



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 269

Año: 2020 Tomo: 9 Folio: 2596-2616

EXPEDIENTE SAC: **1488528 - ALFARO, RICARDO ADRIAN - CPO. DE EJECUCION DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 269 DEL 25/08/2020

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los veinticinco días del mes de agosto de dos mil veinte, siendo las diez y treinta horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno, presidida por la señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, con la asistencia de los señores Vocales doctores Aida Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo, a los fines de dictar sentencia en los autos “**ALFARO, Ricardo Adrián -Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-**” (SAC 1488528), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la asesora letrada penal, doctora María Clara Cendoya, en su calidad de defensora del imputado Ricardo Adrián Alfaro, en contra de los Autos número quinientos cincuenta y seis y quinientos setenta y tres, dictados por el Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad, en fechas veinticinco y veintisiete de julio de dos mil diecinueve respectivamente.

Abierto el acto por la señora Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Resultan inconstitucionales los artículos 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660 tras la reforma operada por la Ley 27.375?
- 2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION

Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati, Aida Tarditti, Domingo Juan Sesín, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo dijeron:

I.1. Por Auto n° 556, de fecha 25 de julio de 2019, del Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad se resolvió: *“I) No hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 del CP y 56 bis de la ley 24.660 (texto según ley 27375) a favor y en interés del interno Ricardo Adrián Alfaro, legajo n° 59805. II) Atento a lo dispuesto por el art. 56 quáter de la Ley 24660, a los fines de la progresividad y una vez cumplidos los requisitos de temporalidad previstos en el segundo párrafo del mencionado artículo, se sugiere al Servicio Penitenciario se le ofrezca al penado la posibilidad de ingresar al régimen preparatorio para la liberación, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social (ff. 323/327).*

2. Por Auto n° 573, de fecha 29 de julio de 2019, del Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad se resolvió: *“I) Amplíese y modifíquese el punto I) del Considerando del Auto n° 556/2019 de fecha 25/7/2019, el que quedará redactado de la siguiente manera: I) En primer lugar, es dable mencionar que si bien los hechos por los cuales el interno Ricardo Adrián Alfaro fue condenado son anteriores a la reforma de la ley 24660 (Ley 27.375) no obstante ello, el presente análisis se efectuará en función de la nueva normativa, por cuanto se trata de una norma posterior que importa un beneficio para el condenado en relación a la anterior derogada. En efecto, no existe impedimento para aplicar la ley reformada por cuanto tanto la normativa anterior –Ley 25.892 vigente al momento del hecho por la cual el interno cumple condena-, como la actual (Ley 27.375) en su art. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660, prevén la misma exclusión del delito previsto en el artículo 165*

del CP (homicidio en ocasión de robo) de la libertad condicional y de los beneficios comprendidos en el periodo de prueba, por lo que no se observa un agravamiento en su aplicación. A ello se suma que la última reforma introduce una flexibilización en cuanto al tratamiento penitenciario, resultando así más beneficiosa para el condenado, por lo que consecuentemente su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad de la norma...manteniéndose las demás consideraciones y parte resolutive del Auto n°556/2019, a los que se remite en honor a la brevedad...” (ff. 328/329).

II. Comparece la asesora letrada penal, doctora María Clara Cendoya, defensora del imputado Ricardo Alfaro e interpone recurso de inconstitucionalidad en su favor, atacando las resoluciones reseñadas (ff. 340/348).

En primer término, da cuenta del cumplimiento de los requisitos que condicionan la admisibilidad formal de su recurso.

Bajo el rótulo “Razones”, reseña los fundamentos expuestos por el *a quo* y precisa que lo que controvierte es la validez constitucional de las exclusiones para el acceso al instituto de la libertad condicional y a los beneficios del período de prueba, que establecen los arts. 14 inc. 5 del C.P. y 56 *bis* inc. 5 de la Ley 24.660 para quienes resulten condenados por el delito de homicidio en ocasión de robo. Entiende que tales restricciones, introducidas por Ley 27.375, vulneran y alteran de manera esencial principios elementales del estado constitucional de derecho: razonabilidad y supremacía constitucional; resocialización de la persona condenada; igualdad; culpabilidad; derecho penal de acto y progresividad del régimen penitenciario.

Como “Fundamentos en orden a la declaración de inconstitucionalidad postulada”, señala preliminarmente que el Juez de Ejecución Penal entiende que el caso no debe regirse por la Ley 25.892 vigente al momento del hecho sino por la actualmente vigente Ley 27.375, a la que considera más beneficiosa para el condenado. Afirma que, de ese modo, el magistrado se aparta del dictamen del representante del Ministerio Público que, en línea con su criterio, invocó el precedente “Aguirre” de este Tribunal y propició la declaración de

inconstitucionalidad de las exclusiones dispuestas por los arts. 14, segunda parte del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660, según Ley 25.982.

Refiere que a partir de la pacífica doctrina jurisprudencial iniciada con “Aguirre”, fueron numerosos los casos en que los jueces de ejecución declararon la inconstitucionalidad de aquellos artículos introducidos por la Ley 25.892 y aplicaron el régimen normativo anterior por resultar más benigno. Explica que, en atención a ello y a la fecha de comisión del hecho atribuido al imputado, planteó la inconstitucionalidad de las restricciones establecidas por la Ley 25.892, en el convencimiento de que el régimen legal aplicable a Alfaro debía ser el anterior más benigno. Aclara que mantiene esa tesitura para el supuesto caso en que esta Sala descarte las falencias constitucionales que expondrá. Subraya que atento la fecha del hecho y el acuerdo generalizado acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 25.892, la ejecución de pena de *Alfaro* debería regirse por el régimen anterior a esa norma, claramente más benigno que el que pretende aplicar el juez de ejecución.

Considera que las restricciones de acceso a los beneficios ya enunciados que establece la Ley 27.375 para el acceso a la libertad condicional y a los beneficios del período de prueba del condenado por el delito previsto en el art. 165 del CP, presenta las mismas deficiencias que condujeron a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 25.892.

En apoyo de su postura, transcribe pasajes del fallo “Aguirre” (TSJ en Pleno, Sentencia n° 434 del 29/9/2015) en los que se establece, en lo sustancial, que la exclusión abstracta de un catálogo de delitos, vulnera la igualdad ante la ley pues configura una desigualdad irrazonable al cancelar en abstracto esenciales beneficios del período de prueba en función de una selección discriminatoria.

