Ledesma y por el juez Slokar. En este sentido el magistrado considera que la hermenéutica jurídica contempla situaciones donde se verifica un conflicto entre el especial escenario del caso concreto y la rigidez impuesta por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en el enunciado legal (Fallos 302:1284; 316:3043, entre otros).

³³ CFCP, Sala II, CFP 5688/2018/TO1/7/1/CFC2, Legajo Nº 1 - Imputado: Martínez Rodrigo s/ Legajo de Casación. Reg. Nro. 704/22 de fecha 14/06/2022. Mismo criterio tomado en CFCP, Sala II, CFP 5688/2018/TO1/5/1/CFC3, Legajo Nº 1 - Imputado: Mincman, Ivan David s/ Legajo de Casación, Reg. Nro. 792/22 de fecha 28/06/2022.

³⁴ CFCP, Sala II, “Vázquez”, causa nro. FCB 27987/2014/TO1/CFC1, reg. nro. 204/21 de fecha 04/03/2021; CFCP, Sala II, “Agüero”, causa nro. CPE 518/2014/TO1/CFC2, reg. nro. 354/22 de fecha 21/04/2022, y CFCP, Sala II, “Barboza”, causa nro. FCR 15816/2017/TO1/5/1/CFC5, reg. nro. 1763/21 de fecha 22/10/2021.

A raíz de ese motivo, propone recurrir a una interpretación fundada en motivos de equidad³⁵, y, de ese modo, frente a casos excepcionales, a partir de su aplicación se logra la adecuación de lo resuelto con la justicia en concreto, sin desconocer la constitucionalidad de la previsión abstracta y respetando incluso la finalidad normativa.

Esto incluye, por cierto, y de modo particular, la naturaleza, cuantificación y *modo de cumplimiento de las sanciones* y demás consecuencias jurídicas derivadas del injusto penal comprobado.

Así explica dicho magistrado que la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso.

No se trata a su criterio de que la norma en sí misma sea injusta o irrazonable, o que las circunstancias del proceso no se correspondan con sus previsiones, sino que *su improcedencia en términos materiales acontece en la instancia operativa*.

En ese nivel, se determina que la excepcionalidad del caso provoca, en ese supuesto particular objeto de análisis, que la generalidad de la escala punitiva colisione con los propios objetivos buscados por el legislador de cara a la situación particular³⁶.

En consecuencia, la decisión judicial adoptada en los precedentes “Martínez” y “Mincman”, citados precedentemente, y por los cuales se debe examinar la conducta que el imputado haya mantenido en libertad, implica un reconocimiento judicial de la relevancia que lógicamente esa situación refleja en la vida personal y familiar de toda persona. Y entendemos que dicho concepto podría ser útil como fundamento de los diferentes planteos que se impulsen con el objetivo de evitar los efectos perjudiciales de la reforma legal objeto de estudio.

Ello así, en concreto, respecto de quienes hayan sido condenados por alguno de los delitos previstos en el artículo 56 bis (ley 24.660 actualizada), hubieran accedido a la libertad anticipada, y se pudiera demostrar una adecuada reinserción social.

Pero, además, en función de la construcción expresada en fallos como “Vázquez, Agüero y Barboza”³⁷, esa misma interpretación basada en cuestiones de *justicia y equidad* podría ser invocada al momento de fundar la necesidad de aplicación de la ley 24.660 en su versión original.

³⁵ Que incluye lo relativo a cuantificaciones, números o medidas.

³⁶ Cfr. “Vázquez”, op. cit.

³⁷ Este precedente abordó un recurso por arresto domiciliario rechazado. El pedido de origen se basó en que la persona detenida no podía gozar de las salidas previstas en el art. 56 quater de la ley 24.660 a raíz de las limitaciones impuestas por razones sanitarias durante la pandemia. A raíz de ello, la defensa solicitó la concesión del arresto domiciliario como una manera de dar cumplimiento efectivo a ese derecho oportunamente reconocido pero no efectivizado por la cuestión sanitaria. La propuesta de la defensa fue acompañada por el fiscal, e interesa

Desde luego, habrán de ser innumerables las diferencias entre cada uno de los casos en concreto, pero entendemos que, en virtud de la situación particular y familiar de la persona detenida, podría invocarse este criterio de interpretación basado en equidad y justicia con el objetivo de evitar la aplicación de una norma cuya operatividad en ese caso en concreto genere una consecuencia irrazonable por su gravedad y perjuicio.

7. EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA PREVISTA POR LA LEY 27.375

Advertimos otra circunstancia relevante capaz de influir en la aplicación o no de las normas en cuestión. Ello tiene relación con la forma en que se ejecuta en concreto la pena de prisión, elemento que puede definir directamente la constitucionalidad de la aplicación de la reforma en el caso particular.

Es que la aplicación de la ley 27.375 puede convertirse —en los hechos— en irrazonable, y por lo tanto, inconstitucional en el caso, ello así de acuerdo a la forma en que la pena de prisión se ejecuta con relación a la persona condenada.

Para ser más claros, si la aplicación de la condena en el ámbito carcelario configura una *pena cruel, inhumana o degradante*, la misma constituye una pena ilícita³⁸ y, por lo tanto, una pena inconstitucional³⁹.

El objetivo será examinar los efectos que provocan en el proceso de ejecución penal ese determinado hecho ilícito que haya sufrido la persona detenida, o la experimentación de condiciones carcelarias que hayan superado el nivel de restricción inherente de la libertad ambulatoria y que, por lo tanto, producto de ello resulte un trato punitivo más gravoso que aquel definido en la sentencia.

destacar que en el marco de su análisis, el juez Yacobucci invocó la necesidad de interpretación en justicia y equidad y enlazó la cuestión con fallos de la CSJN al afirmar lo siguiente: “En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que “razones de equidad y justicia” aconsejan al juez tomar en cuenta aspectos de la privación de la libertad que van más allá de los límites del enunciado literal (Fallos 332:297), “apartándose del rigor del derecho para reparar sus efectos” (Fallos 315:2984 y 1043, 320:1824). En consecuencia, ha entendido, por ejemplo, con relación al concepto de “libertad vigilada” que cabía por “razones de equidad y justicia” ampliar su aplicación a casos no contemplados en los estrictos términos del enunciado legal (320:1469, 333:1771)”.

³⁸ En torno a la definición de pena ilícita, Vacani y Barresi (2019) la identifican como aquella que: 1) no cumple con los requisitos constitucionales o de estándar mínimo en que se define un trato digno; 2) constituye formas de incumplimientos previos y persistente del Estado en su posición de garante; 3) articula la definición de un sistema de relaciones intramuros en el que el trato arbitrario es constitutivo de la propia gobernabilidad intramuros y; 4) somete a las personas privadas de libertad a peligros ciertos de trato cruel, inhumano o degradante.

³⁹ Art. 9, Ley 24.660.: La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Art. 5.2 CADH: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Art. 7 PIDCP: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En dichos supuestos será preciso compensar esa situación irregular y lesiva de derechos y garantías constitucionales y, una forma de reparación podrá ser constituida precisamente por la remoción de obstáculos que impidan el acceso a las libertades anticipadas que reconoce la versión original de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad⁴⁰.

Es que el daño generado, y el incumplimiento del Estado como garante de una ejecución de la pena respetuosa de la dignidad humana, debe repercutir en la variación cuantitativa o cualitativa de la manera en que el sujeto cumple su pena.

Diversos son los precedentes jurisprudenciales que han reconocido este planteo⁴¹, y entendemos que el desafío que nos convoca consiste en examinar la manera en que dicha estructura de razonamiento y reconocimiento de derechos pueda ser implementada respecto de aquellos supuestos en que se identifique el cumplimiento de una pena ilícita –debidamente acreditada–, y que a partir de allí pueda impulsarse como compensación o reparación la aplicación de aquella norma que habilita las libertades anticipadas.

8. CONCLUSIONES

La sanción y puesta en marcha de la ley 27.375 en el año 2017 ha generado una situación de gravedad institucional cuyas consecuencias aún no pueden ser dimensionadas adecuadamente. Es que influye de manera concreta en el incremento de una situación de sobrepoblación penitenciaria y hacinamiento la cual repercute directamente en la vulneración de los derechos básicos de las personas privadas de libertad. Esos derechos se vinculan con el acceso a la salud, educación y trabajo, el sufrimiento de condiciones inadecuadas de alojamiento y el

⁴⁰ Respecto del concepto de pena ilícita y el instituto de compensación, puede consultarse la obra de Vacani (2015, 2019) y Destefano y Todarello (2020).

