



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

Reg. n° 1049/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de diciembre de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis Niño, Eugenio C. Sarrabayrouse y Horacio Días –este último en reemplazo de Daniel Morin–, asistidos por la secretaria Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 21 / 32 por la defensa pública de E. M. S. en la presente causa n° 381/2010/1/CNC1, de la que **RESULTA:**

**I.** El Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3, el 29 de abril de 2015, resolvió no hacer lugar “...a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad...” de los arts. 14, CP, y 56 bis, ley 24.660 formulada por las partes y rechazó la incorporación de E. M. S. al régimen de libertad condicional (fs. 16 / 19).

**II.** Contra tal pronunciamiento el defensor público *ad hoc*, Javier Salas, interpuso recurso de casación (fs. 21 / 32), concedido a fs. 32 y considerado admisible por la Sala de Turno de este Tribunal (fs. 41).

El recurrente fundó sus agravios en ambos incs. del art. 456, CPPN.

**a.** En primer término, consideró nula la sentencia por haber violado el derecho de defensa, el debido proceso legal y el principio de contradicción, toda vez que el fiscal había dictaminado a favor del pedido de la parte recurrente.

En este aspecto, transcribió el dictamen fiscal e invocó jurisprudencia de la Corte Suprema que consideró aplicable al caso y a la etapa de ejecución de la pena.

**b.** En segundo lugar, consideró que la resolución había incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva, puntualmente de los arts. 13 y 14, CP, en tanto trasgredió los principios de derecho





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

penal de acto, culpabilidad, legalidad, razonabilidad, igualdad y resocialización, *pro homine* y *pro libertatis*. En ese sentido, la defensa sostuvo que el art. 14, segundo párrafo, CP, y el art. 56 bis, ley 24.660 establecían una restricción para acceder a las modalidades comprendidas en el periodo de prueba del régimen penitenciario, en razón de la naturaleza del delito cometido, lo cual socavaba garantías constitucionales básicas y emanadas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

c. En cuanto a la violación del principio de resocialización como fin de la ejecución de las penas privativas de la libertad, consideró que éste se estructuraba a partir de un régimen de progresividad penitenciario, constituido por diversos estadios que reflejan el progreso del condenado durante el cumplimiento de la pena de encierro. *“...El avance de la persona hacia cada una de las etapas posibilita que pueda acceder a las modalidades de morigeración de la detención (salidas transitorias, libertad condicional, entre otros) ...”* (fs. 26 vta.). De esta manera, la imposibilidad de acceder al régimen de libertad condicional y a las modalidades comprendidas en el régimen de prueba implica una alteración de aquel régimen, en tanto el art. 12, ley 24.660 establece la obligatoriedad del régimen penitenciario para todos los condenados y el art. 5 prevé un tratamiento individualizado que debe atender a las condiciones personales del condenado. Las reglas cuestionadas determinan un agravamiento cualitativo de la pena y se desinteresan del progreso evidenciado por el privado de su libertad. Del mismo modo, los condenados por los delitos enunciados en los arts. 14, CP, y 56 bis, ley 24.660 son ubicados en una categoría diferente con respecto al resto de las personas que cumplen pena y aquellas reglas implican aceptar que el Estado no tiene la obligación de favorecer la reinserción social de S.. De esta forma, existe un conflicto entre el régimen de progresividad y los dos artículos cuestionados que debe





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

resolverse a favor del primero por las normas internacionales que citó y los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

d. En cuanto a la afectación al principio de igualdad, el recurrente precisó que las reglas cuestionadas resuelven de antemano sobre un colectivo indeterminado de personas, en contradicción con el art. 8, ley 24.660 y les aplica una pena más grave que las normales según la valoración del hecho. También consideró vulnerado el principio de razonabilidad, en tanto se viola el paradigma del tratamiento individualizado, esto es, “...sin medir en lo absoluto cuál es el tratamiento penitenciario para mi asistido y cuál ha sido su desempeño carcelario concreto...” (fs. 28 vta.).

e. En relación con la transgresión del derecho penal de acto, afirmó que los arts. 14, CP y 56 bis, ley 24.660 se sustentan en cualidades personales “...que aparentemente detentarían los autores de determinados delitos...” que operan como una presunción *iure et de iure* en su contra.

f. Con respecto a los principios de culpabilidad y legalidad, estimó que el primero estaba conculcado, ya que los obstáculos para su libertad anticipada se basan en la comisión de ciertos delitos y no en la conducta desplegada durante la ejecución de la pena privativa de la libertad. De esta forma, se vacía de contenido el tratamiento penitenciario progresivo lo que conlleva la violación del principio de legalidad ejecutiva, que exige reglas claras y preexistentes. La fundamentación de ambos obstáculos “...se basa en gran medida en la aplicación de un concepto de ‘peligrosidad’ del individuo que atenta contra el principio de culpabilidad...” (fs. 29 vta.).

g. Por último, consideró que las reglas impugnadas no podían interpretarse *iure et de iure*, pues deben ser analizadas desde el fin constitucional de reinserción social. Citó jurisprudencia aplicable





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

al caso y solicitó, en definitiva, que se declare la inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte, CP, y 56 *bis*, ley 24.660 (fs. 30 / 31 vta.).

**III.** En el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN), el defensor público coadyuvante, Rubén Alderete Lobo adhirió y tuvo por reproducidas las conclusiones a las que arribó el recurso, además de desarrollar argumentos complementarios (fs. 45 / 47).

A fs. 57 se encuentra el acta que da cuenta de la audiencia realizada según el art. 468, CPPN, oportunidad en la que el mismo defensor público reiteró los argumentos expuestos anteriormente.

Tras la deliberación realizada en los términos del art. 469, CPPN, se arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

### **El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:**

**1.** El juez de ejecución penal fundó su decisión en los siguientes argumentos:

**a.** La declaración de inconstitucionalidad de una “... *disposición legal...*” es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, viable únicamente cuando la repugnancia “...*de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable...*” (fs. 16 vta.).

**b.** Las reglas cuestionadas (arts. 14, CP; 56 *bis*, ley 24.660) no violan el principio de igualdad, que opera en tanto “...*se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones; es decir, igual tratamiento en iguales circunstancias...*”, pues ambas previeron los mismos obstáculos para “...*todo el que es condenado en función al delito que se refiere el art. 80, inc. 7º...*”, CP. En este sentido, una diferenciación del mismo tenor ya se encontraba establecida en los arts. 13, CP y 17, ley 24.660, al fijar diferentes plazos “...*para el cumplimiento del requisito temporal para*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*regímenes alternativos conforme al monto de la pena impuesta...". Asimismo, "...y por imperio del art. 14, los condenados declarados reincidentes tampoco pueden acceder al régimen de la libertad condicional, siendo que ello, tal como fuera resuelto por el suscripto en innumerables oportunidades, no vulnera el principio de igualdad...". De esta forma, "...el único elemento que convierte en equiparables a las distintas situaciones que presentan los privados de libertad en cumplimiento de condena es, justamente, el encierro carcelario, en tanto que en el marco de tal generalidad se presentan tratamientos distintos conforme cada uno de los colectivos identificados previamente por la ley. Los reincidentes no pueden acceder a la libertad condicional, pero sí pueden hacerlo quienes no lo son; los condenados por el delito de homicidio criminis causa tampoco pueden ser incorporados al mencionado régimen ni a los previstos en el período de prueba, prohibición de la que están exentos los culpables por la comisión de otro tipo de delitos..." (fs. 17).*

Por estas razones, la inconstitucionalidad alegada por la defensa y la fiscalía no aparecía manifiesta, clara e indudable, pues no contraría el principio de igualdad la circunstancia que se establezcan formas de cumplimiento más o menos rigurosas con fundamento en la mayor o menor gravedad de los delitos cometidos.

c. También rechazó que las reglas cuestionadas violenten el principio de resocialización, pues este fin se mantiene incólume. *"...Es de esperar, y para ello el régimen utilizará todos los medios del tratamiento interdisciplinario, que el condenado se reincorporará al elenco social al momento del agotamiento de la pena, logre hacerlo de manera adecuada y con la capacidad de comprender y respetar la ley...".* No se trataba de un supuesto de pena perpetua, en el que sí habría de estar en juego el mandato constitucional. *"...al haber sido condenado el causante a una pena temporal, es claro y evidente que se encuentra plenamente*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*garantizada su posibilidad de reintegro al medio social...". Si bien S. no podía gozar de egresos anticipados, al cumplir su pena podrá acceder a la libertad, lo que cumplía el ideal resocializador, De esta forma, la resocialización está desligada de los egresos anticipados y se cumple en tanto el Estado le brinde al interno un tratamiento que lo provea de las herramientas que le permitan cumplir aquel objetivo (fs. 18).*

**d.** Si bien eran criticables la técnica legislativa utilizada y el motivo de política criminal que inspiró la reforma, se trataba de una potestad exclusiva de otro de los poderes del Estado. Además, la persistencia del sistema progresivo en todos los casos no encontraba un anclaje definitivo en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

**e.** En cuanto a la aplicación del art. 12, ley 24.660, la sanción de las leyes 25.982 y 25.948 implicaron su modificación tácita, en tanto establecieron límites a la progresividad, tal como ya lo había hecho con anterioridad el art. 14, CP, con respecto a los reincidentes. Por lo demás, la progresividad no está limitada de modo absoluto: el interno puede transitar todas las etapas del régimen con los beneficios carcelarios correspondientes, relativos al establecimiento carcelario en que se alojará y la consecuente flexibilización de las medidas de seguridad implementadas (fs. 18 vta.).

**f.** Si bien compartía la disconformidad de la fiscalía y la defensa con el objetivo del legislador al sancionar las reformas mencionadas, aquélla podía ser expresada en el plano académico, pero resultaba insuficiente para fundar una declaración de inconstitucionalidad.

**g.** Por último, consideró que la inexistencia de intereses contrapuestos en la incidencia no implicaba un límite a su facultad de decisión, pues el principio de contradicción al que alude la Corte





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Suprema no resulta aplicable, porque la función del Ministerio Público Fiscal en la etapa de ejecución es muy distinta a la que se verifica en el resto del proceso penal (fs. 18 / 18 vta.).

### **1. La declaración de inconstitucionalidad y los pedidos de las partes**

a. Tal como se ha resumido en el punto II, a, el primer agravio de la parte recurrente se refiere a la violación del derecho de defensa, el debido proceso legal y el principio de contradicción.

Si bien es cierto que el fiscal coincidió con el planteo de la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 14, CP (y agregó la misma tacha con respecto al art. 56 *bis*, ley 24.660), lo cierto es que la parte recurrente no examina si esa falta de discusión sobre la solución jurídica del caso puede extenderse, sin más, a la declaración de inconstitucionalidad de una regla.

Por esta razón, y en virtud de lo resuelto en los precedentes “Soto Parera”<sup>1</sup>, “Pesce”<sup>2</sup>, “Albornoz”<sup>3</sup> y “Sosa”<sup>4</sup> corresponde analizar en primer término si lo dicho en aquellas sentencias en cuanto a la inexistencia de un “caso” es aplicable en un asunto donde la fiscalía y la defensa coinciden en que una regla es inconstitucional y por lo tanto no debe ser aplicada.

La declaración de inconstitucionalidad requiere como paso previo realizar una interpretación de la Constitución y la regla cuestionada, actividad que es sustancialmente diferente a la que se efectúa con los textos legales. Esta distinción se basa tanto en el objeto sobre el que recae (la Constitución) como en las características con que se desarrolla (fundamentalmente, resolver conflictos entre principios o entre éstos y reglas).<sup>5</sup> En este sentido, la aplicación de un

<sup>1</sup> Sentencia del 13.07.2015, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 240/2015.

<sup>2</sup> Sentencia del 17.07.2015, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 258/2015.

<sup>3</sup> Sentencia del 16.07.2015, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 247/2015.

<sup>4</sup> Sentencia del 29.12.2015, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 129/2016.

<sup>5</sup> Sobre este aspecto, véase Miguel CARBONELL, *Prólogo. La interpretación constitucional como problema*, en Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Trotta, Madrid, 2008, ps. 9 – 25.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

principio exige, por lo general, concretarlo y luego su ponderación con otros en conflicto con aquél.

Además de la gravedad institucional destacada en la sentencia recurrida, la declaración de inconstitucionalidad de una regla es un acto claro de creación del derecho, ya sea que ella se produzca dentro de un sistema de control judicial concentrado o en uno difuso, y en todos los supuestos requiere una expresa decisión judicial.<sup>6</sup> De esta manera, no se trata de una interpretación posible y razonable de un texto legal propuesta sin discusión por las partes, sino que es un planteo dirigido a declarar la invalidez de una regla dentro del sistema jurídico, es decir, de privarla de todo efecto en el caso particular. De allí que quienes realizan la interpretación “auténtica” de la Constitución, en sentido kelseniano, o sea, la que produce efectos jurídicos, sean los jueces,<sup>7</sup> con las particularidades del ordenamiento jurídico argentino, que permite un control difuso de la constitucionalidad de las reglas.

En este aspecto, si bien el art. 116, CN, permitiría afirmar que le corresponde al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de las leyes, lo cierto es que en nuestro país este sistema se desarrolló principalmente como una *creación judicial* a partir del caso “Sojo”<sup>8</sup> y “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”<sup>9</sup> que recién tendrá una regla constitucional expresa tras la reforma de 1994, en cuanto consagró en el primer párrafo del nuevo art. 43, la facultad del juez, en el marco de un recurso de amparo “... de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”. De esta manera, el ordenamiento jurídico argentino siguió el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica a

<sup>6</sup> Cfr. Riccardo GUASTINI, *Jurisdicción y sistema jurídico*, Ediciones Universidad de Salamanca, ps. 229 – 230.

<sup>7</sup> Cfr. Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit., p. 43 y sigs.

<sup>8</sup> Fallos: 32:120, de 1887.

<sup>9</sup> Fallos: 33:162, de 1888.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

partir del caso “Marbury vs. Madison” y luego lo concretó en una regla constitucional, al menos para el recurso de amparo.

En cuanto al alcance de este control de constitucionalidad, lentamente también se ha impuesto el criterio que aún puede ejercerse de oficio. Del mismo modo, y en forma pausada, las “zonas” exentas del control judicial (las llamadas *cuestiones políticas no justiciables*) retrocedieron ante la posibilidad de su inspección y escrutinio.

Este modelo difuso, y sobre casi todas las materias, presenta diversas dificultades. La primera se refiere directamente a la legitimidad de este control frente a la autoridad democrática de la ley emanada del Congreso Nacional.<sup>10</sup> De manera específica, es el enorme poder que se otorga a cualquier juez. Además, pese a que se reconoce en la Corte Suprema su carácter de guardián máximo de la Constitución, lo cierto es que el principio *stare decisis*, en su sentido horizontal y vertical, no tiene una aplicación estricta en nuestro sistema, tal como se ha desarrollado en el precedente “**Medina**”<sup>11</sup> (entre otros), lo que puede conducir a una multiplicidad de sentencias contradictorias sobre la misma materia y en casos sustancialmente análogos.

En este sentido, cuando se habla de la *gravedad institucional* que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de los jueces y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre los del legislador, expresión de la voluntad general, lo que a su vez está en la génesis histórica del predominio de

<sup>10</sup> Esta cuestión ha sido tratada por Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; Sebastián LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008; Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005; Fernando ATRIA, *La forma del derecho*, Santiago de Chile, 2015.

<sup>11</sup> Cfr. causa n° 17733/2012, caratulada “Medina, Lucas y otros s/robo agravado”, rta. 03/09/15, registro n° 406/15.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

la interpretación literal de la ley, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco tiempo.<sup>12</sup> En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite a su vez, controlarlos. En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica esta facultad, sea acompañado por una gran responsabilidad y mesura en su ejercicio.

**b.** De lo expuesto, surge con claridad que la coincidencia de la fiscalía y la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de una regla no determina que el juez no deba analizar la cuestión y pueda rechazarla, incluso con argumentos que no formaron parte de la discusión, por las implicancias institucionales que una eventual declaración de aquella especie tiene. Sin embargo, la circunstancia que el Ministerio Público Fiscal tache de inconstitucional una regla es un elemento a tener en cuenta y que obliga a un análisis profundo de la constitucionalidad cuestionada.

### **2. Los restantes agravios planteados por la defensa.**

#### **Orden de la exposición y su tratamiento**

El siguiente agravio planteado por la defensa se dirige a cuestionar la aplicación de los arts. 14, segundo supuesto, CP, y el 56 bis, ley 24.660, en tanto violan el principio de igualdad (punto II, d), queja rechazada por el juez de ejecución (punto 1, b). La denuncia de desigualdad fue formulada por la parte recurrente en relación con otros principios, vinculados todos ellos con el caso a resolver. Por este motivo y siguiendo un orden de prelación lógico, el análisis de este agravio implica, por un lado, precisar el alcance de la igualdad, en

<sup>12</sup> Sobre la evolución del recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15 – 35; en la jurisprudencia, “Casal”.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

particular, entre quiénes debe realizarse el examen; y por el otro, establecer su vinculación con los principios de resocialización y razonabilidad. Para realizar este examen, corresponde, tras delimitar el primer principio mencionado, recordar, con el auxilio de la teoría de la legislación, las razones que llevaron al legislador a reformar los arts. 14, CP y 56 *bis*, ley 24.660, única manera de determinar si las categorías establecidas por las dos reglas cuestionadas son legítimas; a continuación, la recepción que tuvieron en la doctrina y la jurisprudencia estas modificaciones y si pueden ser objeto de alguna crítica; con posterioridad, deben precisarse las características que presenta el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico y qué modificaciones son constitucionalmente aceptables, esto es, cuál es el ámbito en el que el legislador puede actuar soberana y legítimamente; por último, hay que examinar las características del caso concreto y establecer la solución particular que corresponde.

### 3. El principio de igualdad

a. La Constitución Nacional contiene diversos enunciados normativos referidos a la igualdad: ante la ley y los tributos y cargas públicas (art. 16, que encierra la idea central, la formulación más genérica del principio)<sup>13</sup>; electoral y cuotas entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos (art. 37); de calidad de vida y oportunidades entre los habitantes de todas las provincias (art. 75, incs. 2 y 19), como mandato al legislador para aprobar medidas de acción positiva (art. 75, inc. 23), más los instrumentos internacionales que contienen reglas sobre la igualdad. De esta manera, puede afirmarse que nuestra Constitución contiene un amplio abanico de normas sobre este principio, reforzado por la última reforma de 1994, que evolucionó desde la igualdad ante la ley hasta llegar a la de oportunidades, que exige la intervención estatal

<sup>13</sup> Cfr. Alberto F. GARAY, *La igualdad ante la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 15, nota 1.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

por medio de medidas positivas para hacer efectivo este principio para el ejercicio de los derechos.<sup>14</sup> Su contenido depende fundamentalmente de su interpretación por la jurisprudencia. No por casualidad dos de las obras más importantes sobre el principio de igualdad se basaron en el estudio de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el punto.<sup>15</sup>

Las fórmulas de la igualdad implican siempre la comparación entre dos personas o grupos de ellas, pues “...*siempre que se predica la igualdad de un ente...*” se la relaciona con otro.<sup>16</sup> El reclamo del trato igualitario puede venir, como en el presente caso, por alguien que recibe un trato diferente a otro y pretende que sea tratado de la misma manera, porque considera que no hay razones para ser tratado en forma distinta.