Seguidamente, para reforzar y demostrar la vigencia de los lineamientos trazados en “Aguirre”, reseña parte de un fallo en el que la Cámara Segunda en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, a través de la Sala Unipersonal que integra la doctora Mónica Traballini, declara la inconstitucionalidad de la restricción establecida en los arts. 14,

supuesto 2°, inc. 10° del CP y 56 *bis* inc. 10° de la Ley 24.660 (texto según Ley 27.375), señalando que ello constituye derivación de aquél precedente (Sentencia n° 4 del 12/2/2019, “*Salguero y otro p.ss.aa. comercialización de estupefacientes*”). Aclara que se trata de un proceso relativo a delitos tipificados en la Ley 23.737 pero que sus fundamentos resultan aplicables a las demás exclusiones establecidas en el art. 14 del CP.

A partir de antecedentes jurisprudenciales que reproduce en sus partes pertinentes, afirma que el régimen de progresividad no permite excluir de su desarrollo en forma anticipada y definitiva, a determinadas personas en razón del delito por el que fueron condenadas (TSJ, Sala Penal, “Luna”, Sentencia n° 341, del 25/7/2019) y que la exclusión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional por la única circunstancia de haber sido condenado por un determinado tipo de delito, constituye una presunción *iuris et de iure* sobre la ineficacia del tratamiento penitenciario y consecuente imposibilidad de que la pena privativa de la libertad pueda cumplir su efecto resocializador, lo que transforma a la pena en pura retribución o “inocuización” durante su ejecución, despreciando los fines preventivos especiales positivos (Cámara en lo Criminal y Correccional de Séptima Nominación de esta ciudad, “Calvo”, Auto n° 144/2019).

Retoma el análisis del fallo “*Salguero*”, para sostener, a partir de él, que la afectación del principio de igualdad queda evidenciada en la medida en que, al escrutar las razones de la norma analizada, no es posible extraer su fundamento, pues agrupa delitos de los cuales no puede predicarse una misma razón que muestre con claridad cuál ha sido el paradigma que ha orientado su selección como impeditiva del beneficio. Con igual dirección cita el Auto n° 293/19 dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de Río Cuarto en “*Boticelli*”.

A continuación, critica los fundamentos en virtud de los cuales el fallo impugnado establece que las actuales restricciones establecidas por la Ley 27.375 resultan más beneficiosas que el régimen establecido por Ley 25.892. Concretamente, se refiere a la afirmación del juez de ejecución según la cual, con el “Régimen preparatorio para la liberación” incorporado como

art. 56 *quáter* de la Ley 24.660 por Ley 27.375, se garantiza la progresividad de la pena.

Argumenta que el mentado régimen preparatorio representa un mecanismo artificioso que burla abiertamente el régimen progresivo, y, con ello la finalidad de la pena. Cita un trabajo doctrinario en el que se señala la insuficiencia del referido instituto para desdibujar la inconstitucionalidad del art. 14 del CP y se tilda de engañosa a su regulación.

Concluye que las disposiciones de los arts. 14, segunda parte del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660, según Ley 27.375, se oponen abiertamente a principios elementales del estado constitucional de derecho: razonabilidad y supremacía constitucional; resocialización de la persona condenada; igualdad; culpabilidad; derecho penal de acto y progresividad del régimen penitenciario. Ello, en la medida en que impiden la atenuación de las medidas restrictivas de la libertad que pesan sobre el condenado durante la ejecución de la pena, aun cuando cuente con pronóstico criminológico favorable y con los restantes requisitos.

Solicita la declaración de inconstitucionalidad de las normas en cuestión y formula reserva del caso federal.

III. Por Dictamen n° P-993, del 30 de diciembre de 2019, el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Pcia. de Córdoba, doctor Pablo Bustos Fierro, se notifica del recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa del imputado emitiendo opinión en el sentido contrario a la procedencia sustancial del remedio intentado (ff. 255/267).

1. En primer lugar, señala que concurren los presupuestos de *admisibilidad formal* de la vía recursiva intentada (art. 483 del CPP), pues el recurso ha sido deducido en término, por quien se encuentra procesalmente legitimada para impugnar y ataca una resolución que decide de manera definitiva en sentido *contrario a las pretensiones de la recurrente*. Por otra parte, el reclamo constitucional resulta oportuno pues se realiza en momentos en que el imputado se encontraría en condiciones temporales de acceder a los beneficios comprendidos en el período de prueba del régimen de ejecución de pena privativa de la libertad, de conformidad con la previsión contenida en el art. 15, segunda parte, inc. 2, apartado a) de la Ley 24.660.

2. En el aspecto sustancial –advierte-, los términos en que ha quedado planteada la cuestión obligan a determinar, como primera medida, cuál es la normativa que debe regir el caso.

a. El detenido examen de las constancias de autos pone en evidencia que las razones que esgrime la impugnante no consiguen contrarrestar la *mayor benignidad* que el juez de ejecución penal predica con relación a la reforma introducida por Ley 27.375 a los arts. 14 del CP y 56 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad n° 24.660, en comparación con la regulación que dichos artículos tenían en la fecha de comisión de los hechos que se achacan a *Alfaro*, como resultado de la Ley 25.892.

Observa que el motivo por el cual la defensora reputa más beneficioso el régimen impuesto por la normativa mencionada en último término, es la existencia de un extendido criterio jurisprudencial que se pronuncia por su inconstitucionalidad. Ese extremo resulta mediato y desconoce que una declaración de esa índole constituye un remedio último, que solo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (Cfr: CSJN, “*Fallos*”: 328:1491).

Por el contrario –muestra el fiscal-, tal como señala el *a quo*, la ley actualmente vigente consagra un beneficio para el condenado en relación a la anterior derogada pues, si bien es cierto que ambas prevén la misma exclusión del delito de homicidio en ocasión de robo con respecto a la libertad condicional y a otros beneficios comprendidos en el período de prueba, la Ley 27.375 introduce una flexibilización del tratamiento penitenciario, con la que corrige la transgresión al principio de progresividad que contenía la regulación anterior, la cual había llevado a este Ministerio a pronunciarse por su inconstitucionalidad.

Recuerda que en Dictamen P-n° 190/2015, emitido en autos “*AGUIRRE, Víctor Hugo, -Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad –Recurso de Inconstitucionalidad-*”, sostuvo, entre

otras consideraciones, que las reformas introducidas por la Ley 25.892 vulneraban garantías constitucionales al tornar inoperante el propósito resocializador de la pena. Explicó que, al privar al condenado de beneficios que permiten flexibilizar sus condiciones de encierro, se consagraba una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del tratamiento penitenciario. Estableció que ello resultaba incompatible con su finalidad resocializadora y violentaba el principio de humanidad de la pena, por lo que correspondía declarar su inconstitucionalidad.

b. Recientemente –continúa- ha tenido oportunidad de analizar la reforma introducida por Ley 27.375 al art. 14 del CP y a la Ley de Ejecución Penitenciaria n° 24.660. Así, en autos “*Caino, Nicolás Iván – Cuerpo de Ejecución de Pena Privativa de libertad*”, mediante Dictamen n° P-294/2019, analizó la constitucionalidad de la exclusión contenida en el art. 14 inc. 10 del CP. Reflexiona que aunque la exclusión cuya constitucionalidad aquí se analiza, es la prevista por el inc. 5° de la misma norma, muchas de las observaciones formuladas en esa ocasión resultan aplicables al caso bajo examen y las transcribe:

“...Estándares normativos - Marco teórico:

El modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho, supone que cada individuo esta sujeto a la ley, incluidas las personas que son legisladores, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y jueces. En esa línea, la Carta Magna (y en igual jerarquía los tratados internacionales), moldea los principios fundamentales que se erigen como un valladar infranqueable para la tarea del legislador.