⁴¹ CFCP, Sala 1, “Silvero Ybarra”, causa nro. FSM 49004962/2012/TO1/2/2/CFC3, reg. nro. 1790/2020 de fecha 16/12/2020; CNCCC, “Núñez”, causa nro. 56449/2013/TO1/CNC2 rta. el 11/09/2015; Tribunal de Casación Provincia de Buenos Aires N° 18062 (Registro de Presidencia N°62951), caratulada “H., R. A., s/ Habeas Corpus”, y sus acumuladas N° 18226 (Registro de Presidencia N° 63231), caratulada “H., R. A., s/ recurso de queja (art. 433 CPP)”, y N° 18230 (Registro de Presidencia N° 63460), caratulada “H., R. A.”, del 10/6/2014; también en causa N° 75.213 Sala I, “Reyna, D.”, del 2/6/2016; también Sala I causa N° 78.881 caratulada “Bellot, Gustavo Adolfo s/ Recurso de Casación”, 13/10/2010; Tribunal Oral nro. 15 “Barrios”, CCC 40124/2018/TO1 del 27/9/2018. Juzgado de Ejecución Penal Gral. Roca, “Colicheo, Juan Carlos s/ ejecución de pena”, causa 11.575, 28/2/20; Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3, CPN 130321/2012/EP1. “Britos Miguel Ángel”, 08/03/2018; Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de Capital Federal, CCC 63.685/2013/TO1/CNC2, “Alberto Javier Orona”, 20/05/2022; Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Mar del Plata, 14422 (y acumulada 14526)-JC3-IPP 7378-21-10232-21, “Moraschia, Juan Carlos s/ hurto agravado y otros”, 15/09/2021; Juzgado de Garantías N° 1 de La Plata, causa 6075, “Mónica Mego Velayarse”, 17/12/2021; Tribunal Oral Federal de San Martín 1, FSM 49004962/2012/TO1/2/2, “Silvero Ybarra, Juan Carlos”, 29/12/2020, entre otros. Sobre el alcance de la jurisprudencia nacional, ver el trabajo de Pablo Vacani (2019). Y en ámbito internacional es importante destacar los siguientes precedentes: Corte IDH, “Plácido Sá Carvalho”, Medidas provisionales. 22 de noviembre de 2018 y también “Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto penal de Curado”, del 28 de noviembre de 2018.

incremento de la violencia personal e institucional, entre muchas otras circunstancias que hacen a la realidad carcelaria⁴². Ello ha merecido incluso la declaración de emergencia penitenciaria⁴³ –y su prórroga– cuyos efectos prácticos en verdad aún no se han advertido.

Pero, además, provoca un profundo daño humano que vulnera no sólo el principio de progresividad y reinserción social, de base constitucional, sino fundamentalmente, la *dignidad del ser humano*, ya que la norma en cuestión le ha arrebatado a la persona privada de libertad el deseo y el impulso de mejora (*derecho a la esperanza*), al no tener un objetivo concreto por el cual trabajar diariamente.

Resulta imprescindible establecer un camino progresivo a la libertad, basado en la atención de áreas relacionadas al comportamiento, educación, trabajo, salud y vínculos familiares. De lo contrario, sólo estamos hablando de cautiverio en condiciones inhumanas de alojamiento.

De allí que, aunque somos conscientes de la posición minoritaria que avala las propuestas jurídicas que compartimos en este trabajo, entendemos que es imprescindible intentar fortalecer y ampliar dichos argumentos con el objetivo de avanzar en el respeto por los derechos básicos de las personas privadas de libertad, y en la demostración de la irracionalidad de la reforma propiciada por la ley 27.375.

Es por ello que, aunque al menos por el momento, la declaración de inconstitucionalidad no ha sido receptada respecto de la norma en general, entendemos que resulta necesario destacar y profundizar aquellas líneas de pensamiento que tienden a limitar la aplicación de la norma en cuestión.

Y en ese camino, es posible concluir entonces que –sin perjuicio de nuestra posición respecto de su constitucionalidad– la reforma establecida por la ley 27.375 sólo podría ser aplicada respecto de aquellos delitos calificados como graves.