La igualdad puede ser analizada desde distintas perspectivas y con métodos diversos. Así, puede acudirse a un criterio basado *en la igualdad formal*, que constituye la formulación menos exigente. Para quienes sostienen este criterio, no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma, esto es, se les aplica las mismas consecuencias jurídicas. Un ejemplo de esta concepción es la sentencia de la Corte Suprema en el caso “**Caille**”<sup>17</sup>. Por lo demás, este criterio se encuentra detrás de la criticada fórmula de “separados pero iguales” que permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica sostener las leyes racistas en aquel país.

Otra forma de analizar la igualdad es desde la perspectiva jurídica, lo que permite a su vez diferentes intensidades de control. En

<sup>14</sup> Cfr. Laura CLÉRICO, Martín ALDAO y Liliana RONCONI, *Igualdad*, en Roberto GARGARELLA / Sebastián GUIDI (coordinadores), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 215 - 216.

<sup>15</sup> Cfr. Alberto F. GARAY, *La igualdad ante la ley*, op. cit.; María Marta DIDIER, *El principio de igualdad de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

<sup>16</sup> Cfr. María Marta DIDIER, *El principio de igualdad de las normas jurídicas*, op. cit., p. 21.

<sup>17</sup> Fallos: 153: 67, de 1928.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

este aspecto, la fórmula de la igualdad jurídica material se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección. De esta manera, no se viola el mandato de la igualdad si *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*. Es decir que si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual.<sup>18</sup> En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.<sup>19</sup>

La Corte Suprema aceptó este criterio en el hábeas corpus colectivo promovido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (caso “Mignone c. Ministerio de Justicia”)<sup>20</sup> donde declaró la inconstitucionalidad de la regla contenida en el art. 3, inc. “d” del Código Nacional Electoral que excluía del derecho al voto a los detenidos no-condenados.<sup>21</sup> Entre otros argumentos, el voto de los jueces Fayt y Petracchi señaló “...que el modo de ejecución de las penas no puede revestir el carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias del Poder Judicial, ni a la pena establecida por la ley para el delito de que se trate...”.<sup>22</sup> Asimismo, cabe citar en la misma línea la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, del 4 de diciembre de 2015, en el caso “Internas de la Unidad N° 31 SPF s/ hábeas corpus”, donde por mayoría (jueces Hornos y Borinsky), se resolvió hacer lugar a la

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 223.

<sup>19</sup> Cfr. OC 18/03 (2003), párr. 89; OC-17/02 (2002) párr. 46; OC 4/84 (1984), párr. 56; las citas han sido tomadas de Laura CLÉRICO, Martín ALDAO y Liliana RONCONI, op. cit., nota 26..

<sup>20</sup> Sentencia del 9 de abril de 2002, publicada en JA 2002 – III, p. 482 y sigs.

<sup>21</sup> Sobre este tema, véase Leonardo FILLIPPINI / Felicitas ROSSI, *Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, n° 1, noviembre de 2012, ps. 187 – 213; también la sentencia del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el caso “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c / GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (expdte. n° 8730/12), sentencia del 6.09.2013 que, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los incs. e, f y g del art. 3° del Código Electoral Vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y la de la Cámara Nacional Electoral, causa “Procuración Penitenciaria de la Nación c / Estado Nacional s/ acción de amparo colectivo” (inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2°, CP, y 3° inc. ‘e’, ‘f’, ‘g’ CEN)” (Expdte. CNE 3451/2014/CA1) del 24.05.2016, donde se declaró la inconstitucionalidad de las reglas mencionadas y de los arts. 12 y 19 inc. 2°, CP, en cuanto habían sido materia de la causa.

<sup>22</sup> Considerando 17, con remisión a Fallos 318:1894, voto de la mayoría y de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

acción planteada y ordenar a la ANSES que otorgara los beneficios de la ley 24.714 al colectivo accionante, en los casos que correspondiere.

La fórmula de la igualdad material implica el desarrollo de tres sub exámenes: la idoneidad de la distinción realizada, los medios alternativos menos lesivos y la proporcionalidad en sentido estricto. A su vez, estos criterios, pueden ser aplicados con menor o mayor intensidad según el grado que alcance el escrutinio respectivo: leve o de mera racionalidad; intermedio o uno bien exigente.

El examen de igualdad de mera racionalidad parte de la legitimidad o la constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Así, la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará arbitraria la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario, se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

Por su parte, el escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre la clasificación y las razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

En último término, el estricto, más exigente, implica:

- a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación;
- b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;
- c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente;





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación.

De lo expuesto, surge que el examen de la igualdad remite a establecer la razonabilidad o proporcionalidad de la distinción establecida por el legislador, esto es, el análisis acerca de si la regla es idónea o apta para alcanzar la finalidad que persigue, además de la necesidad de su sanción y la proporcionalidad estricta.<sup>23</sup> En este sentido, el concepto de “razonabilidad” se emplea por los tribunales constitucionales para determinar que existe discriminación cuando la distinción en el trato carece de una justificación objetiva y razonable.<sup>24</sup>

b. Ahora bien, en el caso de autos, tal como se ha resumido, el juez de la instancia anterior desechó la violación del principio de igualdad, y recurrió al criterio denominado de *igualdad formal*, con cita de un precedente de la Corte Suprema del 20 de diciembre de 1944 (punto 1, b). Se trata del precedente “**Nuevo Banco Italiano v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**”, donde se impugnaba, con base en el art. 16, CN, el art. 9 de la ordenanza impositiva de alumbrado, barrido y limpieza de la Municipalidad de la Capital, aplicada al recurrente durante 1931, 1932 y algunos meses de 1933. “...*La recurrente, dueña del edificio sito en la esquina de Reconquista y Rivadavia lo demolió en 1930 para levantar en ese sitio una nueva construcción...*” y consideró que al cobrarle la tasa durante el tiempo de la nueva edificación sobre la base de la valuación que correspondía al anterior edificio se le aplicó un trato injustamente diferente con respecto a los propietarios que edificaban en terrenos baldíos. Si bien la Corte hizo lugar al recurso extraordinario federal, porque consideró violado el principio de igualdad, es evidente que se trata de un caso cuyo presupuesto de

<sup>23</sup> Cfr. un análisis detallado en María Marta Didier, *El principio de igualdad de las normas jurídicas*, op. cit., ps. 59 – 77.

<sup>24</sup> Así lo hacen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español, el alemán y la Corte Suprema estadounidense; cfr. Manuel ATIENZA, *Para una razonable definición de “razonable”*, Revista “Doxa” n° 4 (1987), p. 189.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

hecho carece de vinculación con las cuestiones aquí debatidas y tampoco las proposiciones jurídicas allí planteadas resultan aplicables al caso. Además, la cita realizada por el magistrado de la instancia anterior deja de lado una amplia evolución de la jurisprudencia y la doctrina sobre el principio de igualdad, con diferentes sentencias referidas a la situación de los detenidos y condenados, algunos de los cuales fueron mencionados en el punto anterior.

En este sentido, cabe recordar lo dicho en el precedente “**Medina**” ya citado (entre muchos otros), en cuanto a que la pretensión de extraer alguna regla o consecuencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfrenta serios obstáculos, algunos de ellos propios del sistema jurídico argentino (basado fundamentalmente en la ley y el desconocimiento del funcionamiento del *precedente*, propio de sistema anglosajón del *common law*) sumado a la manera en que se valoran e interpretan sus decisiones. Además, deben tenerse especialmente en cuenta las cautelas imprescindibles cuando se pretende extraer de un fallo judicial conclusiones generales. Las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó. De allí que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo.<sup>25</sup> Y si bien hasta el presente no existe una jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad del segundo párrafo del art. 14, CP y del art. 56

<sup>25</sup> Alberto F. GARAY, *La doctrina del precedente*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 110 – 112.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

*bis*, ley 24.660, el magistrado de la instancia anterior debió recurrir a otros precedentes que si bien no están estrictamente vinculados con el tema a resolver, han tratado situaciones donde se consideró violado el principio de igualdad en las prisiones, en concreto, entre las personas que se encuentran encarceladas y las que están libres.

c. Como se anticipó (puntos 2 y 3, a), la pregunta que debemos formularnos es con quién comparar desde una perspectiva igualitaria el caso planteado. Va de suyo que la comparación debe realizarse entre los condenados a penas privativas de la libertad: se trata de determinar si el legislador estableció entre ellos diferencias razonables, proporcionadas y sistemáticas en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, es decir, cuál era el límite de esas distinciones y en qué ámbito podían llevarse a cabo. En este sentido, el art. 8, ley 24.660 fija una pauta hermenéutica clara acerca del programa elegido por el legislador para la ejecución de la pena privativa de la libertad: *“Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.”* Además, como se anticipó, el examen debe realizarse vinculado con los principios de resocialización (adoptado en el art. 1, ley 24.660 y en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en adelante, CADH], 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP]), sumados a los de razonabilidad y proporcionalidad.

Esto obliga a examinar las razones que llevaron al legislador a sancionar las reglas cuestionadas. En este aspecto, los desarrollos de la *teoría de la legislación* pueden ser de utilidad para emprender el examen propuesto. Tal como se ha señalado en otros trabajos,<sup>26</sup> en los últimos años esta disciplina recobró el impulso al

<sup>26</sup> Cfr. *La teoría de la legislación ¿un medio para limitar la expansión del Derecho penal?*, en Daniel PASTOR (Director) / Nicolás GUZMÁN (coordinador), *Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2011, ps. 17 – 38, en particular, p. 29 y





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

compás del resurgimiento de los estudios sobre la legislación. Su objetivo principal es estudiar y mejorar la tarea de crear leyes. A diferencia de lo que ocurrió más de dos siglos atrás con el movimiento de la Ilustración, el renovado interés en la legislación no se concentra exclusivamente en el producto final, *la ley efectivamente vigente*, sino que fija su atención en el procedimiento legislativo, concebido como un proceso de decisión cuya racionalidad puede incrementarse con ciertos modelos de “legislador racional”. Entre las distintas ramas de esta disciplina se destaca la *metódica de la legislación* que remite a un examen de las consideraciones jurídico – políticas y teóricas sobre la decisión de legislar (“procedimiento legislativo interno” y de cómo producir leyes “buenas”, “correctas”, “completas” y “efectivas”). En este análisis, el primer paso es mostrar que efectivamente resultaba necesario aprobar la ley; el segundo, mostrar que el proyecto era una buena opción regulatoria. Dentro de esta misma línea, y para verificar la presencia de estos requisitos, se ha propuesto la utilización de cuestionarios con preguntas referidas a la necesidad, alternativas, amplitud y vigencia del proyecto discutido, como forma de determinar la exigencia de dictar una ley. Si bien esta metódica de la legislación pretende aplicarse durante el *proceso de formación de las leyes* para mejorar y racionalizar el producto final alcanzado, nada impide utilizarlo en otro contexto, pues resulta una buena herramienta para efectuar un examen *ex post*, esto es, de las razones y el procedimiento que culminó en la sanción de las reglas cuya constitucionalidad aquí se cuestiona.

**d.** Para escrutar los criterios por los cuales el legislador decidió prohibir la libertad condicional para los condenados por ciertos delitos (art. 14, segundo supuesto, CP) y luego extender la exclusión a las salidas transitorias y a la libertad asistida hay que

---

sigs.; Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El Derecho penal en la actividad económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 312 y sigs.; también Virgilio ZAPATERO GÓMEZ, *De la jurisprudencia a la legislación*, Doxa, 15 -16 (1994), p. 770; del mismo autor, *El arte de legislar*, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2009.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

remontarse a la discusión parlamentaria y al contexto histórico y político en que surgieron las leyes 25.892 y 25.948, respectivamente, análisis que en uno de estos aspectos fue realizado por el juez Morin en su voto en la causa “**Arancibia**”,<sup>27</sup> que luego será citado.

e. A raíz de una serie de graves delitos que conmovieron a la opinión pública, durante 2004 se sancionaron un gran número de leyes que reformaron el CP y cambiaron definitivamente su fisonomía. Así, se sucedieron la ley 25.882 que modificó el art. 166, CP; la 25.886 que reformó el régimen de la tenencia y la portación de armas de fuego (art. 189 *bis*, CP); la 25.890 que incorporó el delito de abigeato como figura autónoma y aumentó la pena de los delitos rurales y actividades conexas (arts. 163, 167 *ter*, *quáter*, *quinque*, 206, 277 *bis*, *ter* y 293, CP); la 25.891 que sancionó penalmente la “clonación” de celulares; la 25.892 que endureció el régimen para solicitar y otorgar la libertad condicional (arts. 13, 14 y 15, CP) y que es objeto de discusión en el presente caso; la 25.893 que determinó el aumento de la pena aplicable para el caso en que resultare la muerte de la víctima de un delito contra la integridad sexual (art. 124, CP); la 25.928 que modificó el art. 55, CP, y permitió la imposición de penas de hasta 50 años de prisión o reclusión; la 25.948, que introdujo el art. 56 *bis* en la ley 24.660 y que aquí se tilda de inconstitucional; la 25.990, que precisó el término secuela de juicio, contenido en los párrafos cuarto y quinto del art. 67, CP; y por último, la 26.052 que estableció un nuevo régimen de competencias para los delitos contenidos en la ley 23.737. Casi todas estas leyes se sancionaron y entraron en vigencia entre abril y mayo de 2004.

f. La ley 25.892, en cuanto a la modificación del art. 14, CP, se originó en el proyecto S-793/04,<sup>28</sup> presentado por el senador

<sup>27</sup> Sentencia del 10.06.2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 438/2016.

<sup>28</sup> La Cámara iniciadora del proyecto de ley fue el Senado de la Nación, expediente n° 40-S-2004 y abarcaba dos propuestas: una de los senadores Ricardo Bussi y Delia Pinchetti de Sierra Morales para modificar el art. 13, CP; y la del senador Pichetto, para reformar el art. 14 del mismo código. En aquella Cámara intervino la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, cuyo miembro informante fue el senador Agúndez. La Cámara de Diputados actuó como instancia revisora y el miembro informante fue el diputado Johnson. En el Senado, el proyecto fue tratado y aprobado con





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Miguel Ángel Pichetto. El texto original preveía la imposibilidad de conceder la libertad a los condenados por los siguientes delitos: homicidio agravado (art.80); lesiones gravísimas agravadas (art. 92); violación seguida de muerte (art. 124); robo agravado (arts. 165, 166 y 167); secuestro extorsivo (art. 170); incendio y otros estragos dolosos (arts. 186, 187, 188 y 189 bis); delitos contra la seguridad de los medios de transporte (art. 180); y contra la salud pública (arts. 200, 201 y 202, todos del CP).

El proyecto del senador Pichetto se fundó en los siguientes argumentos:

- 1) La presencia de una *“...dramática situación de inseguridad...”* que obligaba a modificar determinados institutos y normas penales, *“...en bien de la comunidad...”*.
- 2) Una fuerte crítica a la resocialización, ya que desde 1984 se estableció la *“...tendencia a disminuir el efectivo cumplimiento de la pena, en función de la búsqueda de soluciones resocializadoras, que hoy, a la distancia advertimos, no han sido alcanzadas...”*. En este aspecto, el oficialismo anterior había decidido aliviar la situación carcelaria modificando la condena condicional, la excarcelación y el régimen de reincidencia, *“...creando un esquema penal absolutamente flexibilizado, un verdadero ‘colador’, por donde se escapa la vida de los argentinos...”*.
- 3) Aquellas correcciones fueron imposibles de aplicar en nuestro país, *“...por problemas de infraestructura, de personal especializado y, en definitiva, por la falta de una política criminal adecuada, que hubiere garantizado a quienes delinquen una futura reinserción social, y que hubiere*

---

modificaciones el 7 de abril de 2004; la de Diputados, lo consideró y aprobó con modificaciones el 29 de abril de 2004, aceptadas por los senadores, que lo sancionaron el 5 de mayo de 2004. La ley fue promulgada de hecho, de acuerdo con el art. 80, CN; cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2004 – B, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 1479 - 1481.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*protegido a la comunidad en su conjunto, frente a posibles nuevos embates de la delincuencia...”*

- 4) De esta manera, había que conjugar los intereses de todos los actores: el bien de la comunidad; las garantías de procesados y condenados, quienes no deben sufrir cercenamientos indebidos en su libertad y *“...quienes poseen el deber y el derecho a permanecer en institutos carcelarios adecuados, con fines de reeducación social, no lanzándolos nuevamente a las calles sin elementos que les permitan hacer frente a su situación y, finalmente, la probidad de la Justicia, en donde nuestros magistrados puedan contar con las mejores alternativas para hacer frente a la lucha contra el delito, dejando de conducirse con laxitud...”*.
- 5) Tras remarcar la idea errónea sobre el origen del delito, se destacó que cuando *“...un delincuente es apresado y llevado ante la Justicia en el actual sistema, se pone en marcha una maquinaria judicial donde se juzga al delito, como obrar antijurídico en sí mismo: todavía estamos analizando si delinquir es bueno o malo, olvidándonos del autor material del hecho, que arrastra consigo elementos de peligrosidad en su accionar, y/o que puede contar con una personalidad altamente peligrosa, escondida tras el estigma ‘pobreza = delincuencia’, que todo lo justifica. Estos criterios de peligrosidad tienen que estar incluidos tanto en normas penales de fondo como en los códigos de procedimiento, pues de lo contrario, la actividad legislativa nunca receptará la realidad imperante y será sólo un reflejo de una situación ideal del legislador...”*
- 6) La modificación de los criterios para otorgar la libertad condicional frente a la comisión de delitos específicos, así como la alteración el régimen de salidas transitorias y semilibertad previsto en la ley de ejecución de la pena privativa





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

de la libertad, se hacía “...poniéndose el énfasis en el concepto que goce el interno, y en la necesidad de que no represente peligro para la sociedad ni para sí mismo, entre otras cosas...”.

- 7) En definitiva, esta “...reforma de la legislación penal hará que en nuestro país delinquir ya no sea barato, y que podamos diferenciar a quien transgrede esa legislación penal llevado de la mano de la indigencia o de otras situaciones justificantes, del profesional del delito, amparado en la presunta pobreza...”.<sup>29</sup>

**g.** El miembro informante de la Comisión respectiva, senador Agúndez señaló que el país vivía hacía tiempo una crisis de seguridad. Ella demandaba del poder legislativo, respuestas e instrumentos para la actuación correcta por parte de la justicia. La Argentina era un país distinto de aquél en el que se había sancionado el código penal, con más habitantes que obligaba a repensar “...qué filosofía se va a otorgar a la reinserción social del delincuente...”. La sociedad quería que el Estado proteja sus vidas, sus bienes y todos los derechos y garantías brindadas por la Constitución. A través del proyecto presentado, se prohibía a la justicia que con respecto a delitos considerados aberrantes, otorgue la libertad condicional.<sup>30</sup>

El senador Capitanich, por su parte, señaló que la seguridad pública “...es un tema extremadamente complejo que está instalado en la agenda social de la República Argentina. Es una política que puede denominarse transversal porque, efectivamente, abarca todos los sectores...”. Los datos estadísticos denotaban que “...hay un problema de expectativa de vida, de esperanza y de falta de contención del sistema político, económico y social en la República Argentina. Y esto se traduce inmediatamente en el hecho de que muchas de estas personas se integren a organizaciones

<sup>29</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, periodo 122º, 5ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 7 de abril de 2004, ps. 3-5.