Bajo dicho esquema, principios como el de culpabilidad, legalidad penal o igualdad, entre otros, han mantenido históricamente una importancia innegable en la revisión de constitucionalidad de las leyes penales, presentándose como principios rectores de la política criminal en tanto límites del ius puniendi estatal.

1.- *En lo que atañe a los principios básicos de ejecución de la pena hay dos leyes internacionales que son de relevancia: por un lado, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 5.6 predica: “Las penas privativas de la libertad tendrán como*

finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y, por el otro, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) reza en igual sentido: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (art. 10. 3).

2.- En consonancia, nuestro país recepta el principio de progresividad de la pena. Así, la imposición de una pena pretende, a los fines de la reinserción social, que el condenado conforme a los indicadores de evolución en el tratamiento aplicado, pueda ser incorporado paulatinamente desde una situación de rigidez carcelaria hasta estadios de autodisciplina (López, Axel y Machado, Ricardo en “Análisis del Régimen de Ejecución Penal”, Ed. 2014, p. 69).

En tal sentido, el art. 6 de la Ley 24.660 ha previsto: “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 abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”. Y, con la última reforma el constituyente agregó: “Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda” (Art. 6 segundo párrafo).

3.- Por otra parte “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” de Naciones Unidas adoptadas por el Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31/7/1957 y 2076 (LXII) de 13/5/1977), conocidas como “Reglas de Mandela”, es un documento que -si bien no cuenta con raigambre constitucional como los instrumentos internacionales elevados a esa máxima jerarquía normativa por el art. 75, inc. 22° de la CN- resulta orientador como pauta de una buena organización penitenciaria, y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos, como lo señala el propio documento en las

(observaciones preliminares).

Desde este punto de vista, resulta relevante lo dispuesto en sus “principios fundamentales” en tanto la Regla n° 4 establece: “Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad...”. En esa sintonía la regla n° 87 dispone: “Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz” (negrita nos pertenece)”. (...) “...si bien la nueva redacción de los artículos 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 (modificados por Ley 23.735) se muestra similar, ya que, en definitiva, inhabilitan los beneficios comprendidos en el período de prueba para quienes cumplen penas por cierto catálogo de delitos, de las alternativas especiales relativas a la prisión discontinua o semidetención y la libertad condicional, no convierte a la ejecución de la pena sea inconstitucional en sí misma, atento existe una posibilidad razonable de progresividad de la pena en virtud de la incorporación del art. 56 quater (Ley 24.660 modificado por Ley 27.375) (...). Así, el nuevo instituto (preparatorio para la liberación) anuncia un programa de tratamiento individualizado que permitirá que el reo en el último año del cumplimiento de la sanción y de forma gradual pueda acceder a salidas supervisadas y sin supervisión, pudiendo de ese modo adquirir un hábito de respeto a la ley. Para otorgar dicho beneficio, deberá seguirse la evolución en el tratamiento penitenciario del condenado, lo cual se instituye en la presente reforma como la expectativa principal que sirve de guía al correcto desempeño en el desarrollo de la ejecución de la pena siempre teniendo como norte la fecha de cumplimiento

total de la pena y la libertad definitiva del condenado.

Por lo antedicho, es claro que esta nueva modalidad de morigeración de la pena es suficiente para cumplimentar con el derecho del condenado a recuperar su libertad hasta su extinción total y en el marco de progresividad que la normativa penitenciaria persigue”.

3. Luego de transcribir lo anterior, el Fiscal ingresa en el examen de las objeciones expresadas por la recurrente con respecto al instituto implementado por el art. 56 *quáter* de la Ley 24.660; al respecto, advierte que no reconocen más sustento que una cita doctrinaria cuyo contenido, de carácter netamente genérico, omite vincular con los hechos concretos de la causa. En tales condiciones –asegura-, las críticas resultan meramente dogmáticas y carecen de aptitud para revertir los fundamentos reeditados por el Ministerio Público. Ello, sin perjuicio de que los cuestionamientos ínsitos en la reseña doctrinaria que efectúa la impugnante, podrán hacerse valer oportunamente en el marco del proceso de ejecución de pena que lleva adelante el Juzgado de Ejecución Penal de 1° Nominación.

a. Descartada la existencia de violación al principio de progresividad –afirma-, resta determinar si los supuestos objeto de las exclusiones que se cuestionan, han sido seleccionados de manera discriminatoria y consagran una desigualdad irrazonable, como postula la defensa remitiéndose al precedente “Aguirre” (TSJ en Pleno, Sentencia n° 434 del 29/9/2015).

En esa línea de razonamiento, el señor fiscal, recuerda que en aquel pronunciamiento opinó: “...*la Ley [25.892] también se opone a la razonabilidad como criterio de igualdad (art. 16 de la CN, art. 24 de la C.A.D.H. art. 2.1 de la D.U.D.H. y art. 3 del P.I.D.C.P., y 8 de la 24.660), en tanto se diferencia a los reclusos condenados por delitos específicos, con el resto de los integrantes de la población carcelaria, y la exclusión de un tipo de criminalidad, de ciertos derechos que se corresponden con el régimen de progresividad. Con ello, parecería*

introducir componentes de un derecho penal de autor que permite seleccionar con un criterio pseudoracional una categoría de personas respecto de las cuales se aplicará la teoría preventivo especial negativa de la pena, evitando su reincorporación al medio libre por la mayor cantidad de tiempo posible (Cesano, José Daniel, “Contribución al estudio de la libertad condicional”, ed. Mediterránea, 2008, pag. 35/36). Más aún: existe falta de coherencia en la selección de delitos excluidos del beneficio, pues si se repara en la naturaleza de éstos, existen por lo menos dos hipótesis (arts. 124 y 165) en donde se impide la concesión del derecho a condenados por figuras delictivas cualificadas por un resultado (muerte de una persona) no querido por el autor, mientras que en otros (art. 80 inc. 7°), ese resultado fue intencionalmente buscado, no obstante lo cual, el legislador previó, para todos esos casos una solución idéntica. Asimismo (...) existen en la norma otros delitos conminados con una sanción penal de prisión perpetua, o en su caso de una pena máxima en abstracto de 25 años de prisión, por haber provocado la muerte de una persona como consecuencia de una conducta típica llevada a cabo por el agente, que no están incluidos en la selección efectuada por la reforma (en ellos cabe precisar al homicidio simple (art. 79) y el homicidio agravado (art. 80) en todas su expresiones, exceptuando en catalogado en el inc. 7°). Tampoco se hacen distinciones respecto al grado de participación del agente en el hecho, por lo que una persona condenada como partícipe secundario por los delitos mencionados también vería cercenado su derecho.