Dicho concepto constituye una categoría que puede ser calificada como *compleja*, en tanto se encuentra conformada por dos dimensiones: el *hecho* y su afectación al bien jurídico, y la *persona*, respecto de la cual se deberán analizar sus condiciones particulares y su intervención en el delito concreto.

En consecuencia, se verifica una situación equiparable al sistema de determinación de las penas (arts. 40 y 41, Cód. Penal), en donde también se evalúan las características del hecho y las condiciones personales de quien resulte condenado por el mismo.

⁴² Ver Anitua y Piechestein (2022).

⁴³ Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Ambos elementos serán necesarios para examinar y definir la aplicación o no de la reforma, ya que dicho camino de razonamiento permitirá definir si su aplicación al caso en particular resulta razonable en términos constitucionales.

Es que no se trata de la gravedad objetiva del hecho en particular, sino del análisis de la gravedad de un hecho en relación a una persona determinada.

Y ello así, porque en definitiva la tarea consiste en definir el tratamiento penitenciario que se habrá de aplicar a esa persona en particular por la comisión de un hecho concreto.

En función de lo expuesto, es relevante destacar que no sólo será fundamental determinar la *situación de vulnerabilidad* de la persona en cuestión, sino también su grado de intervención en el hecho, tal como se ha podido advertir en el voto del juez Petrone en el caso “*Basualto*”, al valorar la participación secundaria del imputado.

También se ha puesto de resalto aquella posición jurisprudencial que a fin de respetar criterios de *equidad y justicia* advierte como razonable superar determinados obstáculos legales que, aplicados en términos objetivos, impedirían alcanzar dichos postulados. De esta forma, se advierte como razonable intentar proyectar el alcance de esta construcción teórica respecto del tema objeto de estudio.

Por último, hemos establecido que para definir la aplicación o no de la norma en cuestión será fundamental evaluar el cumplimiento concreto de la pena de prisión que experimenta el sujeto en particular, ya que el hecho de haber sufrido determinadas circunstancias que permitan calificar su *pena* como *ilícita*, habilita la posibilidad de examinar –en términos de *compensación* o *reparación*– la operatividad de la norma originaria (ley 24.660), en tanto la aplicación de su versión actual (ley 27.375) devendría irrazonable en función de la lesión a derechos de orden superior.

BIBLIOGRAFÍA

Alderete Lobo, R. 2017. Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. En: “El debido proceso penal”, tomo 5, Ledesma, A. (dir.). Hammurabi.

Anitua, G. y Piechestein, A.C. 2022. Cambios en el castigo en Argentina. Reforma legal y su impacto en la prisión. Colección Horizontes. Editorial Universitaria EDUNPAZ.

Destefano, L. y Todarello, G. 2020. Compensación por daños sufridos en el ámbito carcelario y por deficientes condiciones materiales de detención. Revista del Ministerio Público de la Defensa. Número 15. La defensa de las personas privadas de libertad.

Di Pino, C. y Sicardi, M. 2022. ¿Un cambio de paradigma? La reforma y sus efectos sobre el régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En: "Cambios en el castigo en Argentina. Reforma legal y su impacto en la prisión". Anitua, G. y Piechestein, A.C. (coords.). Colección Horizontes. Editorial Universitaria EDUNPAZ.

Di Pino, C. y Sicardi, M. 2022. Conversaciones acerca de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad: sus reformas, sus deudas. Entrevista con Rubén Alderete Lobo. En: "Cambios en el castigo en Argentina. Reforma legal y su impacto en la prisión". Anitua, G. y Piechestein, A.C. (coords.). Colección Horizontes. Editorial Universitaria EDUNPAZ.

Vacani, P. 2015. La cantidad de pena en el tiempo de prisión, Tomo I, Ad Hoc.

Vacani, P. 2019. La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales, Ad Hoc.

Vacani, P. y Barresi M. 2019. La medida cualitativa de prisión por ejecución de pena ilícita llega a la Corte Interamericana (Medidas Provisionales, Asunto Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. En: La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución Penal, Buenos Aires, Vacani, P. (dir.). Ad-Hoc.

Yacobucci, G. 2022. (In)exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas. Editorial BdeF.