<sup>30</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 16-22.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*delictivas que son cada vez más complejas y que cometen delitos cada vez más aberrantes.” “Estamos frente a un conflicto de una magnitud extraordinaria y ante una fuerte demanda -una gran movilización social- y, por supuesto, debemos trazar una agenda de cumplimiento de una serie de cuestiones. Por ello tenemos que considerar que el autor de un delito debe tener una percepción de riesgos que, en primer lugar, radiquen en que si efectivamente comete un delito, lo van a atrapar. En segundo término, debe quedar en claro el cumplimiento de su pena o condena cuando lo atrapen y, por último, la agravación de las penas.” Se debían “...atacar los problemas desde un enfoque sistémico...”<sup>31</sup>*

El senador Bussi, a su turno, destacó que era lamentable que el Congreso de la Nación fuera siempre a la saga de los acontecimientos, pero existían responsabilidades compartidas “...con el Poder Judicial, porque ha sancionado con benignidad casos que justificaban condenas más severas, o porque excarcelaron u otorgaron la libertad condicional a autores de delitos aberrantes, cuando la ley les otorga la facultad a los jueces de liberarlos...”. En este aspecto, veía “...con alarma cómo eso que se denomina ‘garantismo’ ha ido ganando espacio en el derecho penal argentino, a costa de las normas rígidas y objetivas que debería haber tenido nuestro sistema penal. Tal vez eso nos haya hecho este tremendo daño que hoy estamos tratando de corregir.” “En cuanto al garantismo, considero que se ha cometido el error de sancionar la llamada ‘ley del 2 por 1’, la generalización de las excarcelaciones y las salidas anticipadas de los condenados, entre otras medidas, lo cual creó un clima propicio para el aumento de hechos delictivos de toda índole...”. Finalmente, criticó que quedaran fuera de la reforma proyectada del art. 13, CP, todas las agravantes de los homicidios, por lo que propuso su incorporación.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 22-25.

<sup>32</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 25-26.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Por su parte, los senadores Rossi y Gómez Diez también hicieron referencia a la seguridad como fundamento de la ley proyectada.<sup>33</sup>

La senadora Ibarra afirmó que existía un grave problema de inseguridad. *“...Los ciudadanos masivamente reclaman a la dirigencia que se haga cargo de este problema y que aporte soluciones efectivas para que sus vidas puedan desarrollarse sin la amenaza constante de ser víctimas de delitos violentos. En un país que está enfermo de impunidad no es malo tener un correcto diagnóstico de las causas, a efectos de poder acertar en las soluciones. No se trata sólo de repartir responsabilidades -que las hay- sino de saber qué nos pasa y por qué, para poder aplicar políticas efectivas de corto, mediano y largo plazo.” Hay una “clara crisis institucional en la cual estamos inmersos...”.*

Con respecto a la libertad condicional, señaló que *“...Mayoritariamente, la doctrina del país -y también la jurisprudencia - ha establecido que la libertad condicional no es una gracia o un derecho que tiene el condenado sino que es una facultad que dan los magistrados cuando se cumplen determinados requisitos y condiciones de cumplimiento. Se toma como una parte del cumplimiento de la pena, que se hace en una forma excarcelada, pero con un seguimiento y control donde hay que seguir ciertas pautas de conducta. Ello implica que si no se cumplen, se la debe cumplir nuevamente en el sistema carcelario...”.* Destacó que *“...se llegan a libertades condicionales otorgadas en condiciones absolutamente sin control...”*, *“...ni siquiera el cumplimiento de las pautas ni su reinserción social...”*. *“...Creo que lo que tendríamos que haber hecho es una revisión integral del tema de la implementación del instituto de la libertad condicional. Digo esto porque hoy vamos a sancionar que deje de funcionar este instituto -que en la práctica es una reducción de pena- para algunos delitos que consideramos*

<sup>33</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 26-29.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*aberrantes, pero se sigue otorgando en forma absolutamente irregular, sin control y comprando al Servicio Penitenciario el informe favorable a través de hechos delictivos para una innumerable cantidad de delitos que siguen azolando a la ciudadanía argentina como, por ejemplo, el robo a mano armada...”. “...Considero que este tema de la implementación de la libertad condicional tiene que ser un asunto de política de Estado. De hecho, hoy no lo vamos a derogar para todos los delitos. Lo estamos haciendo para aquellos que, como política criminal y a nivel sociedad, percibimos como los más agraviantes, pero no estamos resolviendo el problema de la delincuencia ni un instituto que funciona definitivamente mal en la Argentina...”<sup>34</sup>*

La senadora Conti, señaló con respecto de la modificación del art. 13, CP, que “...la libertad condicional no es una gracia. La libertad condicional es parte de la pena, sólo que se cumple en libertad, con custodia del Poder Judicial -que sabemos que es deficiente-, pero es parte de la pena. La gracia la pueden dar, por nuestra Constitución, el presidente de la Nación con un indulto, por más que sea un residuo de la época monárquica, y los gobernadores de provincia con la conmutación de pena. La libertad condicional que queremos acotar tiene que ver, entonces, con decirle a los jueces que esos delitos que consideramos aberrantes -que no son todos los contenidos en el artículo 80 del Código Penal, es decir, los homicidios agravados...” que eran los que conmocionaban “...a nuestro pueblo y a nosotros mismos y respecto de los cuales establecimos pena perpetua. Por eso, lo que los argentinos les estamos diciendo a los jueces es lo siguiente: ‘Señor: de ahora en adelante usted no puede dar la libertad condicional.’ Nuestro sistema penitenciario, si se cumpliera nuestra ley de ejecución, prevé un sistema progresivo. Incluso, el que tiene perpetua, a los quince años, podría empezar a hacer salidas transitorias, aunque nosotros

<sup>34</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 30-33.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*limitemos la posibilidad de la libertad condicional. Si llega un momento en que ese interno está dando fehaciente prueba de que está en condiciones de volver a convivir en paz en una sociedad organizada, y quiere hacerlo, los ejecutivos nacional o provinciales tienen la otra parte de la pena, la pena estatal -que no es la pena judicial, la pena completa-, consistente en la facultad de perdonar y conmutar penas para que vuelvan a su casa a convivir con nosotros...”* (el destacado no es del original). Por ello, no advertía ningún obstáculo constitucional para limitar la facultad de los jueces de otorgar la libertad condicional en un sistema judicial y penitenciario que no estaba funcionando.<sup>35</sup>

La senadora Colombo, dijo que con respecto “...al primero de los proyectos, que limita la libertad condicional ante delitos o crímenes aberrantes, debo decir que vamos a acompañar la iniciativa, porque la realidad demuestra que existen tales crímenes aberrantes: secuestros seguidos de muerte, violaciones seguidas de muerte, homicidios o muertes para ocultar la comisión de delitos o pruebas, robos seguidos de muerte. De manera que esto conforma una realidad objetiva ante la cual debe rendirse este debate, que se ha transformado en un verdadero campo de fuerzas entre posiciones antagónicas que, tal vez, deben encontrar un punto de síntesis que permita avanzar en las reformas estructurales, de fondo, que proponía el miembro informante...”<sup>36</sup>

El autor del proyecto que con modificaciones se convertiría en la ley 25.982, senador Pichetto, señaló que “...(l)a pena es la respuesta civilizada del Estado. Antes existía el mecanismo primario de la venganza, la venganza de la sangre. La pena es el instrumento y la respuesta del Estado; una respuesta que se ejerce desde la institucionalidad, desde la acción de la justicia. Esto no se hace en beneficio de la víctima ni como sanción al victimario. Hay

<sup>35</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 34-36.

<sup>36</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 54-56.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*que observar la pena también desde la mirada ejemplificadora de la sociedad...". "...Cuando una sociedad ve que un asesino -autor de delitos como el secuestro extorsivo o la violación seguida de muerte, o al que mata para ocultar el propio delito- cumple 10 o 12 años de condena y sale alegremente a la calle, sin dudas percibe una gran labilidad y flexibilidad, porque ésa no es la pena esperada para ese delito. En la Argentina la pena tiene que ser cumplida integralmente; y, en especial, en el caso de los delitos graves, para que la sociedad pierda este concepto de impunidad...". "...La pena significa el cumplimiento integral de la condena...". Consideró fundamental limitar la libertad condicional para delitos graves y organizados, se trataba de una medida que la sociedad debía tomar como ejemplar, para dismantelar las bandas y organizaciones que los cometen. "... (L)a pena tiene que cumplirse especialmente para determinados delitos que denominamos o calificamos como delitos aberrantes...".<sup>37</sup>*

En contra del proyecto votó el senador Giustiniani: *"... con la limitación de la libertad condicional se desvirtúa un instituto reconocido por nuestro ordenamiento jurídico... de la mano del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, que plantea el propósito de la reinserción social de todo condenado..."* El fondo del problema era el absoluto fracaso del sistema penitenciario nacional. Era un problema presupuestario y conceptual. La seguridad preocupaba a todos los argentinos desde hacía tiempo, pero no podía brindarse una respuesta simple y facilista. Lo fundamental era atacar la corrupción y la impunidad, madre de la situación de inseguridad del país. *"...(N)o existe compensación posible entre seguridad y garantías, porque cuando caen las garantías aumenta la inseguridad... en la democracia la seguridad y las libertades son absolutamente compatibles..."*.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 68-73.

<sup>38</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*, ps. 37-38.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

En la Cámara de Diputados, se debatió un proyecto similar; el dictamen se aprobó por mayoría, con la disidencia parcial de los diputados Hernán N. L. Damiani, Víctor Fayad y Mario Negri, quienes señalaron: *“...Respecto de los gravísimos delitos que se individualizan en el texto del artículo 14 del dictamen, que impide siempre y en todo caso la libertad condicional, nosotros creemos que podrían excepcionalmente acordarse pero bajo mayores exigencias del pronóstico de reinserción social, lo que evita generalizaciones injustificadas y permite ver las circunstancias de cada caso. En estos casos proponemos que en el trámite intervengan y sean oídos la víctima del delito, o sus representantes legales si ella fuere menor o incapaz, o sus herederos forzosos, para que puedan conocer el pedido y hacer presentes sus puntos de vista. Y a modo de resguardo final de la sociedad, si en esos supuestos excepcionalmente graves el juez competente en la ejecución concediera el beneficio, su decisión deberá ser ratificada por su superior jerárquico, mediante un mecanismo de consulta, conocido en nuestro derecho procesal. Hasta tanto esa ratificación ocurra, le decisión de conceder el beneficio no podrá ser ejecutada, debiendo el condenado mantenerse en la situación de ejecución penal preexistente. De este modo se pueden conciliar en estos excepcionales supuestos, los derechos de la víctima y el resguardo de la sociedad, con los objetivos constitucionales de readaptación social de los condenados”*.<sup>39</sup> Por su parte, la diputada María del Carmen Falbo también dejó asentada su disidencia parcial: *“Debemos recordar que conforme a la ley de ejecución penal la ejecución de la pena privativa de libertad en todas sus modalidades tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad... Debemos recapacitar sobre cuál es la filosofía que vamos a poner a la reinserción social del delincuente: y la filosofía no puede ser*

<sup>39</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, periodo 122º, 10ª reunión, 8ª sesión ordinaria (especial), 29 de abril de 2004, ps. 1204-1205.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*agravar injustificadamente los plazos para la obtención de la libertad condicional porque sería un retroceso legislativo en materia de política criminal. Estas consideraciones fueron hechas en el Senado y como resultado se llegó a un texto que limita las condiciones de libertad condicional en casos de delitos aberrantes y agrega el inciso 6 que no estaba en el Código Penal al imponer el tratamiento psiquiátrico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia... Debe expresarse que con respecto a la función resocializadora de la pena las Naciones Unidas han recomendado: 'Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles. La progresividad en el cumplimiento de las condenas es un elemento fundamental en el proceso de reincorporación del condenado a la sociedad'.<sup>40</sup> Otros diputados manifestaron su oposición. Así, la legisladora Pérez Suárez destacó que se oponía "...a la iniciativa contenida en el expediente 15-S.-2004, pues viola el artículo 10, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice así: 'El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la forma y la readaptación social de los penados.' Por su parte, el artículo 5º, inciso 6, del Pacto de San José de Costa Rica establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...".<sup>41</sup> También lo hizo la diputada Nilda Garré: "Las reformas que estamos discutiendo van a originar dictámenes vinculantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra nuestro país...De acuerdo con las normas superiores que nos rigen, la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional, en nuestro sistema si bien la pena tiene una finalidad retributiva también tiene un objetivo de resocialización o recuperación del*

<sup>40</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 1205-1206.

<sup>41</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1226.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*condenado y de prevención general y especial. Con estos proyectos estamos violando esos fines al desconocer nuestro sistema normativo constitucional e ignorar el principio de la progresividad de las penas. Como bien dijo un diputado en este recinto, estamos proponiendo la ley del Talión. Como no podemos condenar a muerte, decidimos aplicar un sistema por el que se resuelve el depósito eterno en las cárceles de algunos delincuentes. Sin duda, lo que hemos decidido es una forma de muerte civil para obviar la previsión constitucional y la de los tratados que rigen en relación con la pena de muerte...".<sup>42</sup>*

A favor del proyecto se pronunciaron la mayoría de los diputados. En esta línea, el diputado Federico Pinedo expresó: *"... estamos absolutamente consustanciados con la idea de no dar libertades anticipadas a delincuentes peligrosos, que ponen en peligro a los ciudadanos honestos de la República Argentina...Nos parece que es razonable que algunos delitos muy graves no generen libertad condicional...En el artículo 14 aparece un problema, consistente en que no se va a conceder libertad condicional en una cantidad de delitos de los que resultare la muerte. Y aquí también he consultado a los penalistas porque no soy ducho en esta materia. Les he preguntado qué quería decir "resultare" en el derecho penal. Quiere decir que no es lo que querían hacer sino que la muerte sucedió. Se ha incorporado en el dictamen de mayoría a esta modificación del artículo 14 el artículo 165, que es el robo del que resultare muerte...A lo mejor es razonable que estos delitos especialmente peligrosos por ser generadores de muerte tengan la condena de no ser merecedores de libertad condicional. A nuestro bloque le hubiera gustado que esto hubiese sido más estudiado y se hubiera consultado a especialistas. De todas maneras, parece razonable que no sean pasibles de libertad condicional los que mataren para ocultar otros delitos, los que mataren como resultado de abusos sexuales o como consecuencia de secuestros".<sup>43</sup> Mediza,*

<sup>42</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 1244-1245.

<sup>43</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 1251-1252.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

por su parte, señaló que *“...venimos hoy a sostener y a defender estas leyes sabiendo que la seguridad es una función indelegable del Estado y que todos debemos aportar para construir una política común, aunque hoy es una asignatura escasamente cumplida en la agenda política argentina. Los ciudadanos argentinos queremos vivir tranquilos. El Estado tiene la obligación de asegurar la vida, la libertad y los bienes de las personas...”*.<sup>44</sup> También el diputado Bonacorsi señaló que *“...el aumento de las penas no constituirá la solución del problema, pero aquí hay una sociedad que nos está diciendo que, más allá de la problemática de fondo y de la necesidad de generar políticas de Estado para terminar alguna vez acotando el problema de la inseguridad, no quiere seguir conviviendo con criminales irrecuperables...”*.<sup>45</sup> En el mismo sentido, el diputado por la provincia de Buenos Aires, José María Díaz Bancalari expresó que *“Muchas veces hemos escuchado que los derechos humanos protegen solamente a los delincuentes, pero esto no es cierto. Protegen a las víctimas. El primer valor a partir del cual se contribuyó a la sistemática de los derechos humanos es el valor seguridad. En efecto, el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, así como el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Bogotá, en el año 1944, prevén expresamente el derecho a la seguridad personal y dicen con toda claridad que los Estados parte deben tomar las medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades por ellas reconocidos, y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por la justa exigencia del bien común en una sociedad democrática. Entonces, señor presidente, si hablamos de*

<sup>44</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1265.

<sup>45</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1266.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*derechos humanos, hablemos del derecho a la seguridad de todos, que está resentido. Sabemos que éste no es el único método, pero no queremos que quede instalado el error que nos quieren hacer creer, en el sentido de que estas medidas no sirven. Sí sirven, porque la pena tiene su finalidad. De la misma manera que el delito agrede material y espiritualmente a la víctima, la pena tiene por finalidad reparar en lo que se pueda el daño y establecer el respeto a la ley para aquel que ha infringido el derecho. Para eso están el sistema penal y el sistema procesal argentinos. La Constitución establece que las cárceles no son para castigo sino para seguridad, pero los reos tienen que estar adentro; no dice que tienen que estar afuera, compartiendo alegremente la vida con los ciudadanos honestos, a quienes someten permanentemente a riesgos...”.<sup>46</sup>*

El diputado Fayad, opositor al proyecto, en el recinto expresó: *“...Tampoco es una preocupación menor el tema del indulto o de la reducción de penas. En el caso del indulto, ese resabio monárquico que conserva nuestra Constitución y en algunos casos las constituciones provinciales, que pueden conceder reducción de penas, se da de bruces con la intención que tenemos los legisladores en esta norma. Hacemos estas observaciones porque la norma puede acarrear el planteo de algún tipo de nulidad o declaración de inconstitucionalidad. Este artículo dice también que: ‘Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7, 124; 142 bis, anteúltimo párrafo; 165 y 170, anteúltimo párrafo.’ Aquí tenemos que detenernos necesariamente y desagregar de qué estamos hablando. Se ha establecido la categorización en base al carácter funcional que se puede tener en algunos tipos penales especiales, pero siempre la normativa penal se debe encontrar sujeta, entre otras cosas, al artículo 16 de la Constitución Nacional. Además, debe haber razonabilidad, es decir, la igualdad ante la ley, y lo razonable de su contenido. Entonces, si el nuestro no es un derecho que tiene en*

<sup>46</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1275.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*cuenta otros aspectos, como el año en que se produce, quién lo produce y por qué, quiero señalar que cuando remite al artículo 80, inciso 7, que es el homicidio calificado, dice: 'Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.' ¿Por qué lo aplicamos exclusivamente respecto de ese inciso y no lo aplicamos, por ejemplo, para el inciso 3, donde dice 'quien mate por precio o promesa remuneratoria', o para el inciso 4, que dice 'por placer, codicia, odio racial o religioso.' Mucha doctrina, como la de los doctores Mauricio y Godoy Lemos, coincide en que esto puede afectar la igualdad ante la ley, con lo cual los cuestionamientos por inconstitucionalidad de esta norma pueden ser graves. Me parece que estamos cambiando el sistema normativo penal, porque estamos alterando los objetivos que tiene como sistema general. No me pidan una propuesta concreta respecto del inciso 7 del artículo 80 del Código Penal. ¿Por qué el inciso 7 y no los otros incisos? Porque si nos vamos a atener al agravamiento puramente por las condiciones del delito, tendríamos que decir, en rigor de justicia, que a todos los delitos que merezcan la pena de prisión y reclusión perpetua les aplicamos esta normativa para otorgar la libertad condicional. Esto es razonable, de sentido común, y estamos tratando de no acarrear con esta norma futuras inconstitucionalidades. La reserva de la razonabilidad también está dada y contenida en los artículos 18 y 26 de la Constitución Nacional...".<sup>47</sup>*

*El diputado Johnson respondió al planteo de Fayad: "... el artículo 2° incorpora un nuevo párrafo al artículo 14...El texto que se agrega tiene la misma redacción que el remitido por el Senado respecto de los artículos mencionados por el señor diputado Fayad. En cada uno de ellos se ha mensurado que son delitos atroces, graves, sobre todo el artículo 80, inciso 7, pues quien comete ese*

<sup>47</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1279.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*delito manifiesta un olímpico desprecio por la vida, porque mata para cometer otro delito, para lograr la impunidad para él o un tercero o porque no logró el fin propuesto al tratar de cometer otro delito, es decir, es una muerte que resulta de la frustración...".<sup>48</sup>*

Asimismo, la diputada Falbo pidió la inserción dentro de las actas del debate parlamentario de una declaración enviada por los profesores y docentes del Departamento de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En lo que aquí interesa, la nota decía: *"...De nada sirve eliminar la libertad condicional para algunos delitos, cuando la mayor permanencia en prisión, tal como funciona actualmente nuestro sistema penitenciario, no conduce a los resultados buscados; cuando la libertad condicional en realidad puede funcionar mal en algunos casos debido a la falta de recursos institucionales, como en los patronatos de liberados que trabajan carentes de medios que les permitan cumplir con su función...".<sup>49</sup>*

En la discusión posterior desarrollada en el senado, el debate parlamentario giró en torno a los mismos ejes: necesidad de garantizar la seguridad y que ciertos delitos, cuyos autores revelaban un alto grado de peligrosidad, debían cumplir la pena impuesta en su totalidad, sin posibilidad de obtener la libertad condicional. Quienes se opusieron hicieron hincapié en la ineficacia de la reforma propuesta y la confusión de dos conceptos: el de la readaptación social con el de la extensión de la pena. *"...Si se necesita establecer una pena mayor, el juez la podrá imponer, pero no por eso hay que eliminar la posibilidad de que el reo tenga un proceso paulatino que no lo lleve de un día para el otro, como en las películas, a que se le abran las puertas y deba salir a la calle con su bolsito a ver si se puede integrar en la sociedad. Este es el sentido común de la libertad condicional..."* (de la intervención del senador Giustiniani).<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 1281.