Resulta claro entonces, que las deficiencias apuntadas demuestran que la norma vulnera el principio de igualdad de raigambre constitucional (art. 16 de la CN), si se tiene en cuenta que “...las leyes penales, para ser válidas, deben tener una explicación racional. De ello se sigue que si bien el legislador puede hacer diferencias entre situaciones distintas (ej. entre diferentes delitos), ello sería lícito y constitucional en la medida en que la distinción resulte razonable” (Confr. Mahiques, Carlos A., “Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias, y perspectivas en el derecho penal comparado”, Fabián J. Di Plácido,

Bs.As., 2002, p. 293, cit. por Cesano, José Daniel, “Contribución al estudio de la libertad condicional”, ed. Mediterránea, 2008, pag. 105). En tal sentido el art. 16 CN requiere que “se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones”; lo que implica que el derecho no establece excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, y si bien, esta regla de igualdad no es absoluta y su misión es evitar distinciones arbitrarias u hostiles; considerándose que puede el legislador crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, siempre con la condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; que las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc”. Es que “...el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias de ellos y que cualquiera otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social” (Rius, Oscar “La Igualdad ante la ley”; Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1987, pág. 9)...”. Todo ello llevó a pronunciarse por la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas. (Dictamen N° 190/2015 ya citado).

Seguidamente, destaca que un nuevo examen de la cuestión a la luz de la legislación actualmente vigente, lo conduce a la solución opuesta. Explica que a esta altura de los acontecimientos, continuar predicando *falta de razonabilidad* respecto del criterio de selección de los tipos penales sobre los cuales han de operar las exclusiones del régimen de libertad condicional y beneficios comprendidos en el período de prueba del tratamiento penitenciario, importaría invadir esferas de decisión propias de otro de los Poderes del Estado. A esa conclusión se arriba con fundamento en que, al volver a reformar el art. 14 del CP y la Ley 24.660, por Ley 27.375, el Congreso de la Nación mantuvo expresamente el tipo penal

previsto por el art. 165 del CP -entre otros- dentro del elenco de figuras excluidas de aquellos beneficios. Tal tesitura responde evidentemente y como no puede ser de otra manera, a razones de política criminal que escapan de la órbita de injerencia de este Poder Judicial. A continuación, recuerda expresiones vertidas por el Ministerio, en oportunidad de emitir opinión en los citados autos “Caino”: *“...el legislador tiene el derecho y la posibilidad de cambiar las políticas en miras de resguardar la coyuntura económica y social. Para ello, el contexto a considerar debe enmarcarse en: la existencia del riesgo que se pretende contrarrestar con la criminalización, y, las razones por las cuales otros medios no han sido efectivos; ello así, ponderando las opiniones de todos los potenciales afectados.*

Pues bien, bajo este estadio, es posible establecer que la reforma al Código Penal y su ley complementaria (n° 24.660), modificatoria del régimen de excarcelación para algunos delitos, no fue antojadiza, sino por el contrario, el parlamentario procuró endurecer la ejecución de las penas impuestas de aquellos comportamientos que mayor indignación o alarma social producen.

En el sub [examen], el enfoque residió en la preocupación principal del incremento de los delitos cometidos por individuos que, habiendo recibido condena, cometían un nuevo delito durante la fase de ejecución, sumado a la escasa participación de la víctima en el proceso penal. Ambos extremos pusieron foco en el sistema de justicia penal, exigiéndole que torne su mirada hacia el ofendido del delito con el fin de atenuar y prevenir los efectos de la victimización. Por ello, el debate parlamentario transitó en torno a una única demanda social: “cerrar la puerta giratoria”.

Como asunto de relevancia, el legislador adoptó como medida de respuesta, la necesidad de que el condenado, recorra, a los fines de su reinserción social un programa específico de carácter individual en el que la progresividad de la pena se ajuste al reclamo social. Así, como lo anticipó el órgano de ejecución, a partir de una elección de política criminal creó el “Régimen preparatorio para la liberación” (art. 56 quáter de Ley 24.660) que prevé que un

año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el individuo hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, pueda acceder a la libertad. A esos fines, distinguió tres fases: Preparatoria y dentro del establecimiento (durante los primeros tres meses); De salidas con acompañamiento (durante los seis meses siguientes) y de salidas fuera del establecimiento sin supervisión (los últimos tres meses). En el caso de las salidas prescribió que todas debían ser diurnas y por plazos no superiores a las doce horas.

A lo apuntado, se añadió el especial interés en la desincentivación de ciertas conductas delictivas, imponiéndose la necesidad de diferenciar un elenco de delitos que el legislador, en base a su mayor gravedad y otras razones de prevención general, le pareció relevante distinguir. Entonces el nuevo paradigma revela el diseño de una nueva política criminal que, sin desconocer los estándares internacionales básicos (CADH, PICDP, “Reglas de Mandela”), pregona una perspectiva que integra la visión de la víctima en la última fase del proceso penal” (énfasis agregado).

En la misma oportunidad –recuerda- se sirvió de los “Antecedentes Parlamentarios” de la sanción de la Ley 27.375 (BO 28/7/2017), con el objeto de ahondar en el “espíritu del legislador” como principal herramienta de interpretación de la ley. Reparó puntualmente en que en la Cámara de Diputados (Período 134, 21a. Reunión - 20a. Sesión ordinaria especial de fecha 23/11/2016), la mayoría de las voces legisferantes se pronunciaron a favor de un nuevo régimen en la ejecución de la pena impuesta. Precisó concretamente: “...las palabras del Diputado Nacional por la ciudad de Mendoza Luis Alfonso Petri avizoran la intención legislativa de la reforma. En primer lugar, sostuvo que ‘muchos delincuentes cumplen sus condenas y a la mitad de ellas obtienen los beneficios de las salidas transitorias o de la utilización del régimen de semilibertad, y terminan cometiendo delitos cuando deberían estar cumpliendo sus penas...’, o bien, deliberó: ‘cómo explicamos a la víctima de un delito en

manos de un delincuente que salió bajo el régimen de salidas transitorias que nos equivocamos, porque si hubiese estado cumpliendo la condena no hubiera cometido ese delito. Esa omisión es imperdonable en manos del Estado... ”.

En esa línea, el constituyente Martin Osvaldo Hernández sintetizó: ‘Todas estas medidas en su conjunto se dirigen en el sentido de establecer bases más justas de una política criminal que tienen en la actualidad y desde hace mucho tiempo una mirada indulgente y complaciente para los autores de delitos y, por el contrario, una mirada indiferente para quienes han sufrido esos delitos’.

Con el mismo vigor la mayoría de la Cámara Alta emitió su voto. Así, el Senador Nacional Miguel Angel Pichetto, en lo particular, se refirió a la entidad de los delitos conglomerados en el art. 56 bis expresándose del siguiente modo: ‘Estamos poniendo los delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves para que no obtengan el beneficio ni de la salida transitoria ni de la salida anticipada y que cumplan la totalidad de la condena’.

Por el otro, Julio César Cleto Cobos armonizó esos lineamientos con los estándares vigentes en orden al principio fundamental de progresividad de la pena, al decir que no había que confundir que ‘estamos sancionando una ley solamente para restringir las salidas transitorias y solamente para prohibir la libertad condicional en crímenes aberrantes. Estamos restringiendo; eso sí, pero estamos abordando y mejorando todo el principio de progresividad del cumplimiento de la pena. Esto tiene que ver con todos los aportes que se han hecho a modificaciones de leyes que ya están sancionadas, generando así un mecanismo de resocialización, de rehabilitación con mayor eficacia, con mayor seguimiento, y dando intervención a las víctimas en la última etapa del régimen de progresividad, que es cuando viene el beneficio de la salida transitoria o de la libertad condicional (...) Lo que estamos queriendo hacer con esta ley, además de lograr la resocialización y la reinserción, es que aquellos delitos aberrantes sean sancionados con una prisión efectiva, cumpliendo la totalidad de la pena, pero no evitando someterlos al proceso de mejora progresiva que debe

tener el condenado para que después sí salga en las mejores condiciones”.

b. El representante del Ministerio Público sostuvo que dichas consideraciones –transcriptas-, resultan plenamente aplicables al supuesto del tipo penal que regula el art. 165 del CP, se colige que la selección convalidada a través del dictado de la reforma posterior, satisface el principio de racionalidad en la medida en que, con ella, se propende a la efectivización sobre bases más justas de las penas aplicadas por la comisión de delitos que el legislador reputa más pesados, más graves o causantes de mayor alarma social, entre otras razones de prevención general. Ello autoriza a descartar el concurso de la alegada violación al principio de igualdad ante la ley, recordando que la garantía constitucional del art. 16, implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mientras que *las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos, son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o un indebido privilegio* (CSJN, “Fallos”: 327:5118). Pues, la Constitución Nacional no establece derechos absolutos y todos los derechos en ella consagrados se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional.

4.- Como corolario de todas las razones expuestas, el Ministerio Público discierne que las normas que rigen el caso son los arts. 14 inc. 5° del CP y 56 *bis* inc. 5° de la Ley 24.660, según reforma introducida por Ley 27.375, y que ellas transitan incólumes el control de constitucionalidad.

Finalmente, recuerda que *“El control de razonabilidad debe realizarse siempre teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad que debe ser considerada ultima ratio del orden jurídico máxime en supuestos como el de autos, donde las decisiones enjuiciadas corresponden al ámbito de funciones privativas de los otros poderes del Estado, con amplio margen para definir las medidas que estimen más oportunas, convenientes o eficaces para el logro de los objetivos propuestos”* (CSJN, “Fallos”:

341:1511), corresponde desestimar el planteo formulado por la defensa del imputado *Ricardo Adrián Alfaro*.

IV. Previo ingresar al examen del recurso se efectúa una síntesis de las circunstancias relevantes de la causa:

1. Por Sentencia n° 31, de fecha 26/8/2013 dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de 4° Nominación se condenó a Ricardo Alfaro como autor del delito de robo calificado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP) y se le impuso la pena de 5 años de prisión.

2. Por sentencia del 26/5/2015, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de 5° Nominación se resolvió condenar a Alfaro como partícipe secundario del delito de homicidio en ocasión de robo, agravado por el uso de arma de fuego (arts. 46, 165 y 41 bis del CP) y se le impuso la pena de 9 años de prisión la que se unifica con la sanción de 5 años impuesta por la cámara 4°, en la pena única de 12 años de prisión con adicionales de ley y costas.

3. El imputado en dos oportunidades efectuó presentaciones *in pauperis* solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 (ff. 264 y 297).

Por decreto de fecha 15/11/2018 (f. 298) el *a quo* sostuvo que no resultan aplicables las referidas normas atento haber sido condenado –Alfaro– como autor del delito de robo calificado por el uso de arma (art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP) mediante Sentencia n° 31, de fecha 26/8/13 dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de 4° Nominación, delito que no se encuentra comprendido en las mencionadas normas.

El imputado insiste con su solicitud de inconstitucionalidad (f. 311).

4. Comparece la asesora letrada que ejerce la defensa técnica de Alfaro y procede a fundar su petición. Previo advertir que su asistido tenía una condena de cámara 5°, por el delito de homicidio en ocasión de robo, además de la considerada por el tribunal, solicitó la declaración

de inconstitucionalidad de los arts. 14, segunda parte, del CP en cuanto establece que la libertad condicional no será concedida en los casos previstos en los arts. 165 del CP, entre otros, y del 56 *bis* de la Ley 24.660, según reforma introducida por Ley 27.375, que dispone que no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por delitos previstos, entre otros, en los arts. 165 y 166 inc. 2, segundo párrafo del CP (ff. 313/315 vta.).

5. Al evacuar la vista que se le corrió con relación al planteo de la defensa, el Fiscal de Ejecución Penal, doctor Martín Berger se pronunció en sentido favorable a la declaración de inconstitucionalidad solicitada (ff. 319/321).

Para ello, comenzó reparando en el carácter de *última ratio* del orden jurídico que reviste la medida impetrada. Seguidamente mencionó que V.E. ya se ha pronunciado, en el precedente “Aguirre” sobre la cuestión llevada a su consideración, no obstante lo cual cabe señalar que entre los fundamentos del proyecto de incorporación del art. 56 *bis* en la Ley 24.660, se incluyó la necesidad de dar respuesta legal a hechos graves.