<sup>49</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 1309-1310.

<sup>50</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, periodo 122º, 9ª reunión, 7ª sesión ordinaria, 5 de mayo de 2004, p. 103.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*h. Con respecto a la reforma del art. 56 bis, ley 24.660, el debate parlamentario del art. 2º de la ley 25.948 fue analizado por el juez Morin en su voto en la causa “Arancibia” ya citado. Allí se señaló que los diputados Ruckauf, Chiacchio, Rubini y Tulio, defensores de la reforma, afirmaron que “...(v)ista la inmensa cantidad de reincidencias en el caso de los delitos más aberrantes y la necesidad de proteger a los ciudadanos y ciudadanas del país, evitando la actual sensación de impunidad’, los legisladores tienen ‘la obligación de diseñar normas que permitan que quienes cometen delitos aberrantes o en su caso, los reiteran, sean excluidos del beneficio del cual actualmente gozan a través del sistema legal vigente, que resulta a todas claras permisivo y que habilita la concesión del que se ha dado en denominar como “régimen de salidas anticipadas o transitorias”. Asimismo, expusieron que la reforma ‘intenta acotar el ámbito de libertad decisoria en materia del citado régimen, privilegiando los intereses de los ciudadanos honestos, ello sin perjuicio de que se siga velando en sede carcelaria por la reinserción social de aquellos que han sido privados en forma fundada de su libertad’, que ‘(q)uienes incurran en la comisión de los denominados delitos “de sangre” no hallan de verse beneficiados con el régimen de salidas transitorias ni anticipadas, pues la naturaleza del delito en cuestión impone el más severo de los tratamientos para el delincuente”<sup>51</sup>.*

A su vez, el diputado Casanovas en los fundamentos de su proyecto refirió que “...no se trata de otra cosa que dar estricto acatamiento a la voluntad del legislador que estableció las severas penalidades aplicadas a esta clase de delincuentes en función de la jerarquía que asignó al bien jurídico que los mismos han avasallado”.<sup>52</sup> En cuanto al origen del proyecto, el mismo legislador señaló que “...en la provincia de Buenos Aires rige desde hace cuatro

<sup>51</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, periodo 122º, 5ª reunión, 4ª sesión ordinaria (especial), 7 de abril de 2004, p. 457.

<sup>52</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 458.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*años una ley que reproduce los artículos que aquí estamos promoviendo' y que 'tiene vigencia, pero aquellos jueces a los que no les gusta y que no reconocen a los poderes legislativos como órganos de la Constitución para fijar las políticas criminales, nos subrogan, declaran la inconstitucionalidad de las leyes que no les agradan y aplican en su jurisdicción la ley 24.660. (...) Son todos delitos aberrantes cuyos autores tendrán el mismo régimen de tratamiento penitenciario progresivo pero sin derecho a circular en sociedad hasta que cumplan su pena o les sea concedida la libertad condicional".<sup>53</sup>*

En el mismo sentido, el diputado Johnson refirió que la iniciativa venía *"...a satisfacer la necesidad de dar respuesta legal a hechos graves que informa la crónica diaria, que han sido cometidos por quienes se encontraban en estos períodos de libertad anticipada. Por otro lado, se trata de cumplir con la voluntad del legislador de que la pena se cumpla como corresponde y como ha sido programada por el Código Penal",* destacando que la modificación *"encuentra su justificación en el riesgo social que implica la liberación de estos condenados. La experiencia y la realidad indican que vuelven al delito con los mismos bríos que los llevaron a cometerlo..."<sup>54</sup>*

Por su parte, el diputado Díaz Bancalari expresó que dicha propuesta era *"...el inicio de la resolución de la problemática que la sociedad ha expuesto bien (...). El pueblo se encargó de trazar una línea bien clara: de un lado, los delincuentes; del otro, ciudadanos decentes (...). (N)o me digan que por aprobar una ley que impide la libertad anticipada de quienes cometen delitos aberrantes estamos infringiendo normas que hacen a los derechos humanos (... pues) son tan válidos los de los unos como los de los otros. Somos defensores de los derechos de unos y de otros, porque todos estamos sometidos a riesgo".<sup>55</sup>*

<sup>53</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 463-464.

<sup>54</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 461-462.

<sup>55</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 495.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Finalmente, el diputado Pinedo alegó que *“se trata de un proyecto que busca evitar que se deje en libertad anticipada a determinados delincuentes condenados por delitos graves. No me parece que sea un proyecto contrario a la razón o al sentido común. Parece bastante razonable que delincuentes de extrema peligrosidad cumplan sus condenas efectivamente en lugar de hacerlo por la mitad de su tiempo, accediendo a mecanismos que les permitan circular libremente...”*. *“...El proyecto que estamos considerando trata sobre los mecanismos de resocialización. Las salidas anticipadas y otros mecanismos de tratamiento de los reclusos deberían tender a la resocialización de los condenados y a su reinserción en una vida pacífica en sociedad. Pero esas leyes no pueden estar pensadas para la reinserción de delincuentes peligrosos que pueden volver a cometer delitos contra en la sociedad (...). Eso no es resocialización. Y no se trata de una maldad por parte de los señores diputados que pensamos de esa manera; no se trata de que los presos sufran más. En un momento tan crítico como el presente se debe tener cuidado con la libertad que excesivamente otorgan en forma anticipada jueces que han declarado inconstitucionales algunas leyes, o que simplemente no las aplican. Los bloques minoritarios que se han opuesto a la sanción de estas leyes han expuesto un argumento aparente, consistente en que con el aumento de penas o con estas limitaciones a la libertad anticipada no se acaba la inseguridad. Entonces, se concluye que no hay que aumentar las penas o no hay que impedir la libertad anticipada de criminales peligrosos. Esta es una falacia: que haya otras cosas que hacer no quiere decir que no haya que hacer estas cosas (...). Nosotros vamos a votar por la afirmativa esta iniciativa (...) porque creemos que puede contribuir a la disminución del delito, y estamos seguros de que no contribuirá a la agravación del delito (...). [...] Si el día de mañana tuviésemos cárceles, sistemas penitenciarios, sistemas de reclusión de menores, policía y seguridad maravillosos, seguramente podríamos modificar*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*este proyecto para volver atrás y ser más benignos en la liberación, pero mientras tanto preferimos que a nuestros hijos no los maten'...".<sup>56</sup>*

En contra del proyecto, en el voto del juez Morin se citaron las posiciones de otros diputados, quienes sostenían que una modificación de la ley 24.660 como la propuesta presentaba riesgos. Por ejemplo, *"...el diputado Moreau esgrimió '[...]que esto es humo, que no tiene sustento, que estará sometido a nulidades y a interpretaciones de los jueces [...]. Esta iniciativa no ha servido, y tampoco servirá en las condiciones en que habremos de sancionarla. Estamos dando satisfacción a una demanda legítima en términos éticos, pero que carece de eficacia práctica (...). [...] (L)a falla básica de todo esto es que no hay prevención, no hay investigación, no hay inteligencia; por lo tanto, no hay sentencia y, por ende, es absolutamente banal o superficial hablar de rehabilitaciones con mayor o menor grado de limitaciones para los jueces (...). Empezamos por el final. Empezamos por discutir si vamos a restringir o no las libertades condicionales y dejamos el resto del camino como está (...). No me parece que esto sea lo más racional, salvo que se busquen efectos mediáticos (...). [...] Además, si en la provincia de Buenos Aires el caso ha quedado (...) sometido a interpretaciones judiciales, con más razón va a ocurrir lo mismo ahora (...). [...]".<sup>57</sup>*

<sup>56</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 475-476.

<sup>57</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 464-469. En términos similares, se expresó la diputada Musa, quien sostuvo que "(e)stamos discutiendo un proyecto de ley de ejecución penal y no queremos establecer el diagnóstico (...). (N)os están copiando un proyecto fracasado, como fracasó la gestión de Ruckauf y la de Casanovas (...). (L)a Ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires no tuvo ningún éxito. Por eso es que vamos a votar esta iniciativa absolutamente en contra, exigiendo discutir una política de seguridad que la democracia y nosotros merecemos" (ps. 472-473). También, el diputado Costa, que afirmó que en la provincia de Buenos Aires *"...desgraciadamente es donde tenemos más problemas de inseguridad; desafortunadamente, de esa provincia proviene el proyecto que se está tratando. Es un proyecto que se aprobó –y por eso digo que a veces hay que hacerse cargo– el 16 de noviembre de 2000, y la Alianza era mayoría en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Dimos la posibilidad de que este tema se tratase porque el gobernador dijo que era un tema de Estado. Le planteamos claramente que no iba a dar resultado. Los cuatro años pasaron y eso fue lo que sucedió. Hoy, los mismos autores de ese proyecto quieren que se equivoque toda la Nación (...). ¿Vamos a decir que en la Argentina todo pasa por aumentar o no las penas cuando no tenemos una política concreta de Estado, no sólo para el tema de la seguridad sino también para prevenir hechos delictivos? (...). Debemos ser sinceros. Con lo que aquí se quiere votar no se soluciona el problema de la inseguridad en el país. Es necesario tener*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

*“...En la misma línea, el diputado Monteagudo sostuvo que ‘(a)unque esto pueda resultar hasta irrisorio, a mí me da la sensación de que estamos a un paso de asistir al funeral del derecho argentino. Estamos al borde de plantear el acta de defunción de lo que fue para la República Argentina el criterio de rehabilitación. Hoy decíamos –más temprano– que aquí falta rigor científico. La criminología existe para eso y no para que cada uno diga lo que le plazca [...]. No puede ser que se borre de golpe un historial, una trayectoria y un antecedente de lo que ha sido la doctrina argentina. [...] Me sorprende que del bloque Justicialista haya salido ese tipo de proposiciones que echan por tierra la concepción del derecho penal argentino y de lo que significa el criterio de rehabilitación. [...]”<sup>58</sup>*

Por su parte, y en los mismos términos la diputada Panzoni expresó que *“...aquí se dijo en varias oportunidades que la legislación penal por sí misma no garantiza una política de seguridad, entendida ésta con criterio de integralidad. Lo que sí debemos entender es que si bien no justifica, no comprende, no abarca por sí sola una política de seguridad y mucho menos una política de Estado, lo que sí puede perjudicar es el manoseo permanente –llevado por la urgencia– de los códigos de fondo, de los códigos de procedimientos y de los códigos de ejecución penal, y ni que hablar cuando esto se hace generando una mezcla que trae consecuencias total y definitivamente explosivas, conspirando contra la posibilidad de tener una política criminal y mucho más contra la posibilidad de contar con una política de Estado. [...] Aquí se ha dicho bien que hace cuatro años que este proyecto que hoy está analizando la Cámara de Diputados de la Nación es ley en la provincia de Buenos Aires [...]. Y si cuatro años no es un tiempo suficiente para que entendamos que no resulta ir por el endurecimiento de las penas, de las condiciones para la excarcelación –como se trató oportunamente en la provincia de*

*un proyecto integral para toda la Nación (...)*” (p. 483).

<sup>58</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 376-377.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*Buenos Aires– y de las condiciones que determinan los códigos de ejecución para acceder a la libertad condicional y a los beneficios establecidos, ningún tiempo lo será. [...]*<sup>59</sup>

Por último, la diputada Margarita Stolbizer manifestó que *“...estamos reiterando la falacia de querer hacer creer que el problema de la seguridad se debe a la lenidad del sistema penal. Es hipócrita y es una mentira plantear a la sociedad que la solución a sus problemas pasa en este momento por las leyes que estamos sancionando.<sup>60</sup> [...] Debemos ser claros en la denuncia de inconstitucionalidad que tiene esta iniciativa, pues es una norma que restringe las garantías de nuestra Carta Magna. Se debe superar la discusión sobre la existencia o no de garantismo, porque en la Argentina la garantía reside en la Constitución Nacional. Por lo tanto, cualquier norma restrictiva de las garantías que están establecidas en la Constitución Nacional y en los pactos que forman parte del orden jurídico supranacional, es lisa y llanamente inconstitucional. [...] Crear nuevos tipos penales, aumentar penas y limitar excarcelaciones no sirve si no hay esclarecimientos y condenas. (...) Es un error usar el sistema penal para hacer política carcelaria. También lo es pensar que ésta es la única herramienta o respuesta que tenemos frente a un problema tan grave y estructural como el nuestro. [...]*<sup>61</sup>

Así y tras el debate parlamentario, el art. 14, CP, quedó redactado de la siguiente forma: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos*

<sup>59</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 479-480. En el mismo sentido, el diputado Jano sostenía que “(n)o hay forma de que podamos apoyar la misma metodología para que tengamos que transitar en el orden nacional el mismo camino que se transitó en la provincia de Buenos Aires, como si hubiese sido exitoso” (p. 481).

<sup>60</sup> En el mismo sentido, la diputada Falbo señaló que *“...se sostiene que endureciendo las penas vamos a tener más seguridad. En realidad, eso es minimizar el reclamo. El clamor popular que mostró la población tenía por objetivo un requerimiento de más justicia y seguridad. Si interpretamos esto como la exigencia de votar más proyectos de ley o endurecer las penas estaremos equivocando el camino. (...) No basta con endurecer las penas; también hay que atacar los problemas de fondo...”* (p. 493).

<sup>61</sup> Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, ps. 491-493.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*previstos en los arts. 80, inc. 7º, 124, 142 bis, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo.”*

Por su parte, el art. 56 bis, ley 24.660 estableció: *“No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el periodo de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1. Homicidio agravado previsto en el art. 80 inc. 7º, del Código penal. 2. Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el art. 124 del Código penal. 3. Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código penal. 4. Homicidio en ocasión de robo, previsto en el art. 165 del Código penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los arts. 35, 54 y concordantes de la presente ley.”*

La nueva regla repercute directamente en el art. 15, ley 24.660, en tanto establece que el periodo de prueba comprende sucesivamente: *“...a) la incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de semilibertad.”*

**i.** A modo de resumen, puede decirse que los argumentos centrales de ambas modificaciones legislativas estuvieron, por un lado, en la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos; y, por el otro, la peligrosidad que revelaban los autores de ciertos delitos, lo que obligaba a que cumplieran la totalidad de las penas impuestas sin posibilidad de gozar ninguna clase de egreso anticipado: para ellos, se prohibieron la libertad condicional, las salidas transitorias y





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

la libertad asistida. También se advierte en el debate parlamentario una crítica y puesta en duda del objetivo resocializador en la ejecución de la pena privativa de la libertad y un énfasis en su fracaso práctico. De allí que, entre otras razones adicionales, se sostuvo que la prohibición de egresos anticipados para los autores de ciertos delitos se establecía para garantizarles que no sean lanzados “...nuevamente a las calles sin elementos que les permitan hacer frente a su situación...” (así se lee en los fundamentos del proyecto del senador Pichetto, punto e, 3 y 4). En algún caso, se sostuvo además la posibilidad de suplantar la libertad condicional por el indulto o la conmutación de penas. También, algunos legisladores expresaron que las prohibiciones se circunscribían a los delitos en los que efectivamente se produjera la muerte de las víctimas, lo que parecería indicar que se pensó dejar fuera del alcance de estas reglas nuevas los casos de tentativa.

La prohibición de salidas anticipadas para ciertos delitos no fue acompañada por ninguna reforma del régimen penitenciario que hiciera hincapié en este grupo de autores como sí se hizo, por ejemplo, con la ley 26.813 (que reformó cuestiones relativas al régimen de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual), la cual modificó los arts. 17, 19, 27, 28, 45, 54 y 56 *ter*, ley 24.660. De manera general, del debate parlamentario se aprecia que si bien el legislador de 2004 advirtió la crisis del sistema penitenciario y se criticó el fin resocializador de la ejecución de la pena privativa de la libertad, no se lo reemplazó por ningún otro, porque quedaron en pie las reglas de la ley 24.660 que así lo establecen, según se analizará en los puntos siguientes.

Asimismo, y pese a que muchos legisladores hicieron hincapié en las fallas estructurales del sistema penal en general, las reformas de las leyes de fondo y de ejecución de la pena no fueron acompañadas por otras que tendieran a resolver aquel problema.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

En cuanto a la exigencia y necesidad de sancionar estas reformas, el debate, salvo la inclusión de una estadística general sobre los delitos, no estuvo acompañado de datos empíricos concretos que explicaran la situación político - criminal existente y fundaran los alcances de la reforma ni tampoco se contó con los estudios prácticos que avalaran las afirmaciones sobre cierta clase de delincuentes, quizás como consecuencia de una falencia general en nuestro país en esta materia, que aquí se aprecia con claridad. En este aspecto, señala Edgardo A. DONNA que en la Argentina “...*(n)no hay un programa de política criminal que tenga un contenido con una mirada a 20 años adelante, como mínimo. No hay una Criminología basada en hechos que ayuden en su elaboración. Ni menos aún un estudio serio de campo que informe sobre lo que hay, para poder decir lo que debe ser. Todas son palabras, en un país donde la palabra no cuenta...*”.<sup>62</sup>

4. La doctrina y parte de la jurisprudencia se pronunció en contra de este conjunto de reformas. Así, Julio MAIER afirmó que estas nuevas reglas amenazaban con “...*interrumpir y finalizar, en nuestro país, más de dos siglos de trabajo humanitario universal sobre esta materia jurídica desde su creación, esto es, no sólo desde la aparición de la pena estatal, sino, antes bien, desde la aparición de la regulación jurídica de la pena estatal, un fenómeno propio del Estado de Derecho, propuesto, a su vez, por la Ilustración y el liberalismo político...*”.<sup>63</sup> Las críticas se orientaron en la misma dirección de la nota enviada por el Departamento de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires ya citada,<sup>64</sup> lo que marca una clara dicotomía entre la valoración social de la pena y la del mundo académico. Por un lado, los legisladores destacaron el papel esencial de la pena para resolver diferentes problemas, lo que

<sup>62</sup> Cfr. autor citado, *Prólogo*, en *Reformas Penales*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 10.