Aseguró que el análisis de las modificaciones al Código Penal y Régimen de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad debe realizarse a la luz de los principios básicos que rigen a este último. En ese orden, consideró que la finalidad de la pena es lograr la reinserción social del condenado, a través de un régimen basado en la progresividad y respetuoso de bases igualitarias que no admitan más diferenciación que las derivadas del tratamiento individualizado, en cuyo marco los avances dependerán de la evolución del interno y de los informes de los expertos. Puso de resalto la normativa supranacional con jerarquía constitucional que respalda la vigencia de la reinserción social como finalidad de la pena privativa de la libertad. Subrayó que, según sea su evolución, a lo largo del tratamiento penitenciario el condenado podrá ir accediendo a una flexibilización en el encierro e incorporarse en unidades basadas en el principio de autodisciplina, correspondiendo al juez de ejecución garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y tratados

internacionales, así como los derechos de los condenados no afectados por la condena ni por la ley.

Derivó de todo lo anterior que las limitaciones cuestionadas por la defensa serían contradictorias con la finalidad de Ley 24.660, ya que afectaría los principios de resocialización y progresividad, contrariando así el principio de igualdad. Sobre esa base, estipuló que correspondería declarar la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 14 del C.P. y del art. 56 *bis* de la Ley 24.660.

6. La resoluciones impugnadas:

a. Mediante Auto N° 556, del 25/7/2019 (ff. 323/327 vta.), el Juez de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad, resolvió, en lo que aquí interesa: “...*no hacer lugar a la declaración de Inconstitucionalidad de los arts. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660 (t.o. Ley 27.375) a favor y en interés del interno Ricardo Adrián Alfaro...*”.

Para arribar a esa decisión, parte de la concepción según la cual, la cuestión llevada a su conocimiento consiste en determinar “*si la reforma introducida por Ley 27.375, modificatoria del art. 14 del CP y 56 bis de la Ley 24.660, en virtud de la cual el interno Ricardo Adrián Alfaro, se encuentra excluido de la posibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional, resulta inconstitucional, teniendo en cuenta que fue condenado... por el delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 46, 165 y 41 bis del C.P.); siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada por el Tribunal superior de Justicia en el fallo “AGUIRRE”, S. n° 434 del 29/9/2015...*” (textual, f. 323 vta., último párrafo).

Entiende que la temática debe analizarse en función de los principios básicos de la ejecución de la pena, sus motivaciones parlamentarias y las razones de política criminal actuales.

Advierte que los planteos de inconstitucionalidad que se formulaban en relación con al antiguo articulado de la normativa de que se trata, se basaban en la denuncia de violación de los principios de proporcionalidad, culpabilidad y progresividad del régimen penitenciario.

Sentencia que las modificaciones introducidas a la Ley 24.660 por Ley 27.375, determinan que en el caso concreto *Alfaro* no resulta privado del uso y goce de derechos y garantías ni principios constitucionales; sometido a trato injusto y arbitrario ni privado de acceder a un régimen de progresividad en la ejecución de la pena. Descarta expresamente que resulten vulnerados en el caso los principios constitucionales de proporcionalidad de la pena e igualdad ante la ley y que la selección de delitos contemplados en el art. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660, modificada por Ley 27.375, sea arbitraria e injustificada. Entiende que, por el contrario, la reforma tiene fundamento, entre otras cuestiones, en razones de política criminal.

Destaca, en primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría antes de la última reforma a la Ley 24.660, las modificaciones incorporadas por la Ley 27.375 con la finalidad de subsanar las críticas constitucionales suscitadas por el antiguo texto y para satisfacer el principio de progresividad discutido, introdujeron para el elenco de delitos bajo examen un período de tiempo dentro del cual se desarrolla en forma progresiva el proceso resocializador necesario para el condenado. Explica que con la incorporación del art. 56 *quáter* se asegura el “Régimen Preparatorio para la Liberación”, en los supuestos de condenados por los delitos previstos en el nuevo art. 56 *bis* y art. 14 del CP (entre los que se cuenta el delito por el que *Alfaro* cumple condena), lo que garantiza la progresividad de la pena a través de la elaboración de un programa específico que toma en consideración la gravedad del delito cometido y permitirá un mayor contacto con el mundo exterior.

Después de detallar los pasos que comprende el régimen regulado en el art. 56 *quáter* de la Ley 24.660 retorna al caso concreto para señalar que *Alfaro* no se encontraría privado de la posibilidad de resocializarse pues tiene actualmente habilitada la progresividad de las modalidades de encierro, pudiendo alcanzar el contacto con la realidad exterior del establecimiento penitenciario dentro del lapso previsto por la nueva norma.

Amplía su análisis a los arts. 1 y 14 de la Ley 24.660 reformados por Ley 27.375,

concluyendo que no se vulnera el principio de progresividad y tampoco el de igualdad porque no hay discriminación irrazonable.

Siguiendo la última línea de pensamiento referida, pone de resalto que la incorporación del mentado régimen preparatorio de liberación anticipada responde a una elección político criminal del legislador -que analiza a partir de fundamentos que informaron el proyecto de ley respectivo-.

A continuación, se ocupa del restante motivo de inconstitucionalidad que se planteaba con respecto a la normativa anterior, consistente en la presunta existencia de una selección caprichosa o arbitraria (basada en principios inequitativos de gravedad o peligrosidad desproporcionados y violatorios del principio de igualdad) respecto al elenco de delitos comprendidos en el art. 14 del CP y por tanto excluidos de beneficios reconocidos a condenados por otras figuras penales. Niega que la elección de las figuras delictivas integrantes obedezca única y exclusivamente a su *gravedad*; asegura que, además de la *peligrosidad*, atiende a otras razones de política criminal y social que no vulneran derechos de raigambre constitucional. Al respecto, pone como referencia los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, apreciando que la selección se enmarca sobre el *bien jurídico protegido*, que en el caso está constituido por la *salud pública*. Sobre el particular, observa que la reforma ha tenido la finalidad de dar respuesta a la necesidad social derivada de los niveles que ha adquirido la actividad delictiva y el consumo vinculados con la actividad de tráfico de sustancias estupefacientes, siendo evidente que el legislador se ha preocupado por modificar y ampliar los criterios a tener en cuenta respecto a la progresividad discutida, así como a la selección justificada de los bienes jurídicos a tutelar de forma más restrictiva, teniendo como base y presupuesto el bien común y la necesidad social a una respuesta de justicia eficiente.

Descarta, consecuentemente, que *Alfaro* se encuentre privado del ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, como argumenta su defensa.

Aclara que no escapa a su conocimiento que en el precedente “Aguirre” V.E. ha hecho lugar a la declaración de inconstitucionalidad que aquí se pretende. Sostiene que ello ha respondido a circunstancias que revestían interés y agravio sobre el justiciable, las que no se verifican en el *sublite*, pues los vicios que se advirtieron en la normativa anterior han quedado subsanados a través de las modificaciones que la Ley 27.375 introdujo sobre la 24.660. Entiende que la normativa actual reviste criterios y fundamentos constitucionales que respetan y estructuran los principios de progresividad e igualdad, sin dejar de lado la intención legislativa de proteger mediante formas más restrictivas para el condenado, la sanción de determinadas acciones que violan determinados bienes jurídicos especialmente tutelados, con base en principios de política criminal y en el reclamo y la necesidad social actuales.

Considera que no ha quedado demostrado que las normas cuya declaración de inconstitucionalidad reclama la defensa, ocasionen perjuicio concreto al interno *Alfaro*. Concluye, consecuentemente, por rechazar el pedido.

Deja a salvo que al momento de cumplirse los requisitos temporales de acuerdo con el art. 56 *quáter* de la Ley 24.660, a los fines de obtener la libertad anticipada, queda abierta la posibilidad de que el penado, en caso de optar por dicho beneficio, requiera un año antes del cumplimiento total de la condena, su incorporación al régimen preparatorio de la libertad anticipada, previo informe y pronóstico individualizados favorables a su reinserción social, de la dirección del establecimiento y los peritos.

b. El mismo magistrado, a través de Auto n° 573 del 29/7/2019 (ff. 328/329), *mantiene* la parte resolutive y los fundamentos de la resolución anterior, con excepción del punto I de los “considerandos”, al que modifica estableciendo que los hechos por los que *Alfaro* fue condenado son anteriores a la reforma implementada por Ley 27.375. No obstante ello, aclara que el análisis se efectuará en función de la nueva normativa, por resultar ella más beneficiosa para el condenado que la anterior derogada. Explica que no existe impedimento para aplicar la ley reformada por cuanto la normativa anterior (Ley 25.892 vigente al momento del hecho por

el cual *Alfaro* se encuentra condenado), al igual que la actual (27.375) en su art. 14 del CP y la Ley 24.660 en su art. 56 *bis*, prevén idéntica exclusión con respecto al delito tipificado por el art. 165 del CP, de la libertad condicional y los beneficios comprendidos en el período de prueba, de modo tal que no se observa un agravamiento en su aplicación. Agrega que la última reforma introduce una flexibilización en cuanto al tratamiento penitenciario, resultando así más beneficiosa para el condenado, por lo que consecuentemente su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad de la norma.

V.1. Ingresando al análisis del recurso defensivo y cotejándolo con los decisorios en crisis, resulta necesario, en primer término, esclarecer cual resulta la normativa aplicable al caso.

En esa dirección, se comparte la postura del juez de ejecución, en cuanto sostiene que la Ley 24.660 modificada por Ley 27.375 resulta más beneficiosa para *Alfaro* que la anterior.

En efecto, por la fecha de comisión del hecho de homicidio en ocasión de robo atribuido a *Alfaro* (29 de diciembre de 2012) resulta aplicable el anterior art. 14 del CP (según Ley 25.892) así como la jurisprudencia sentada por esta Sala a partir del precedente *Aguirre* del año 2015, declarando la invalidez de dicha norma, tal como lo postula la defensora.

Si bien ambas normas incluyen al delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP) entre los excluidos para acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba del régimen penitenciario, resulta evidente que la Ley 27.375 al incluir al art. 56 *quáter* estableciendo el régimen preparatorio para la liberación, conforme el cual el interno podrá salir de su encierro antes del agotamiento total de su condena -lo que no autoriza la 25.892-, resulta mas favorable a *Alfaro*.

2. Zanjado lo anterior, debe examinarse lo relativo a la validez constitucional de las normas cuestionadas por la impugnante.

La quejosa denuncia los arts. 14, segundo supuesto, inc. 5 del CP y 56 *bis* inc. 5 de la Ley 24.660, según Ley 27.375, pues considera que son contrarios a garantías y derechos consagrados en normativa internacional. Además –agrega–, violentan los principios de

humanidad, culpabilidad, derecho penal de acto, progresividad y fin resocializador de las penas, pues la discriminación de delitos efectuada no supera ningún test de razonabilidad. En sustento de su postura acude al fallo de esta Sala “Aguirre”, S. n° 434, del 29/9/2015, que declaró la inconstitucionalidad de dichas normas con anterioridad a la Ley 27.375 y cita dos resoluciones de Cámara Segunda y Cámara Séptima, en los que se declararon inválidas las nuevas normas.

Por el contrario, dichas normas fueron consideradas válidas por el juzgador al ponderar que la incorporación del 56 *quáter* garantiza la progresividad del sistema y el retorno a la sociedad de los condenados, salvando las críticas efectuadas al régimen anterior.

Al respecto, esta Sala también se expidió a partir del precedente “Gauna” de marzo del presente año, en sentido opuesto al desarrollado por el juez de ejecución y por el fiscal adjunto en su dictamen.

Se ha reflexionado que los nuevos arts. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660 (según reforma operada por Ley 27.375) resultan inconstitucionales no obstante el nuevo régimen preparatorio para la liberación pues se lo considera insuficiente para satisfacer los fines de la pena.

Si bien tal decisión ha sido en relación a los delitos de narcotráfico previstos en el inciso 10° de aquellas normas, los motivos allí expuestos son igualmente aplicables al supuesto de autos –homicidio en ocasión de robo, inciso 5° del art. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660–, correspondiendo declarar su invalidez, conforme se desarrollará.

3. No resulta en vano recordar que este Tribunal Superior ha expresado en reiteradas oportunidades que la discusión sobre la constitucionalidad de las normas locales o federales, en contra de resoluciones definitivas o equiparables a tal o de autos mencionados en el art. 469, solo podrá efectuarse a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 483 del CPP (Cfr. TSJ, Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, 11/12/1997; "Acción de Amparo presentada por Jorge Castiñeira" A. n° 178 del 3/5/2001; “Delsorci”, A. n° 365,

20/9/2001; entre otros); siempre que la decisión fuere contraria a la pretensión del recurrente.

El recurso de inconstitucionalidad es una vía incidental para traer la materia constitucional. Para su procedencia la resolución judicial recurrida debe haberse pronunciado en forma contraria a la pretensión del recurrente; debe existir una decisión adversa.

Es necesario recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como “*última ratio*” del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse solo para aquellos casos en que la “repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

Se ha sostenido en la jurisprudencia de este Tribunal Superior en cuestiones relativas al control de constitucionalidad de las leyes penales en orden a la fijación de los marcos punitivos o la exclusión de ciertos beneficios (libertad condicional) durante la ejecución de las penas privativas de libertad, que no se trata de controvertir por los jueces el mérito, la conveniencia o la discrecionalidad de los legisladores, sino de reparar el error legislativo a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego.