<sup>63</sup> Cfr. autor citado, *Blumbergstrafrecht*, “Nueva Doctrina Penal”, t. 2004/B, ps. I a VI.

<sup>64</sup> En el mismo sentido crítico, cfr. José Daniel Cesano, *Introducción: el expansionismo penal como nota distintiva de la política criminal reciente*, en Gustavo Aboso (coordinador) *Reformas al Código penal*, B. de F., Buenos Aires – Montevideo, 2005, ps. 1 – 36; Carlos Alberto ELBERT, *Inseguridad, víctimas y victimarios. Argentina 2001 / 2007*, B. de F., Buenos Aires – Montevideo, 2007, en particular, Capítulo IX, “Síntesis y conclusiones”, ps. 235 y sigs.; Daniel PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2005;





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

condujo a distintos autores a considerar que el Derecho penal se había convertido en un “sanalotodo social”,<sup>65</sup> un remedio para todos los sufrimientos sociales insuficientemente administrado. Por otro lado y desde otra perspectiva, se afirmó que todo el proceso de modificación penal reseñado (punto 3, d) era “...*junto con la reforma de los decretos – leyes de 1976, en adelante...la peor de las reformas realizadas en nuestro país, y no sólo por el problema de la falta de coherencia de las penas, sino por la falta de precisión en el idioma, la falta de lógica, la acientificidad, la ingenuidad y el espíritu de venganza que ha reinado en todo el contexto de este nuevo ‘sistema’...*”.<sup>66</sup>

En lo que se refiere a las dos reglas aquí cuestionadas, distintos tribunales se pronunciaron sobre el contenido del segundo supuesto del art. 14, CP y el art. 56 *bis*, ley 24.660. Varios de ellos se inclinaron por la inconstitucionalidad de estas reglas.

De esta forma, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa 675 / 2013, “**Soto Trinidad**” del 20.12.2013, por mayoría (jueces Hornos y Gemignani; disidencia del juez Borinsky) consideró inconstitucional el art. 56 *bis*, ley 24.660, por considerar que dicha regla vulnera los principios constitucionales de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad (la resocialización) y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial para aquel fin (arts. 1, 16, 28 y 75, inc. 22, CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP; cfr. el punto III, voto del juez Hornos).<sup>67</sup>

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en pleno, declaró la inconstitucionalidad de los

<sup>65</sup> Cfr. Julio B. J. MAIER, *La esquizofrenia del derecho penal*, en *Contornos y pliegues del Derecho – Homenaje a Roberto Bergalli*, ps. 295 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. Edgardo Alberto DONNA, *Prólogo*, en *Reformas penales - II*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 9.

<sup>67</sup> En el mismo sentido fue resuelta la causa “Lemes”, del 6.03.2015, registro n° 288 / 2015.4, jueces Hornos, Borinsky y Gemignani.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

arts. 14, segundo supuesto, CP, y del art. 56 *bis*, ley 24.660 (sentencia n° 434 del 29.09.2015). En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro declaró la inconstitucionalidad del inc. 4° del art. 56 *bis*, ley 24.660 en la causa “P.,G.I. s/ incidente de ejecución de pena s/ casación”, expediente n° 27027, sentencia del 7.10.2014. Entre otras cosas, allí se dijo que si “...*el legislador quería salvaguardar la constitucionalidad de las disposiciones del art. 56 bis de la ley 24.660 – tarea previa e ineludible en todo obrar legisferante -, debió también haber modificado, adaptado o incluso permutado por otro, el principio rector general conceptual de aquella ley, cual es la resocialización del condenado detenido, lo cual no hizo, y por dicha omisión legislativa es que el Poder Judicial se ve ahora compelido a actuar al respecto. Si la resocialización ‘... comprende el proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que este pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo pretérito y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras, con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley penal en lo sucesivo...’, no mucho esfuerzo es necesario realizar para advertir que no es posible – como en el caso – prohibir las medidas instrumentales tendientes a llevar adelante aquel proceso de reinserción social...’.*”<sup>68</sup>

Por su parte, la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de Rosario, el 27.12.2012, en la causa “B., M.L. s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias”, consideró constitucional, por mayoría, el art. 56 *bis*, ley 24.660.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Del voto del juez Barotto, que integró la mayoría. La sentencia ha sido tomada de la revista electrónica [www.eldial.com](http://www.eldial.com), documento elDial.com – AX28F9, donde se citó a Luis Raúl GILLAMONDEGUI, *Resocialización y Libertad*, Editorial B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2010, p. 13.

<sup>69</sup> La sentencia con el comentario de Patricio Nicolás SABADINI, se encuentra publicada en La Ley Litoral, abril 2013, p. 339 y sigs., cita online: AR/JUR/78398/2012.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

En lo que hace a la doctrina, también se pronunció críticamente sobre estas reformas por su dudosa constitucionalidad.<sup>70</sup>

### **5. Los objetivos de las reformas de los arts. 14, CP y la introducción del art. 56 bis, ley 24.660. Valoración crítica**

a. El principal problema que se intentó resolver con la sanción de estas modificaciones, el de la inseguridad, es desde el punto de vista empírico improbable. Como se anticipó, el legislador de 2004 no evaluó datos que permitieran afirmar que el endurecimiento de las condiciones de ejecución de la pena privativa de la libertad condujera a una reducción de la tasa de delitos graves, dato del que tampoco se disponía. No se mencionaron estadísticas en el debate parlamentario y hoy, pese a muchos trabajos en ese sentido,<sup>71</sup> no se encuentran datos fiables que permitan analizar la evolución de las tasas de delitos en nuestro país; incluso, algunas de esas estadísticas muestran que en 2004, por ejemplo, ya se registraba una baja de la tasa de homicidios registrados en comparación con los datos de los años 2001 – 2002, donde se registró el pico máximo.<sup>72</sup>

De todos modos, la cuestión empírica no puede ser decisiva tanto sea para fundar la legitimidad de una regla como para negarla, porque cualquier cambio de la realidad inclinaría la balanza

<sup>70</sup> Cfr. José Daniel CESANO, *El nuevo régimen de la libertad condicional (ley 25.982)*, en Gustavo ABOSO (coordinador) *Reformas al Código penal*, op. cit., ps. 295 – 334, en particular, ps. 323 – 325; Javier Esteban DE LA FUENTE / Mariana SALDUNA, *Ejecución penal. Reforma de los arts. 13, 14 y 15 del Código penal*, en *Reformas penales*, op. cit., ps. 27 – 42; Inés CANTISANI, *Ejecución de la pena privativa de la libertad: incorporación del artículo 56 bis a la ley 24.660 (modificaciones introducidas por la ley 25.948)*, en *Reformas Penales – II*, op. cit., ps. 229 – 235; Pablo CORBO, *Leyes ad – hoc que contradicen el programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y comprometen la responsabilidad internacional del Estado argentino*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo – Perrot, año 2005, n° 8, p. 208 y sigs., cita online AP/DOC/3703/2012; Guillermo Luis R. GUILLAMONDEGUI, *La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho*, JA 2006 – III, p. 1246 y sigs.; Santiago MARTÍNEZ, *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892*, *Revista de Derecho Penal* 2006, vol. 1, p. 58 y sigs. documento Abeledo – Perrot AP/DOC/3443/2012.

<sup>71</sup> Cfr. Gregorio KAMINSKY / Darío KOVSOVSKY / Gabriel KESSLER, *El delito en la argentina post – crisis. Aportes para la comprensión de las estadísticas pública y el desarrollo institucional*, Friedrich Ebert Stiftung, Buenos Aires, 2007; Procuración General de la Nación, *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006; Gabriel KESSLER, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.

<sup>72</sup> Cfr. Mariano H. GUTIÉRREZ, *Trazos para delinear el ‘populismo punitivo’ en el caso argentino*, en Mariano H. GUTIÉRREZ (compilador), *Populismo punitivo*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2011, estadísticas de ps. 99 y sigs.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

hacia uno u otro lado, variando la legitimidad del sistema.<sup>73</sup> Aquí se observa un problema general de cualquier regla que base su validez exclusivamente en datos empíricos: las conclusiones derivadas de éstos dependen de una situación del mundo y por lo tanto son *contingentes*, porque no solo nuestro conocimiento de aquél, sino ya el propio mundo, como tal, se encuentra en cambio permanente. Otra debilidad congénita de esta clase de argumentos, que también la comparte con cualquier juicio empírico de eficiencia, es aquél que Luis GRECO denomina del *punto ciego*:<sup>74</sup> si lo que interesa es, apenas, la maximización de estados de hecho valiosos (aquí, la afirmación de que prohibiendo egresos anticipados en la ejecución de la pena se obtendrá mayor seguridad), no se tienen en cuenta derechos de imposible ponderación. Tales derechos se reducen a meros “contra – intereses”<sup>75</sup> que tienen que ser respetados en cuanto no hay un número suficientemente grande de personas con un interés fuerte en sentido contrario. Lo que termina ocurriendo es que el individuo no tiene ni la primera ni la última palabra, aspecto inherente a otras teorías parcialmente empíricas, como la del bien jurídico.<sup>76</sup> Esto significa, en definitiva, que al individuo no se lo respeta por sí mismo, sino únicamente porque estamos dispuestos a soportar los costos de ese respeto.

De allí que para la solución del caso planteado, deba recurrirse al análisis normativo de las reglas cuestionadas, en particular, su conformidad con el principio de igualdad (razonabilidad y proporcionalidad de la distinción), su coherencia con respecto al programa de ejecución y al ideal resocializador plasmado en la ley 24.660.

<sup>73</sup> Cfr. Luis GRECO, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 102 y sigs.

<sup>74</sup> Cfr. autor y op. cit., p. 103.

<sup>75</sup> Cfr. Luis GRECO, op. cit., p. 104, nota 4 donde se cita a *Schaffstein*, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht (“Sobre la problemática de la construcción teleológica de conceptos”, en: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt, 1936, p. 49 y sigs. (p. 56 y sigs., p. 64).

<sup>76</sup> Cfr. Luis GRECO, op. cit., p. 104.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

b. Tal como se señaló previamente y en los precedentes “**Altamirano**”<sup>77</sup> y “**Medina**”, la sanción de la ley 24.660 consagró, entre otros principios básicos, el fin de la resocialización en la ejecución de la pena<sup>78</sup> (art. 1) y el control judicial de esta etapa (arts. 3 y 4), en consonancia con los arts. 5.6 (CADH) y 10.3 del (PIDCyP). De esta manera, se estableció un régimen progresivo, en el cual el interno, de acuerdo con la calificación de su conducta durante el encierro, avanza en diferentes etapas hasta recuperar su libertad. Como aspecto positivo, la ley optó por un sistema flexible del contenido de la pena privativa de la libertad, de acuerdo con las características y necesidades de cada condenado. Como se dijo, y en lo que se refiere al trato de los internos, el art. 8 establece una regla hermenéutica clara: “...las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. **Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado**” (el destacado nos pertenece).

Ahora bien, según se ha resumido, el legislador de 2004 decidió establecer una nueva categoría de condenados, basada en la peligrosidad que sus actos revelaban, sin derecho a egresos anticipados, pese a lo cual se sostuvo que, de todos modos, ellos podían alcanzar los fines de la resocialización con solo mantenerse en el régimen intramuros (criterio también sostenido por el juez *a quo* de acuerdo con lo dicho en el punto 1, c, de este voto).

Sin embargo, este criterio es incompatible con el art. 8, ley 24.660 mencionado y con el principio de resocialización, pues introduce una contradicción insalvable. Si se establece un régimen progresivo de la ejecución de la pena, las salidas anticipadas cumplen

<sup>77</sup> Sentencia del 26.05.2015, Sala II, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 100/2015.

<sup>78</sup> En sintonía con lo establecido por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Resoluciones 663 del 31.07.1957; 2076 del 13.05.1977 y 1984/47 del 25 de mayo de 1984; cfr. Marcos Salt, en Iñaki Rivera Beiras / Marcos Gabriel Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 170, nota 35).







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

un papel fundamental, pues no sólo persiguen impedir que el interno se encuentre en libertad de manera abrupta, sin un periodo previo de adaptación, sino que constituyen un buen motivo para esforzarse dentro del tratamiento que se les asigna (más allá de las críticas que pueden recibir las ideologías resocializadoras).

En este aspecto, la fijación de periodos que parten de mínimos muy elevados de cumplimiento de la pena resultan inconciliables con la idea de resocialización: las sanciones de larga duración, privativas de la libertad, tienen efectos muy graves sobre la personalidad del interno<sup>79</sup> y conducen a apartarlo de la sociedad. Desde otra perspectiva, la falta de egresos anticipados se traduce en la existencia de un obstáculo objetivo, independiente de la voluntad del penado, con lo cual desaparece cualquier incentivo que el interno pueda subjetivamente percibir para desarrollar esfuerzos dirigidos al logro de ciertos objetivos.

Esta descripción se enmarca en el llamado *derecho a la esperanza* elaborado por la jurisprudencia constitucional alemana, luego recogido por el legislador de ese país<sup>80</sup> y finalmente también aceptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consistente en la posibilidad de que a través de su esfuerzo pueda alcanzar algún tipo de beneficio dentro y fuera del establecimiento carcelario. Tiene dos aspectos: uno *de iure*, asentado en la posibilidad legal de contar con la posibilidad de liberación anticipada; y *de facto*, consistente en

<sup>79</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 21, enero – junio 2014, p. 311.

<sup>80</sup> La expresión “derecho a la esperanza” surge de la decisión del Tribunal Constitucional alemán (del 21 de junio de 1977) en la cual, si bien reconoció que la pena perpetua era compatible con la Ley Fundamental (GG) derivó del principio de la dignidad humana (art. 1, primer párrafo, GG) que el condenado debía conservar la posibilidad de alcanzar la libertad en algún momento (cfr. tribunal citado, BVfGE 45, 187, 229, 239). Esta sentencia ejerció una fuerte influencia, al punto que determinó la reforma legislativa de 1981 que introdujo el § 57 a del Código penal alemán (StGB); cfr. Uts KINDHÄUDSER, *Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, 2010, p. 380 y sigs.; luego fue incorporado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; cfr. Thomas VORMBAUN, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (“Introducción en la historia moderna del Derecho penal”), Springer, Berlin, 2009, ps. 246 – 247; Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 2015, núm. 17 – 20, ps. 4 – 5, en particular nota 8.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

los mecanismos procesales de revisión de la situación del condenado.<sup>81</sup>

Este *derecho a la esperanza*, elaborado para los casos de prisión perpetua y de muy larga duración, resulta aplicable para los delitos contemplados en los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 bis, ley 24.660, por las escalas penales que prevén. Es que más allá de que los Estados pueden tomar medidas para proteger a sus ciudadanos (como buscó hacerlo el legislador argentino de 2004), e incluso establecer penas de duración indeterminada aceptadas en el sistema europeo, hay acuerdo en que una forma tal de privación de la libertad *“...es absolutamente incompatible con el principio de resocialización y que representa una pena inhumana (contraria al art. 3 CEDH) si no se da al recluso un horizonte de liberación...”*.<sup>82</sup> En función de esta premisa, la jurisprudencia europea sobre derechos humanos ha buscado conciliar los elementos retributivos de la pena con los fines preventivos especiales positivos y negativos que se le asignan. De esta manera *“...cuando se haya cumplido el elemento de castigo de la condena el recluso sólo podrá seguir siendo privado de libertad en función de su peligrosidad (art. 3 CEDH). Como la circunstancia de la peligrosidad es cambiante es necesario que existe la posibilidad de que se revise para comprobar si se ha reducido, y que ya no fuera necesario mantener al sujeto en prisión. Estos instrumentos de revisión deben estar sometidos a requisitos y plazos concretos, con un proceso predeterminado. Se consideran, por tanto, inadecuados mecanismos sometidos a dosis de arbitrariedad e indeterminación, como la gracia o el indulto, que no cumplen estas exigencias...”*.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Cfr. Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, op. cit., ps. 9 – 10.

<sup>82</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, op. cit., p. 311. En la nota 7 se citan las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Léger c. Francia del 11.04.2006; Iorgov c. Bulgaria del 02.09.2010; Vinter y otros c. RU del 9.07.2013; Murray c. Países Bajos del 10.12.2013.

<sup>83</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, *¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma*, op. cit., p. 312. Sobre la necesidad de revisión se citaron las siguientes sentencias del TEDH: Hussain c. Reino Unido del 21.02.1996; Stafford c. Reino Unido del 25.05.2002; Waite c. Reino Unido del 10.12.2002, entre otras.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Por otro lado, la sanción de las leyes que modificaron el art. 14, CP e introdujeron el art. 56 *bis*, ley 24.660, partió de la idea de la *peligrosidad* que revelaba la comisión de ciertos delitos, lo que condujo necesariamente a afirmar la necesidad de que la pena se cumpliera íntegramente en un establecimiento carcelario y que ello sólo bastaba para cumplir con el ideal de la resocialización. Nuevamente nos encontramos ante una afirmación empírica de la que no puede afirmarse su validez en todos los casos. No caben dudas de que ciertos hechos revelan un altísimo grado de disvalor, tanto por la acción realizada como por la extensión de los daños causados, que deben reflejarse en la medición de la pena, limitada por la culpabilidad del autor; para ellos, incluso el legislador puede establecer una sanción más grave. La pena, según las teorías de la unión, tiene diversos fines en distintos momentos. De esta manera, la medición de la pena recepta fines retributivos al disponer el art. 41, CP, que algunos de los parámetros para agravarla o atenuarla son la “...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados...”. Pero debe quedar claro que por los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino y las reglas de derecho interno vigentes, *el fin resocializador es el que rige en la ejecución de la pena privativa de la libertad*. Sin ingresar aquí en la polémica con las tesis peligrosistas, lo cierto es que siempre la resocialización implica un *pronóstico*, al cual estarán atadas ineludiblemente las teorías preventivas especiales, que invariablemente necesitan una evaluación en cada caso concreto de cómo se comportó el interno para establecer cómo se conducirá en el futuro.<sup>84</sup> De allí que sea imposible hacer evaluaciones generales y agravar por anticipado la forma en que se ejecuta la pena.

<sup>84</sup> Cfr. Patricia S. ZIFFER, *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. El caso “Fermín Ramírez”*, en Daniel PASTOR (director) / Nicolás GUZMÁN, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 481 – 496.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

De esta manera, la definición de la resocialización como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad determina, necesariamente, analizar el avance producido durante la aplicación del tratamiento penitenciario y establecer qué perspectivas se plantean con respecto al comportamiento futuro del interno, lo que a su vez implica realizar un pronóstico sobre el porvenir, imprescindible e inevitable si se pretende alcanzar aquel objetivo. Así se señaló en diversos precedentes, en los que se confirmaron las decisiones tomadas por el juez de ejecución: “Gómez”<sup>85</sup>, “Pisarro”<sup>86</sup>, “Baglioni”<sup>87</sup>, “Sánchez”<sup>88</sup>, “Tapia”<sup>89</sup>, “Salvador”<sup>90</sup>. En éste último se dijo que el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad se ha diseñado “...en pos de procurar una adecuada reinserción social del interno (ver art. 1, ley 24.660), motivo por el cual la ponderación de los elementos efectuada para considerar la existencia de un grave riesgo para sí o para terceros no constituye una errónea aplicación de la ley sustantiva ni resulta arbitraria...”. También se afirmó que “...la valoración de la evolución de un interno dentro de un programa específico para condenados por delitos contra la integridad sexual, el mismo queda incluido dentro de las previsiones del art. 1, ley 24.660, en tanto se interprete que se trata de un instrumento para procurar la reinserción social del interno, quien puede aceptarlo o rechazarlo (art. 5, ley citada). En efecto, y como se señala en la decisión recurrida, la circunstancia de que el interno se someta voluntariamente a este dispositivo no impide que se tome en cuenta la predisposición o el rechazo del imputado al tratamiento que se diseña en el plan de ejecución de la pena privativa de libertad...”

“...Por lo demás...la denegación de la libertad asistida fundada en

<sup>85</sup> Sentencia del 11.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 325/2015.

<sup>86</sup> Sentencia del 24.09.2015, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 484/2015.

<sup>87</sup> Sentencia del 15.01.2016, Sala de FERIA, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 16/2016.

<sup>88</sup> Sentencia del 15.01.2016, Sala de FERIA, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 25/2016.

<sup>89</sup> Sentencia del 22.02.2016, Sala de FERIA, jueces García, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 110/2016.

<sup>90</sup> Sentencia del 23.02.2016, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 117/2015.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

*el avance y resultados del tratamiento individual del interno teniendo en consideración la naturaleza propia del delito por el cual fue condenado tiene base legal no sólo en el art. 1, ley 24.660 sino también en el art. 56 ter...en tanto establece que en todos los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 CP '...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...'*, lo que descartaba una afectación a los principios de igualdad y legalidad.

En definitiva, en estos precedentes se sostuvo la legitimidad de que los parlamentarios establezcan un tratamiento diferenciado para ciertos delitos, basados en las características del hecho juzgado. Sin embargo, lo que excede el marco de competencias del legislador es instaurar un sistema donde presume la peligrosidad del autor, impide cualquier egreso anticipado, no establece un tratamiento específico para esos casos y contradice reglas expresas del mismo régimen que prohíben establecer distinciones de esa clase entre los penados. Introducir una nueva categoría de condenados de esta especie implicaba aceptar el fracaso del sistema que contaba con un régimen de salidas anticipadas para *todos* los internos, y consecuentemente, *diseñar otro*, tal como se hizo posteriormente con los acusados por delitos contra la integridad sexual (ley 26.813), de acuerdo con lo analizado en los párrafos anteriores. Sin embargo, nada de esto se hizo y lo único que se buscó, en definitiva, es que los condenados por ciertos delitos *cumplan la totalidad de la condena sin ninguna posibilidad de obtener una salida anticipada para neutralizar el peligro que se supuso representaban*.

En línea con esta concepción, en la sentencia recurrida se afirmó que el legislador ya había establecido otra categoría de penados, los reincidentes, los cuales no podían acceder a la libertad condicional; además, de acuerdo con las penas impuestas, existían





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

diversos plazos para acceder a los egresos anticipados. Sin embargo, el magistrado de la instancia anterior omitió considerar que los únicos internos que no gozan de ningún tipo de salida son aquellos que cometieron los delitos previstos en los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 *bis*, ley 24.660. En este sentido, incluso quienes aceptan la constitucionalidad de la reincidencia como forma de agravación del cumplimiento de la pena, reconocen que en la génesis de la sanción del régimen de la libertad asistida justamente estuvo la intención de evitar el regreso definitivo al medio libre de internos sin ningún contacto previo con el medio social. De esta manera, quien ha sido declarado reincidente, puede al menos obtener la libertad asistida, si cumple con los requisitos legales. Así, la afirmación del magistrado sobre esta cuestión carece de una fundamentación adecuada.

A manera de conclusión sobre este punto, se puede afirmar que incluso en los sistemas que reconocen la posibilidad de establecer penas de larga duración, en algún momento, el interno debe tener la posibilidad de recuperar su libertad anticipadamente sobre la base de la revisión objetiva de su situación. No se trata de que *deba* tener un ingreso anticipado antes de agotar la pena, sino que *pueda* acceder a esa posibilidad sobre la base de su esfuerzo.

c. La Corte Suprema analizó el principio de igualdad en algunos casos que si bien no son jurídicamente análogos a los aquí debatidos, presentan puntos de contacto que permiten aplicar aquí los argumentos allí utilizados. En el caso “**Nápoli**” (Fallos: 321: 3630) se dijo que *“...la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas – por más aberrantes que puedan ser – como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y*



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada...". Asimismo, en el caso "Veliz" (sentencia del 15.06.2010, expediente V.210.XLI) se señaló que: "...no resulta factible aceptar una disposición que no sólo contraría la naturaleza de la ley que integra sino que también supone para ciertas hipótesis delictivas la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende..." (considerando 13). Se agregó que "...la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5...". El art. 10 de la ley 24.390 "...termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental..."; "...en consecuencia, la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional)...puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida...".*

Asimismo, la Corte Suprema citó a la Corte IDH en el caso "**Suárez Rosero**" (sentencia del 12.11.1997), en el que sostuvo "*...que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpad...*" (párrafo 98).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

En el derecho comparado, algunos autores afirman que a partir del caso “Clift contra Reino Unido” existe una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos renuente a aceptar un trato diferenciado de grupos de presos basado en la gravedad de los delitos cometidos, sin consideración de los casos individuales. En aquellos supuestos, se realiza un control de la razonabilidad del diferente estatus jurídico asignado a los condenados, que no se satisface con la mera referencia a que su origen se basa en delitos distintos. Debe existir un control individual de cada caso, basado en las circunstancias de un delito individual y no de una clase general, “...proscribiéndose de esa manera políticas de bloque o colectivas...”.<sup>91</sup>

6. Como se ha dicho previamente, los legisladores de 2004 consideraron que la resocialización se podía alcanzar sólo con cumplir la pena completa y sin ningún egreso anticipado (criterio compartido por el juez *a quo*, punto 1, c), lo que implica que los institutos carcelarios debían contar con los medios necesarios para lograr un fin que así se vislumbra más dificultoso. La realidad de nuestro país muestra que poco y nada se avanzó en los problemas estructurales que se denunciaron en los debates parlamentarios de 2004 con respecto al estado de las cárceles y las condiciones en que se ejecuta la pena de prisión. Aquí para comprobar la situación actual de las prisiones argentinas basta con remitirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema, las sentencias de otros tribunales extranjeros, los informes de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) del Ministerio Público Fiscal (reproducidos en los medios gráficos), de la Procuración Penitenciaria de la Nación,<sup>92</sup> de la Comisión Provincial sobre la Memoria, del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

<sup>91</sup> Cfr. Jon – Mirena LANDA GOROSTIZA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?*, op. cit., ps. 30 – 31.

<sup>92</sup> Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina. Informe Anual 2014*. Disponible en [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014\\_0.pdf](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf).







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

En este sentido, la Corte Suprema en el caso “**Verbitsky**” (Fallos: 318 : 1146, del 03.02.2005) se refirió a la superpoblación carcelaria en la provincia de Buenos Aires.

Asimismo, tal como se señaló en el precedente “**Salto**”, conviene recordar lo que la CSJN y la CIDH han dicho acerca de la posición de garante que el Estado ostenta con respecto a las personas privadas de su libertad, que debe extenderse también el logro del fin de resocialización. Así, se ha señalado: *“La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18 (de la CN), los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...”* (cfr. CSJN, causa B.142.XXIII, “Badín, Rubén y o. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 19.10.1995, voto de la mayoría, considerando 3; este criterio fue reiterado en la causa G.178.XXXIV, “Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 10.04.2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del 02.09.2004, en el considerando 152 estableció: *“Frente a las personas privadas de la libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

*necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...”.*

Por su parte, el 8 de julio de 2014 el Tribunal Superior Estadual (OLG) de Dresde, República Federal de Alemania, declaró inadmisibile un pedido de extradición de un acusado con el fin de cumplir una pena de prisión en la Argentina porque las condiciones de encierro en nuestro país eran violatorias del art. 3, CEDH. Se trataba de un imputado detenido por una orden de Interpol (del 27.02.2014). Para decidir el pedido de extradición, el órgano jurisdiccional alemán comprobó si las condiciones de detención en las cárceles argentinas concordaban con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los principios fundamentales del sistema europeo sobre la ejecución de la pena y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas del 12.02.1987. En este sentido, se dijo que conforme una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal, los tribunales alemanes en el examen de la extradición debían, por mandato de la Ley Fundamental, establecer si los pedidos concordaban con los estándares mínimos del Derecho internacional y el orden público interno alemán. Por su parte, el detenido, y con respecto al cual se pedía su extradición, en un escrito presentado ante el Tribunal Superior graficó la situación que había vivido al estar detenido provisoriamente en la Argentina: durante cinco días compartió una celda de 4,5m x 9 m con 15 a 20 personas; el calabozo contaba con un lavatorio, un cubo, una ranura para orinar y como inodoro, un agujero en el piso. Los detenidos dormían en el suelo, el cual estaba impregnado de olor a orina. Durante la detención, no fue posible cambiarse de ropa o bañarse. Según el tribunal alemán, esta descripción de la situación carcelaria argentina coincidía con la brindada por instituciones estatales y no estatales: Amnistía Internacional (informe periódico sobre la República Argentina del 30.04.2012) que destacó que el mejoramiento de las condiciones de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

detención se realizaban muy lentamente: las cárceles argentinas estaban superpobladas y no existían estructuras adecuadas; el informe de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 31.03.2010 y lo dicho por el Ministerio Público de la Defensa. Frente a esta realidad, la sentencia destacó que la República Argentina sólo se había limitado a decir que en el caso de los detenidos se aplicaban en nuestro país diversos instrumentos jurídicos que tutelaban sus derechos fundamentales: la CADH, el PIDCyP y la Convención Internacional contra la Tortura, lo cual fue juzgado insuficiente a la luz de la situación fáctica descripta.<sup>93</sup>

De esta manera, y de forma más general, se advierte en el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad, algo similar a lo que se ha denominado una falla de la “sala de máquinas”, según la expresión de Roberto GARGARELLA,<sup>94</sup> esto es, existe un diseño normativo con poco o muy poco reflejo en la práctica: contamos con normas y principios sobre la manera de cumplir los castigos, con casi ninguna expresión en la práctica. Desde 1996 se estableció una ley de ejecución de la pena que consagró de más manera más clara todavía que su antecesora, en concordancia con la reforma constitucional de 1994, el principio de resocialización. En la práctica, las posibilidades de plasmar ese objetivo son escasas: sobrepoblación carcelaria, falta de infraestructura, deficiencias en la higiene, son sólo algunos de los aspectos incumplidos que aquí rápidamente se pueden citar.

**7.** A manera de síntesis de lo hasta aquí analizado, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

**a.** El dictamen del fiscal de ejecución postulando la inconstitucionalidad de los arts. 14, segundo supuesto, CP, y 56 bis, ley 24.660, si bien no obliga al juez es un elemento importante para la solución del caso.

<sup>93</sup> La sentencia se encuentra publicada en la revista jurídica “Strafverteidiger” (Defensor penal) 2015, n° 6, ps. 363-365.

<sup>94</sup> Cfr. autor citado, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2015.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

**b.** El análisis del principio de igualdad en el caso no puede limitarse a un examen de mera racionalidad sino que se requiere otro que lo vincule con los de resocialización y de razonabilidad y proporcionalidad.

**c.** El escrutinio de las razones principales que llevaron al legislador de 2004 a modificar los arts. 14, CP, y el 56 *bis*, ley 24.660 muestra que buscó aumentar la seguridad pública y para ello prohibió que los autores de ciertos delitos graves, a los que catalogó de peligrosos, no pudieran acceder a egresos anticipados en la ejecución de sus penas.

**d.** Las reformas recibieron críticas generalizadas de la doctrina y fueron declaradas inconstitucionales en varias sentencias judiciales.

**e.** Las modificaciones se basaron en argumentos empíricos que no le otorgan un fundamento sólido para sostener tanto la existencia de un aumento de la inseguridad como el logro de una mayor seguridad mediante el cumplimiento completo de las penas privativas de la libertad.

**f.** Las leyes 25.892 y 25.948 fundamentalmente lesionaron el principio de igualdad al determinar una distinción irrazonable entre los condenados, al establecer una nueva categoría basada exclusivamente en su peligrosidad sin fijar para ellos un régimen y tratamiento adecuado al delito por el que fueron condenados; violaron el principio de resocialización, que exige contar con un derecho a la esperanza, que alcanza comprende a las penas privativas de la libertad; e introdujeron contradicciones insalvables en el sistema que expresamente prevé el tratamiento igualitario para todos los condenados.

**g.** No se realizaron reformas estructurales, frente a las falencias denunciadas en el debate parlamentario de 2004, que permitieran que el tratamiento, sin salidas anticipadas, pudiera



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

cumplir con el principio de la resocialización que se mantuvo como fin de la ejecución de la pena, pese a las fuertes críticas que se le dirigieron.

### 8. El caso particular

a. No está discutido que E. M. S. fue condenado a la pena de ocho años de prisión por tres hechos cometidos el 15 de diciembre de 2009, cuando contaba 16 años de edad, y que fueron calificados como robo agravado por su comisión con arma de fuego, portación de arma de guerra sin la debida autorización legal y homicidio *criminis causae* para procurar impunidad en grado de tentativa y con la agravante por el empleo de un arma de fuego, todos en concurso real (ver fs. 2 / 3 de este incidente).

Una vez que S. comenzó a cumplir la pena impuesta, *recibió el mismo trato que cualquier otro condenado*, es decir, en todo momento se indicó que podía gozar, por ejemplo, de la libertad condicional.

De esta manera, a fs. 73 obra un oficio librado por un funcionario a cargo de la Dirección del Servicio Penitenciario Federal, donde se informó que a partir del 12 de enero de 2015 podía solicitar la libertad condicional.

Luego, se inició un incidente para que se aplicara en el caso el estímulo educativo previsto en el art. 140, ley 24.660, es decir, que se redujeran en seis meses los requisitos temporales para acceder a los institutos propios del régimen de progresividad (libertad condicional y libertad asistida, fs. 92 / 93). La fiscalía dictaminó favorablemente y pidió se reduzcan los plazos en cinco meses (fs. 96 / 98). El juez de ejecución rechazó “...por el momento...” el pedido (fs. 121 / 122) y el recurso de casación contra esa decisión fue declarado inadmisibile (fs. 307 / 308).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

De inmediato (fs. 124) la defensa solicitó la incorporación de S. al régimen de prelibertad establecido en el art. 75 del decreto 396/99 atento a que 12 de enero de 2015 cumplía el requisito temporal establecido en el art. 13, CP, para acceder a la libertad condicional. Este pedido fue comunicado por el juez de ejecución a la Unidad donde estaba alojado S. (fs. 140).

Luego, la defensa inició el trámite para obtener la libertad condicional de S. (fs. 151), pedido aceptado por el juez de ejecución. De esta forma se certificó la fecha en que el interno cumplía el requisito temporal (12 de enero de 2015, fs. 152), se le requirió a las autoridades del centro de detención donde estaba alojado la totalidad de los informes relacionados con el pedido y se libró oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal para establecer si registraba otras condenas o procesos en trámite.

A fs. 182 obra el acta 116/2014 en la cual el Servicio Penitenciario dejó constancia de la incorporación de S. al programa de prelibertad. Entre otras cosas, se le hizo saber que se realizarían entrevistas vinculadas con su futuro egreso y que sería incorporado a un taller específico. Con posterioridad, se labraron informes socio ambientales, técnico criminológicos y se reunió el Consejo Correccional para dictaminar sobre el pedido que, por mayoría, *fue favorable a la concesión de la libertad condicional* (acta 1000/2015, fs. 188 / 189). La fiscalía dictaminó a fs. 199, cuya presentación fue contestada por la defensa a fs. 202 / 207). El juez de ejecución dispuso el paso del expediente para dictar sentencia (fs. 210) y trascartón, luego de advertir que S. había sido condenado por el delito previsto en el art. 80, inc. 7°, CP, dispuso se diera una nueva intervención *"...a la Unidad Fiscal de Ejecución Penal a los efectos de que se expida respecto de la eventual aplicación de lo*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

*normado en el art. 14 del mismo cuerpo legal (conf. ley 25.892)...”*  
(fs. 211).

**b.** El resumen efectuado demuestra que S. no sólo no recibió un tratamiento específico sino que fue tratado como un interno común, al punto que inició todos los trámites necesarios para obtener la libertad condicional, fue evaluado y examinado para ese fin, para que luego de varios años, se le dijera que su tratamiento penitenciario no incluía la posibilidad de gozar salidas anticipadas.

**c.** Tampoco durante la ejecución de la pena que hasta aquí se le impuso se tuvo en cuenta que era S. menor de edad al momento de los hechos por los que fue condenado. En este aspecto, la Corte Suprema al resolver el caso “**Maldonado**” (Fallos, 328 : 4343, del 07.12.2005) señaló que : *“...el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige(n) que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad...lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento...”* (considerando 23 del voto de la mayoría).

Todo lo expuesto muestra que, además de las razones generales analizadas previamente, en el caso no fue tomada en cuenta la situación particular de S. tanto en el tratamiento penitenciario que se le aplicó como en la ausencia de ponderación de los posibles efectos nocivos de la falta de egresos anticipados, atento su edad al momento de los hechos por los que fue condenado.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

De esta manera, existió en el presente una errónea interpretación de las reglas aplicables al caso; y además, el pronunciamiento es arbitrario, porque no se atendió ninguna de las particularidades de la situación en la que se encontraba el interno.

En virtud de todo lo expuesto, en el caso particular de E. M. S. los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 *bis*, inc. 1°, ley 24.660 violan el derecho a la igualdad y la resocialización ya que lo privan de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta y por lo tanto resultan inconstitucionales. Corresponde así, hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia de fs. 16 / 19 en cuanto no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 *bis* y remitir las actuaciones al juez de ejecución penal para que dicte un nuevo pronunciamiento con respecto al pedido de libertad condicional efectuado según las pautas expuestas precedentemente. Sin costas (arts. 16, 18, 75 inc. 22, CN; 5.6, CADH; 10.3, PIDCyP; 1, 8, 12 sigs. y concs., ley 24.660; 456 inc. 1º, 470, 475, 530 y 531, CPPN).

### **El juez Luis Fernando Niño dijo:**

Entiendo que la cuestión traída a estudio es esencialmente análoga a la resuelta por esta Sala II en el precedente “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal” (causa n° 45565/2006, registro n° 438/2016, resuelta el 10 de junio próximo pasado), a la que me remito por razones de practicidad; ocasión en la que adhiriendo –en lo sustancial– al voto del colega Morin, declaré la inconstitucionalidad del artículo 56 *bis* de la Ley n° 24.660, en tanto y cuanto las excepciones a las modalidades básicas de ejecución que ese precepto recepta conculcan el principio de resocialización de la ejecución de la pena por desatender aquel en el cual se cimenta: el de progresividad (recogido en el art. 6 de la Ley n° 24.660).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Por lo tanto, en el caso traído a consideración, concuerdo con la solución propiciada por el colega Sarrabayrouse en su voto y propongo al acuerdo hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo supuesto, del Código Penal y 56 *bis* de la ley 24660, revocar la decisión aquí impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto se rechazó la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales mencionados y no hizo lugar a la incorporación de E. M. S. al régimen de la libertad condicional, debiéndose remitir las actuaciones al Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 para su sustanciación.

### **El juez Horacio Leonardo Días dijo:**

I. Que tal como destaca, al liderar el presente acuerdo, mi distinguido colega preopinante Eugenio Sarrabayrouse, la cuestión central a dirimir en este caso está dada por el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa del condenado S. en relación con el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal (CP) y, asimismo, respecto también al artículo 56 *bis* de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660 (LEP); en cuanto ambas normas –en lo que puntualmente interesa en este caso– prohíben la concesión del instituto de la libertad condicional a quienes, como sucede precisamente con E. M. S., han sido condenados (entre otras figuras típicas) por el delito de homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, al haber sido considerado coautor penalmente responsable de ello (cfr. los artículos 42 y 80, inciso séptimo, del CP).

Fundó esta petición sobre la base de una supuesta afectación a los principios de derecho penal de acto, culpabilidad, legalidad, razonabilidad, igualdad, resocialización, *pro homine* y *pro libertatis*.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

Junto a dicho agravio, el recurrente también planteó –con carácter previo a esto último– la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 de esta ciudad, por entender que ésa implicó una violación al derecho de defensa en juicio, al debido proceso legal y al principio de contradicción, en virtud de haber dictaminado el Ministerio Público Fiscal a favor del pedido de esa defensa.

**II.** Asimismo, hago más las indicaciones que en el punto octavo, secciones a) y b), del referido voto el nombrado colega desarrolló; relativas a brindar un resumen de cuáles fueron los hitos más importantes en el presente legajo de ejecución.

A tales apreciaciones me remito entonces, con el objetivo de no generar aquí repeticiones innecesarias.

**III.** En mi opinión, es a partir de estos dos ejes que puede considerarse debidamente delimitado el panorama configurado en autos y, consecuentemente con ello, los factores a tener en cuenta a la hora de resolver el recurso de casación que motiva la intervención de este órgano judicial colegiado.

Sin embargo, antes de adentrarme en el tratamiento particularizado de los dos (2) agravios que fueron incoados por el recurrente, entiendo indispensable detenerme a efectuar un análisis pormenorizado de cuál fue el derrotero impreso a esta incidencia y cómo ello tendría que haberse articulado a nivel legal y constitucional.

**IV.** En efecto, como se sabe, esta fase del procedimiento denominada “Ejecución” (cfr. el Libro Quinto del Código Procesal Penal de la Nación –CPPN–), en los supuestos en los cuales medie una sentencia de condena a una pena privativa de la libertad, se encuentra principalmente regulada por la LEP.

Junto a ella, naturalmente, operan también otras normas específicas que se hallan en el CP y en el CPPN. Además, como ocurre en cualquier campo del derecho penal y procesal penal, rigen





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

las disposiciones pertinentes contenidas en la Constitución Nacional (CN) y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (cfr. el artículo 75, inciso 22, de la CN); las que conforman un verdadero programa en la materia de nivel constitucional y convencional.

V. Este panorama normativo impone entonces abordar primeramente algunos aspectos de la mencionada LEP, en virtud de poseer éstos diversos grados de incidencia en las presentes actuaciones; los que, por otra parte, se nutren del mencionado programa y, a su vez, lo tornan operativo.

Con ello nos referimos, claro está, a los enunciados generales que se encuentran contenidos en el primer capítulo de dicha ley. En ése se encuentran plasmadas una serie de **directrices o principios** que deben regir durante la tramitación de esta etapa procesal, pues “una *directriz* es una norma de carácter muy general que señala la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político o jurídico; un principio *stricto sensu*, una exigencia de tipo moral, que establece derechos... Así, por ejemplo, dicho conjunto normativo materializa una directriz en su art. 1° [se refiere a la ley 24.460], cuando, al receptar el llamado «**ideal resocializador**», prescribe que la ejecución de la pena privativa de la libertad «...tiene por finalidad lograr que **el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada inserción social...**». Ha de quedar en claro que **no es una imposición moral, sino una meta de tipo jurídico**, al logro de la cual deben procurar acomodarse la totalidad de las disposiciones de la ley que siguen a la invocada norma inicial. A su vez, encontramos un principio en *sentido estricto* en, v. gr., la norma del art. 5°, párr. 2° de la LEPPL [es la sigla empleada en el texto para hacer referencia a la ley de ejecución penal], de la que surge que toda actividad distinta de la convivencia, la disciplina y el trabajo consistente en la





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

realización de las labores generales del establecimiento o comisiones que se le encomienden al recluso de acuerdo a los reglamentos, forma parte del llamado «**tratamiento penitenciario**» y es de carácter **voluntario**. Como consecuencia de ello, el interno tiene, por virtud de una **exigencia moral fundada en el principio de dignidad de todo ser humano**, un **verdadero derecho a no ser constreñido a llevar a cabo actividades como las atinentes al estudio y al trabajo relativo a la producción de bienes y servicios y concebido como actividad especializada, formativa y trascendente**” (AROCENA, Gustavo, *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, 1° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, ps. 49 y 50; la negrita me pertenece).

VI. Junto a la resocialización y al tratamiento penitenciario se deben resaltar también, a la luz de aquello que importa en las presentes actuaciones, el **control jurisdiccional permanente** y la progresividad en dicho tratamiento (cfr. los arts. 3 y 6 de la LEP respectivamente).

En efecto, como se sabe, el primero de ellos consiste “... en una **supervisión imperativa y continua de la autoridad judicial acerca de todas las cuestiones que rodean la aplicación de la sanción penal**. Este contralor debe ser oficioso y permanente más allá de aquellas peticiones que activan la intervención jurisdiccional a partir de reclamos concretos o situaciones en las que se encuentre afectado algún derecho de la persona privada de libertad. El control jurisdiccional permanente no es más que la herramienta que **permite hacer efectiva la garantía de legalidad consagrada constitucionalmente**. La ley 24.660 presenta un quiebre de la lógica administrativista de la ejecución de las penas que regía en el derogado decr. 412/58 y pone en manos del Poder Judicial la **decisión de todas las cuestiones importantes en el marco de la ejecución. Incluso le**





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

**otorga facultades de dirección que pueden ser consideradas administrativas**, dotando de un carácter mixto la actividad del juez. [...] Las atribuciones de este órgano jurisdiccional no se limitan exclusivamente a la vigilancia del establecimiento penitenciario y del interno sino que, antes bien, deben incluirse entre ellas **facultades amplias para resolver cuestiones que hacen específicamente a la ejecución misma de la pena**. Es decir, la vigilancia es solo una veta de **la función jurisdiccional que consiste en «ejecutar» la pena propiamente dicha mediante sus decisiones acerca del modo y aspecto cualitativo de ella**. El juez no debe permanecer ajeno al modo cómo la administración hace cumplir la sentencia sino que **debe «ejecutar», desde su órbita de actuación, la condena en sí misma**, sin escindir el control de la actividad de la agencia penitenciaria en lo que a su competencia específica respecta. [...] La opción del legislador de definir al órgano encargado de las cuestiones relativas al cumplimiento de la pena como «juez de ejecución penal», indica su naturaleza de encargado directo de todas las cuestiones que afecten a la pena misma, expropiando a la administración toda decisión en este aspecto. Así entendida, la judicialización del proceso de ejecución no solo implica la creación de mecanismos procesales para el control de la ejecución de la condena, sino también permitir que el interno pueda defenderse cuando la pena de prisión no se ejecute de acuerdo a su finalidad constitucional... **Es el juez de ejecución, en consecuencia, quien debe actuar como defensor de los derechos fundamentales de todos los internos y de la Constitución Nacional**, haciendo respetar las finalidades allí enunciadas y **actuando también, en su caso, como órgano administrativo titular de iniciativas frente a la administración penitenciaria**” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Dirección–, DE LANGHE, Marcela –Coordinación–, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

15: “Normas complementarias. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad”, supervisado por Claudia E. Velcirov y Julio M. Rebequi, sección III.B: “Análisis de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad”, Capítulo I a cargo de Rubén A. Alderete Lobo, Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2016, ps. 197 a 200; la negrita me pertenece).

En tanto que, por otro lado, **la progresividad “...intenta que el condenado, que se somete efectivamente al tratamiento penitenciario y responde a los objetivos que se han formulado, pueda ir adquiriendo progresivamente mayores derechos y beneficios, hasta llegar a obtener salidas fuera de la unidad o la libertad anticipada.** Se ha pensado que esta modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad es más efectiva para lograr la meta resocializadora, pues, por un lado, se trata de motivar al penado, quien tendrá más razones para someterse al tratamiento penitenciario, es decir, intentará alcanzar los diferentes objetivos para poder lograr mayores beneficios. Pero además, el sistema permite efectuar una adecuada evaluación del interno, dado que la concesión de los distintos beneficios, antes del vencimiento de la pena, también conlleva la correspondiente evaluación y supervisión –el condenado debe esforzarse para no perder los derechos que ha adquirido–. **La base del régimen de progresividad es un «programa de tratamiento» interdisciplinario e individualizado, diseñado por los organismos técnicos del establecimiento, para cuya elaboración debe atenderse fundamentalmente a las condiciones personales, intereses y necesidades del interno, confiriéndose a éste una participación activa.** [...] Lo expuesto permite advertir que el programa de tratamiento individual es, sin dudas, uno de los aspectos más importantes de la ejecución de la pena, de modo que es **fundamental que su diseño se lleve a cabo en forma seria y**





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

**responsable. Es clave que se tenga realmente en cuenta cuál es la situación personal del interno y cuáles son sus necesidades, porque solo de esa forma el tratamiento resultará efectivo. Del mismo modo, en la elaboración del aludido programa no puede existir arbitrariedad, como ocurriría si se establecieran objetivos absolutamente irracionales o de imposible cumplimiento. Por otra parte, es claro que si bien nos encontramos ante decisiones administrativas de los organismos técnicos de la unidad, sin intervención judicial ni del defensor del condenado, como ocurre con todas las cuestiones atinentes a la ejecución de la pena, siempre es posible ejercer el control judicial sobre la razonabilidad de las decisiones (art. 3° , LEP)” (ÍDEM, “El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad”, *excursus* por Javier Esteban de la Fuente y Mariana Salduna, ps. 339 a 341; el destacado es propio).**

**VII.** De lo antedicho en los dos puntos precedentes surge claramente la existencia de un entramado normativo compuesto por cuatro (4) enunciados generales, todos ellos contenidos en la LEP en sus artículos 1, 3, 5 y 6; el cual posee una preponderancia significativa en el presente caso, a la luz de cómo se fueron configurando los hechos en este legajo de ejecución.

Y junto a ese conjunto de normas se presentan también los artículos cuya declaración de inconstitucionalidad fue expresamente requerida por la parte recurrente: me refiero, como ya se indicó, al artículo 14 del CP y al 56 *bis* de la LEP; en cuanto ambos contienen una restricción para que el condenado E. M. S. acceda en este legajo de ejecución al instituto de la libertad condicional, en razón de haber sido sentenciado como autor –entre otros hechos– de un homicidio agravado en grado de tentativa. Como se explicará en el punto siguiente, ambos artículos constituyen *reglas* y, como tales, deben diferenciarse de los denominados *principios*.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Ahora bien, es importante recordar aquí que, iniciado el presente legajo de ejecución, **S. se sometió por decisión propia a un tratamiento penitenciario que, desde su inicio mismo, fue individualizado y confeccionado para él sin tener presentes las restricciones de los mentados artículos 14 del CP y 56 bis de la LEP.** Prueba de ello es el hecho de que la misma autoridad penitenciaria informó al juzgado de ejecución interviniente, mediante oficio glosado a fs. 73, que el interno S. se encontraría en condiciones de acceder a la libertad condicional en fecha 12 de enero de 2015.

Esta circunstancia ha implicado, por un lado, una **clara afectación al carácter voluntario** con que debe encontrarse revestida la realización del tratamiento penitenciario en cuestión, pues “...el carácter facultativo del *tratamiento penitenciario* se explica en la *vigencia del derecho a la dignidad personal del interno*, que presupone el respeto irrestricto a su *capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones* sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, esto es, a su *aptitud de autodeterminarse respecto de sus propios intereses sin injerencias externas* [...] **Mas esa adhesión voluntaria del preso al tratamiento penitenciario, para ser admitida como tal, debe ser genuina, esto es, producto de una decisión adoptada por el recluso con total discernimiento, absoluta intención y plena libertad**” (AROCENA, *op. cit.*, ps. 225 y 226, respectivamente; la negrita no se encuentra en el texto original).

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 260 define al acto voluntario como aquél que es “...ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”; siendo que la presencia de tales elementos implican necesariamente la facultad de distinguir entre una cosa y otra.







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

De allí que entonces no pueda sostenerse la existencia de un acto de incorporación voluntario por parte de S. al tratamiento penitenciario trazado por los agentes estatales; dado que, como éstos no tuvieron en cuenta las disposiciones de los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP al momento de confeccionarlo, mal pudieron luego informar al mencionado condenado de tales restricciones; deviniendo así imposible para éste contar con la voluntariedad requerida por el artículo 5 de la LEP, pues no fue posible para él distinguir entre las diferentes consecuencias (potenciales) que acarrea la realización del tratamiento en cuestión para una persona como el referido condenado.

Al mismo tiempo, por otra parte, la circunstancia indicada previamente conlleva también una **lesión al principio de progresividad en el tratamiento**, en cuanto éste **requiere su individualización en forma racional**; o sea, de acuerdo a las características, necesidades y situaciones particulares del interno, que tenga siempre en miras el objetivo de alcanzar –a través de las medidas que componen tal tratamiento– una adecuada reinserción social del penado.

En efecto, **“las acciones que integran el tratamiento** no se llevan a cabo de manera azarosa, caprichosa o asistemática; antes bien, **han de ejecutarse en forma metódica y en función de un programa que discipline las distintas herramientas que, en el concreto caso del que se trate, mejor sirvan para el logro de la adecuada reinserción social del condenado**. Este programa, por cierto, no es estático ni inmodificable, sino que se caracteriza por una permanente revisión que permite acomodar y redefinir las actividades del tratamiento conforme la particular evolución que va mostrando el recluso. En función de este último rasgo, se afirma igualmente que **el tratamiento es «individualizado», o sea, ajustado a las particularidades del recluso al que se aplica**. Sin lugar a dudas, la individualización del tratamiento se justifica en la necesidad de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

brindar a cada recluso aquellos métodos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, sociales o de cualquier otra índole que mejor coadyuven a la pretensión de lograr su adecuada reinserción social. No existen mejores programas o estrategias para todos los casos, sino que el principio de que debe ajustarse la intervención a las características de cada ser humano debe ser una máxima superior” (ÍDEM, p. 284; el resaltado es mío).

Sin embargo, como ya se ha dicho, el tratamiento individualizado para el condenado S. no se ha ajustado a estos parámetros, desde el momento en que se estructuró sobre la posibilidad de que el nombrado accediese a algún tipo de salida anticipada (en concreto, la libertad condicional); cuando por mandato de los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP ello no era –en principio– factible.

Luego, desde un punto de vista lógico, se produce también una falla en la progresividad que debe observarse durante el desarrollo del tratamiento en cuestión, toda vez que la evolución experimentada en ése se encuentra naturalmente atada al tipo de medidas individuales que han sido seleccionadas para aplicar al condenado en particular. Es que “al ser el medio utilizado por el régimen, la evolución acreditada en función del tratamiento es la base para determinar el carácter progresivo de aquél...” (LÓPEZ, Axel, MACHADO, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios. Ley 24.660 y sus modificatorias 25.892, 25.948, 26.472, 26.695 y 26.813*, Fabián J. Di Plácido editor, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2014, p. 69).

A su vez, sendos extremos se encuentran igualmente ligados de modo íntimo con el ejercicio de ciertas funciones propias de las autoridades penitenciarias. En efecto, “el «Reglamento de las





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

Modalidades Básicas de la Ejecución» (decreto 396 del 21 de abril de 1999) se refiere a [la reinserción social, como fin del tratamiento, y a la progresividad, con la cual ése debe encontrarse revestido, en] las secciones Primera, Progresividad del Régimen Penitenciario, y Segunda, Programa de Prelibertad, y [en] las disposiciones relacionadas: artículos 7º, 100 a 104 y 185, incisos b) y g) de la presente ley [o sea, de la LEP]. **En este reglamento se define la progresividad del régimen penitenciario como un proceso gradual que se desarrolla sobre la base de un tratamiento interdisciplinario individualizado y que posibilita al interno avanzar paulatina y gradualmente hasta obtener la libertad. [...]** Para el avance o retroceso por los diferentes estadios del régimen, la propuesta parte del organismo técnico criminológico (servicio criminológico) y el dictamen se produce en el seno del consejo correccional (organismo colegiado que, presidido por el director del establecimiento, es integrado en carácter de vocales, por los jefes de las áreas servicio criminológico, asistencia social, educación, trabajo, seguridad interna y asistencia médica) que resuelve las cuestiones preferentemente por consenso o, en su defecto, por mayoría simple de votos (art. 100 del decreto 396/99). Finalmente, **la resolución de cada tema –que debe ser tratado en forma individual– es competencia del director a partir de ese dictamen del consejo correccional que tiene carácter de vinculante”** (ÍDEM, ps. 65 y 66; la negrita me pertenece).

En tal sentido, es importante recordar aquí una vez más que en las presentes actuaciones el mencionado Consejo Correccional resolvió favorablemente, por mayoría, la concesión de la libertad condicional a S. (cfr. el acta que luce a fs. 188/189); lo que prueba que el tratamiento interdisciplinario individualizado a favor del nombrado contemplaba, en base a la misma progresividad trazada





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

en ése, su potencial acceso a los institutos de salidas anticipadas contempladas en la LEP; a punto tal que, ciertamente, obtuvo en el mentado dictamen una concesión favorable a su libertad condicional. Ello resulta ser otra lesión más al principio de progresividad.

Finalmente, dentro del citado cuadro de principios que nos provee la LEP, tampoco puede dejar de destacarse acá que, como “durante todo el proceso de ejecución, el magistrado tiene el deber de velar y, de algún modo, de colaborar en el proceso de reinserción social del condenado, siendo que tal principio debe constituir la guía rectora de todas sus decisiones” (IBÍDEM, p. 54 –cita al pie de página nº 31–), el ejercicio del control jurisdiccional permanente en este legajo llevó al dictado de una serie de medidas, las cuales –en mayor o menor proporción– han ido forjando en sí mismo la realización del tratamiento penitenciario al que se sometió el señor S. (véase a este fin los decretos glosados a fs. 55, 121/122, 140, 152, 191, 198 y 200); desde el momento en que muchas de ellas han respondido a pedidos concretos efectuados por la defensa del condenado.

Por lo demás, el dictado de tales providencias fue jalonando la progresiva aplicación del **principio procesal de la preclusión**, pues de acuerdo a éste al transcurrir los plazos dentro de los cuales los sujetos del proceso tienen la facultad para cumplir un determinado acto procesal, ellos ya no podrán desarrollar más la actividad que en tal sentido no hayan cumplido; garantizándose así una regulación en el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales y una prolongación no excesiva en la duración del proceso (cfr. FLORIAN, Eugenio, *Principi di Diritto Processuale Penale [Principios de Derecho Procesal Penal]*, Librería Scientifica Giappichelli, Torino, 1927, p. 82).

Y fue de este modo cómo se llegó entonces, mediando una decisión judicial tras otras decisiones judiciales adoptadas en el marco del presente legajo de ejecución, al citado dictamen del





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Consejo Correccional, por medio del cual se le concedió, por mayoría y de manera favorable, la libertad condicional a S..

De manera tal de que, en consecuencia, se ha producido en autos la situación paradójica de que, primero, el Estado diseñó y ofreció al interno –cuyo cuidado y responsabilidad estaba a su cargo– un programa particular de medidas constitutivo del tratamiento penitenciario a serle aplicado en forma voluntaria, en virtud del cual S. podía eventualmente gozar de los beneficios de la libertad condicional, para luego pretender –en segundo término– denegarle el acceso a dicho instituto, sobre la base de una limitación legal objetiva preexistente que los mismos funcionarios estatales intervinientes (tanto penitenciarios como judiciales) ignoraron a la hora de ir adoptando las distintas decisiones que fueron marcando la progresividad en el mentado tratamiento, a la luz del objetivo de la reinserción social del penado, y que finalmente desembocaron en el mencionado dictamen favorable para el condenado, el cual luce a fs. 188/189.

**VIII.** Hasta este punto he explicado cuáles son los principios propios de la LEP que, de acuerdo a las particulares circunstancias configuradas en esta incidencia, presentan algún grado de afectación o, en su defecto, de actuación en el presente proceso.

Igualmente, como ya se ha visto, tales principios encuentran su razón de ser en normas propias de la CN y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ésta con igual jerarquía (después de la reforma de 1994); siendo que junto a ellos el juzgado actuante, sobre la base de lo establecido por los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP, ha dispuesto el rechazo de la incorporación del condenado S. al instituto de la libertad condicional, circunstancia que motivó la interposición del respectivo recurso de casación, originando la intervención de esta cámara.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

Así las cosas, este panorama, conformado por los hechos que ya fueron reseñados aquí y en el voto precedente de mi colega Sarrabayrouse, y constituido asimismo por las normas jurídicas involucradas en este caso (artículos 1, 3, 5, 6 y 56 *bis* de la LEP; 14 de la CP; 18 y 75, inciso 22, de la CN), impone el estudio de cómo deben interactuar los principios jurídicos y las reglas ya mencionados en situaciones como la configurada en autos.

Se impone de esta manera el brindar aquí sólo algunas nociones esenciales, relativas a estos conceptos, con el objeto simplemente de explicar cómo funcionan éstos y cómo dicho funcionamiento determina la solución del presente caso; sin pretensión entonces de ahondar mucho más en la problemática aquí esbozada, la que resulta ser tan interesante como compleja al mismo tiempo.

Para dar inicio a esta labor, en primer lugar, “[y] a los fines de acercarnos a una **mejor comprensión de los principios** – entendidos en sentido genérico, esto es, **comprendiendo a las directrices y los principios en sentido estricto**–, parece conveniente subrayar que, en sede de análisis de la «naturaleza» de los mismos –o, si se quiere, de la definición conceptual de los principios–, existe un consenso bastante extendido en la teoría general del derecho a la hora de admitir que, más allá de la variedad de expresiones y términos empleados, los principios son una *clase de normas*. **Y los principios jurídicos** –como los que incluye el Capítulo I del orden jurídico penitenciario, aunque también los otros capítulos de la mencionada ley [se refiere a la LEP]– son, por cierto, una clase de las *normas jurídicas*, que tradicionalmente *han sido individualizadas diferenciándolos de las reglas de conducta*: principios y reglas de derecho son especies del *genus* constituido por el conjunto de las normas jurídicas. Para que se advierta con precisión la diferencia, diremos que **una regla jurídica es una norma de**





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

**derecho que establece pautas relativamente específicas de conducta o comportamiento**, mientras que un *principio jurídico* es – como hemos puntualizado– una norma, también de derecho, que  **fija de modo genérico determinados objetivos económicos, sociales, políticos o de una índole equivalente, o que materializa exigencias de tipo moral**” (AROCENA, *op. cit.*, ps. 52 y 53; el resaltado me pertenece).

Así las cosas, “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. **Los principios, al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente.** La distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas” (ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2012, ps. 64 y 65; la negrita es mía).

Ahora bien, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que **los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.** Por lo tanto, **los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determinan por los principios y reglas opuestos**” (ÍDEM, ps. 67 y 68; el resaltado no se encuentra en el texto original).

De esta forma, “una primera propiedad importante que resulta de lo hasta aquí dicho es el diferente carácter *prima facie* de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

las reglas y los principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. **Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que la regla establece tiene validez definitiva.** Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Un modelo semejante se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando tienen validez, son aplicables de una manera todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión. Sin embargo, este modelo es demasiado simple. Es indispensable un modelo más diferenciado. No obstante, también dentro del marco de un modelo diferenciado, hay que mantener el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios. **Del lado de las reglas, la necesidad de un modelo diferenciado resulta de que es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una**





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

**cláusula de excepción puede llevarse a cabo en razón de un principio.** En contra de lo que piensa Dworkin, **las cláusulas de excepción que pueden introducirse en las reglas en razón de los principios, ni siquiera son teóricamente enumerables.** Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción” (ÍBIDEM, ps. 79 y 80; de nuevo el destacado es propio).

“Por ello, **puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser.** Los principios mismos no son nunca razones definitivas. Posiblemente son estas conexiones a las que apunta Esser cuando dice que el «principio [...] no es él mismo ‘directriz’ sino razón, criterio y justificación de la directriz» y a las que se refiere Kant cuando afirma que «dos *razones* de la obligación (*ratio obligandi*) de las cuales la una o la otra no es suficiente para la obligación (*rationes obligandi non obligantes*), (pueden) estar vinculadas en un sujeto y en una regla que se prescribe pues entonces la una no es deber»” (ÍBIDEM, ps. 83 y 84; la negrita es otra vez mía).

Retomando ahora el análisis de lo sucedido en esta causa, tenemos entonces principios y reglas que, como normas jurídicas en cuanto establecen lo que es debido, son aplicables al presente caso: respectivamente, por un lado, la reinserción social, el control jurisdiccional permanente, la voluntariedad del tratamiento y la progresividad (artículos 1, 3, 5 y 6 de la LEP); y, por el otro, los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP.

En efecto, estas dos últimas normas establecen la imposibilidad para determinada clase de condenados (como, por ejemplo, S.) de acceder a ciertos institutos de la libertad anticipada (entre ellos, la libertad condicional requerida en autos);





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

siendo que esta determinación –como se ha visto– puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que conduce a su inaplicabilidad (como regla) en un determinado caso puntual.

Esta circunstancia puede configurarse en razón de un principio, por medio del cual se introduce una excepción a la mentada regla. Y como ya se dijo, ése constituye un mandato de optimización, en cuanto al fijar determinados objetivos ordena que éstos sean realizados en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Tal es lo que ocurre precisamente con los principios antes mencionados, ya que la reinserción social contemplada en el artículo 1° de la LEP, el control jurisdiccional permanente del tercer artículo de dicha legislación, la voluntariedad del tratamiento en cuestión (cfr. el artículo 5 de la misma ley) y la progresividad del artículo 6° de la LEP son mandatos que, cada uno de ellos y de acuerdo a lo ya explicado precedentemente, buscan objetivos específicos que, en virtud de cómo fueron sucediéndose los hechos reseñados en este legajo, imponen en consecuencia la no aplicación de los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP en relación con el condenado S., pues sólo de tal forma puede –dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes en autos– asegurarse el cumplimiento de tales mandatos.

O lo que es lo mismo, **se impone la aplicación en el caso concreto de la regla contenida en el artículo 7 de la LEP**, en cuanto ésa faculta **excepcionalmente a que el condenado sea promovido** – mediante resolución fundada de la autoridad competente– **a cualquier fase del período de tratamiento** (entre ellas, la que corresponde a la denominada etapa de *libertad condicional* –cfr. los artículos 12 y 28 de dicha legislación–) **que mejor se adecue a sus condiciones personales**, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos. Tal regla es la “...consecuencia directa del principio de individualización del tratamiento penitenciario... La





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

idea de individualización **presupone reconocer la diferencia de necesidades y expectativas individuales de los internos frente al proceso de reinserción social**, y carecería de sentido que esa distinción no pueda materializarse en el avance en el régimen progresivo cuando las características individuales de la persona privada de libertad así lo sugieran. En definitiva, el régimen progresivo no resulta un valor en sí mismo, sino una herramienta y, como tal, esta norma lo flexibiliza para adecuarlo a la persona y no a la inversa” (ZAFFARONI, DE LANGHE, *op. cit.*, sección III.B y Capítulo I antes nombrados, a cargo de Lobo, ps. 207 y 208; el resaltado me pertenece).

**IX.** Por lo demás, el criterio de fundamentación aquí desarrollado encuentra un paralelismo con la modalidad de argumentación que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) empleó en una resolución dictada el pasado día 12 de febrero de 2012, cuando fue llamada a tener que decidir un caso que presentaba algunos puntos de contacto con este legajo (cfr. los autos caratulados “Recurso de hecho deducido por la Defensa de Karina Dana Germano en la causa Germano, Karina Dana s/causa n° 12.792”; G. 763. XLVI).

Efectivamente en aquella ocasión, en la cual el recurrente había planteado su incorporación a uno de los institutos de salidas anticipadas contempladas en la LEP, sobre la base de que otros consortes de causa, igualmente condenados en ese mismo proceso, pero que cumplían su prisión en Brasil, ya estaban gozando de la aplicación de esa clase de modalidad de ejecución penal, a pesar de no encontrarse presente el requisito temporal para su aplicación, la CSJN indicó en su voto mayoritario (integrado por los magistrados Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni, al cual se sumó por su voto el juez Maqueda), adhiriendo a los argumentos volcados por el Procurador General en su respectivo dictamen, que “...una pena que





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado. El tratado que permite el cumplimiento de la pena en el país, con el propósito de posibilitar la reinserción del condenado –si bien se rige por la legislación local en su modo de ejecución– no puede habilitar una pena diferente y más gravosa, pues implicaría una contradicción con su objetivo. Que se plantea en el caso como hecho nuevo la circunstancia de que los co-condenados en la misma causa que la presentante, que cumplen su pena en Brasil, han accedido al régimen de salidas transitorias que ya se ha concretado, por lo que corresponde proceder con igual temperamento con respecto a Germano. 2) En consecuencia, **la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 24.660** que invoca el señor Procurador Fiscal en su dictamen, resulta una **aplicación más respetuosa** de la obligación internacional y de los principios *pro homine*, igualdad y no contradicción” (la negrita no se encuentra en la sentencia citada).

Y al mismo tiempo, el Procurador General de la Nación en el mentado dictamen señaló –en lo que aquí puntualmente interesa– que “...la solución que propicio no sólo está basada en el principio general de interpretación *pro homine* de los instrumentos internacionales (*Fallos: 328:2056; 329:2265 y 5762*), sino que se **adecua, por su sentido de equidad, al de la «reinserción social de las personas condenadas», finalidad superior** que informa el Tratado sobre traslado de condenados con Brasil (ley 25.306) y **nuestra ley de ejecución penal (N° 24.660, artículo 1)**. Esto **permite considerar que se podría, según mi modo de ver, y sin que se desnaturalice la razón del sistema penitenciario nacional, hacer una excepción a la letra del artículo 17 de la ley 24.660**, en cuanto exige, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad, un tiempo mínimo de ejecución de la



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

mitad de la condena. **Y digo sin menoscabar la voluntad legislativa argentina porque la ley citada ha querido y plasmado expresamente que el régimen penitenciario se basará en la progresividad**, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semi abiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de auto disciplina. Y no sólo eso, sino que ha previsto, en su artículo 7 que el condenado podrá ser promovido **excepcionalmente** a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente. Situación de excepción que concurriría en este caso, sobre todo teniendo en cuenta que si en Brasil –donde rigen parecidos principios penitenciarios, y el tratado es una prueba de ello– se consideró que ese tratamiento era suficiente para la reinserción social de los compañeros de G., no hay motivos para que también no lo sea para que esta ciudadana se vaya incorporando a nuestra sociedad” (tanto el subrayado como el destacado no se hallan en el texto original, salvo la negrita ubicada al final de esta cita).

Así las cosas, es claro que la CSJN en el referido precedente ha considerado viable establecer una excepción a la regla contenida en el artículo 17 de la LEP, la cual le impedía a la condenada Germano acceder a una salida anticipada, en virtud de las circunstancias propias existentes en ese legajo de ejecución y atento una serie de principios propios de esta materia que, en ese caso particular, imponían el establecimiento de la mentada excepción y, al mismo tiempo, la directa aplicación de la regla contenida en el artículo 7° de la LEP.

**X.** No escapa tampoco al suscripto la posibilidad de señalar, como contra-argumentos a la línea de razonamiento acá





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

expuesta, que el razonamiento propuesto omite tener en cuenta que, por un lado, las medidas incluidas en el tratamiento penitenciario dado al interno no necesariamente están destinadas a obtener la aplicación de algún instituto de la libertad anticipada; y, por otra parte, que la ley se presume conocida por todos, incluyendo -claro está- al señor E. M. S..

Sin embargo, considero que estas dos observaciones deben ser descartadas de plano. La primera de ellas porque, como ya se explicó, el tratamiento aplicado al condenado fue individualizado de forma tal que el interno podía acceder eventualmente (y una vez cumplidos a este respecto todos los requisitos impuestos por la normativa vigente) a esa clase de institutos; ello ha sido así, a punto tal que el mismo Consejo Correccional, por mayoría, fue favorable a la concesión de la libertad condicional de S. (cfr. el acta 1000/2015, la que luce a fs. 188/189 de esta incidencia), luego de que el juzgado de ejecución interviniente diera curso a ciertos pedidos incoados por la defensa, tendientes a obtener la aplicación de dicho instituto (ver providencias de fs. 140 y 152).

Por lo tanto, el problema aquí no es la concepción que pueda sostenerse teóricamente en relación con el tratamiento penitenciario y su fin de “reinserción social” (según el artículo 1° de la LEP), sino más bien el hecho de que el tratamiento efectivamente confeccionado e individualizado para S., además de la evolución observada en él a partir de la progresividad en el desarrollo de éste, estuvieron direccionados desde un primer momento a permitir el eventual acceso a los institutos de las salidas anticipadas; siendo permanentes tanto el control como la guía jurisdiccional sobre el tratamiento en cuestión (cfr. los artículos 6 y 3 de la LEP, respectivamente).

Al mismo tiempo, tampoco puede objetarse aquí -como forma de invalidar esta construcción argumentativa- el hecho que



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNC1

S. tuviese que haber conocido las limitaciones aplicables en su contra, las que están contenidas en los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP. Ello es así, ya que como se ha visto, la decisión de iniciar un tratamiento por parte de cualquier interno debe ser absolutamente voluntaria; lo que conlleva que, además de su correcta individualización (extremo no observado en autos), se le deba informar al condenado de manera precisa, integral y acabada cuáles son los alcances, fines, medidas, beneficios y demás consecuencias que puede traerle la aplicación del tratamiento en cuestión.

Ello, mucho más, cuando el mismo programa de tratamiento trazado en este legajo para el señor S. incluía la eventual aplicación de institutos que, por expresa disposición legal (cfr. los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP), en principio le estaban vedados.

Así las cosas, tales requisitos no pueden ser obviados por los agentes estatales encargados de llevar adelante dichas acciones, bajo el pretexto de que la ley se presume conocida por todos. Se trata entonces de un deber estatal irrenunciable; pues de lo contrario sería el Estado quien –nada más ni nada menos– estaría incumpliendo con el mismo principio que contempló, asimismo, por medio de nuestro Congreso Nacional (y, en última instancia también, a través de nuestros constituyentes) a estos efectos: me refiero, claro está, a la voluntariedad en el tratamiento penitenciario.

**XI.** Frente a tal panorama se impone entonces acoger favorablemente el primer agravio incoado por el recurrente, pues si bien por medio de éste ha planteado la nulidad de la resolución dictada a fs. 16/19 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 de esta ciudad sobre la base de la existencia de una violación al derecho de defensa en juicio, al debido proceso y al principio de contradicción, quedando la intervención de esta cámara circunscripta a lo requerido por las partes en sus correspondientes impugnaciones (cfr. el principio





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

dispositivo contenido en el artículo 445 del CPPN y las explicaciones que he desarrollado en la causa n° CCC 39411/2010/T01/CNCI, caratulada “Rolón Miguel Ángel s/ abuso sexual”, Registro n° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara; con cita del procesalista italiano Giovanni Leone), lo cierto es que la denunciada arbitrariedad puede ser encarrilada en su fundamentación desde la óptica aquí sostenida, de conformidad con lo establecido por el principio del *iura novit curia* que consagra el artículo 401 del CPPN para el momento del dictado de la sentencia luego del debate.

En efecto, “el juez tiene que determinar por sí mismo el derecho que aplica: *iura novit curia*. La existencia, interpretación y alcance de los preceptos jurídicos no pueden ser materia de prueba. La forma en que el tribunal se debe procurar el conocimiento de los preceptos jurídicos nacionales o extranjeros queda completamente a su criterio” (SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, traducción castellana del Dr. José Manuel Núñez, Lerner editora S.R.L., 2ª edición, Córdoba, 2006, p. 213).

**XII.** Finalmente, el acogimiento favorable que se ha dado al primer agravio constitutivo del recurso que motiva la presente intervención de este órgano judicial colegiado torna inoficioso el tratamiento del restante planteo articulado en éste: esto es, el pedido de declaración de inconstitucionalidad de los artículos 14 del CP y 56 bis de la LEP.

Ello es así, toda vez que de acuerdo al razonamiento aquí expuesto las limitaciones contenidas en éstos no resultan aplicables en este legajo en relación con el condenado S., dadas las circunstancias relativas a cómo se fueron desarrollando los hechos en esta incidencia y cómo éstas han influido y operado en los principios de reinserción social, voluntariedad en el tratamiento penitenciario,







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

control jurisdiccional permanente y progresividad; todos los cuales rigen –por expreso mandato constitucional y convencional– en esta materia a partir de los artículos 1, 3, 5 y 6 de la LEP.

En consecuencia, soy de la opinión de que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa en lo que respecta a su primer agravio y, consecuentemente con ello, corresponderá primero anular por arbitraria la resolución dictada a fs. 16/19, toda vez que ésa –al aplicar en contra del condenado S. las restricciones contenidas en los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la LEP– ha incurrido en una lesión a los principios señalados al final del párrafo anterior, pues –de este modo– se apartó de las circunstancias particulares que han ido conformando los presentes autos; y remitir entonces este legajo al juzgado de ejecución actuante, a los efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento en relación con el pedido de libertad condicional efectuado por la defensa de S., de conformidad con las pautas acá desarrolladas. Sin costas, atento lo aquí resuelto.

Rigen los artículos 18 y 75, inciso 22, de la CN; 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 3, 5, 6, 7, 12, 28 y concordantes de la LEP; 456, 457, 470, 471, 530 y 531 del CPPN.

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto, **CASAR** la sentencia de fs. 16 / 19, **DECLARAR** la inconstitucionalidad de los arts. 14, segundo supuesto, CP y 56 *bis* de la ley n° 24.660 en el caso particular, y remitir las actuaciones al juez de ejecución penal para que dicte un nuevo pronunciamiento con respecto al pedido de libertad condicional efectuado según las pautas





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 381/2010/1/CNCI

expuestas precedentemente. Sin costas (arts. 16, 18, 75 inc. 22, CN; 5.6, CADH; 10.3, PIDCyP; 1, 8, 12 sigs. y concs., ley 24.660; 456 inc. 1º, 470, 475, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Se deja constancia de que el juez Luis F. Niño participó de la deliberación y emitió su voto, mas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

HORACIO DÍAS  
-SEGÚN SU VOTO-

Ante mí:

PAULA GORSO  
SECRETARIA DE CÁMARA