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

constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional", Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss).

En el caso bajo examen, la recurrente con anterioridad a esta instancia efectuó el planteo de inconstitucionalidad de las normas referenciadas, y el juez de ejecución se expidió a favor de la regularidad constitucional de los arts. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660, motivo por el cual insiste en esta ocasión.

4. Como ya se anticipó, respecto de los arts. 14, 2da. Parte del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660, ya se expidió esta Sala a partir del precedente Aguirre (S. n° 434, del 29/9/2015) declarando su inconstitucionalidad pues se consideraron violatorias de la garantía de igualdad ante la ley y los principios de progresividad, proporcionalidad y humanidad, y el mandato de resocialización.

Si bien esta resolución resulta anterior a la modificación de la Ley de Ejecución Penal n° 24.660 propiciada por Ley 27.375 se mantienen los motivos allí establecidos, pues la nueva ley no ha traído solución alguna a la argumentación que tacha de inconstitucional aquellas normas.

Se observa que tanto el juez de ejecución como el señor fiscal en su dictamen, se apartan de aquel precedente avalando la constitucionalidad de las normas en crisis, a partir de la incorporación por Ley 27.375 del art. 56 *quáter*. La impugnante refuta dichas razones, considerando insuficiente la nueva norma.

A partir de la causa Aguirre, se sostuvo que:

El art. 16 CN consagra el principio de Igualdad, lo que la CSJN ha definido como "*...el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias de ellos*" (Fallos 16:118; 124:122; 127:18 y 167; 150:122; 161:148; 183:95; 191:233; 211:589 entre otros).

Hemos sostenido que en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato. Empero, se destacó que la norma debe ser interpretada como lo expusiera destacada doctrina comparada, ya que *"...no implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, siempre que la diferencia de tratamiento esté justificada legal y constitucionalmente y no sea desproporcionada con el fin que se persiga"* (López González, José Ignacio, "El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo", Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Nro. 52, año 1988, pág. 67; TSJ, Sala Penal, "Prosdócimo", S. n° 27, 24/4/1998; "Martínez Minetti", S. n° 51, 23/6/2000; "Acción de amparo interpuesta por Danguise, Oscar Alfredo c/ A.D.A.C. y otros"; S. n° 82, 20/9/2000; "Lavra", S. n° 101, 3/12/2002; TSJ, en Pleno, "Toledo", S. n° 148, 20/7/2008). En síntesis se ha sostenido que *"...la protección del derecho de igualdad, del derecho constitucional a la no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: si la diferencia de trato está dotada de una justificación objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente; y si existe la debida proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen..."* (TSJ, Sala Contencioso-administrativo, "Ludueña de Miniki, Esther Elba c/ Provincia de Córdoba", S. n° 68, 23/10/1997; Sala Penal, "Martínez Minetti", S. n° 51, 21/6/2000; "Danguisse c/ADAC", S. n° 82, 20/9/2000. Cfr. López González, José Ignacio, ob. cit., pág. 67). Siendo así las cosas, la exclusión abstracta de un catálogo de delitos con la consiguiente cancelación de los beneficios que durante la ejecución de la pena privativa de libertad se confiere en virtud del principio de progresividad, tal como se encuentra contemplada, vulnera la igualdad ante la ley por configurar una discriminación irrazonable. Como es sabido, la progresividad del régimen penitenciario fue receptada en las *Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos* de Naciones Unidas adoptadas por el Primer Congreso

de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31/7/1957 y 2076 (LXII) de 13/5/1977), en tanto establecen que el régimen *“debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona”* y, por ello, que *“antes del término de la ejecución de una pena o medida”* se adopten *“los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad”* (numeral 60).

También ha sido receptada por el Código Penal en la libertad condicional y por la Ley 24.660 (de ejecución penitenciaria) ya que se trata de una característica central de la ejecución de la pena privativa de libertad, porque implica gradualmente la flexibilización del encierro carcelario y posibilita que, bajo ciertas condiciones generalmente conectadas con el tiempo de cumplimiento y comportamiento (conducta y concepto), el interno pueda acceder a modalidades menos rigurosas de cumplimiento de la pena (alternativas especiales), las salidas transitorias y diferentes formas de libertades anticipadas reinsertándose en el medio libre positivamente aunque con restricciones.

Repárese en que dicha normativa penitenciaria, no solo consagra la progresividad como un principio para todo el tratamiento penitenciario en general –en sentido amplio–, sino que introduce como criterio central la división de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en los cuatro períodos que establece en su art. 12 y ss. (observación, tratamiento propiamente dicho, prueba y libertad condicional).

Ante ello se advierte que las reglas objetadas, cancelan abstractamente beneficios esenciales del período de prueba, -que se encuentra situado en el último tramo de la ejecución de la pena privativa de libertad-, consistente en un conjunto de alternativas que flexibilizan el encierro carcelario para atenuar sus consecuencias desocializadoras, como por ejemplo la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente que se

basen en el principio de autodisciplina (penal abierto o semiabierto), las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad, asimismo deniega todas las posibilidades de las libertades anticipadas (libertad condicional y asistida).

Sin embargo, semejante exclusión no se sustenta en la gravedad de los delitos. Así lo evidencia que si bien los excluidos lo son, existen otros delitos de *igual o mayor gravedad* contra los mismos bienes jurídicos, para cuyos condenados, en cambio, sí son posibles los beneficios cancelados a los condenados por los delitos comprendidos en el catálogo.

En ese sentido, el art. 14 CP solo selecciona dentro de los homicidios más graves punidos con pena perpetua al grupo de homicidios (previstos en los arts. CP 80 inc. 7° -*criminis causae*-, 124 -resultante de un abuso sexual-, 142 *bis* -causado intencionalmente en torno a un secuestro (142 según DJA)- y 170 CP -causado intencionalmente en el marco de un secuestro extorsivo-, textos según Ley 25.893) y entre los delitos con pena temporal uno solo, homicidio en ocasión del robo (art. 165 CP). No obstante, otros supuestos de homicidio previstos en el art. 80 CP que revisten la misma gravedad del supuesto *criminis causae* –como se infiere de la idéntica respuesta punitiva dispuesta por el legislador– no resultan afectados por esas restricciones del art. 14 CP. Incluso existen otros *injustos de mayor gravedad* que no integran el catálogo, en referencia a los comprendidos en el Estatuto de Roma y en los que la Ley n° 26.200 individualizó la prisión perpetua, para cuyos condenados se mantienen los beneficios del período de prueba y las libertades anticipadas.

Por consiguiente, resulta evidente que las restricciones aludidas constituyen una *selección discriminatoria* porque, a esos efectos restrictivos, se incluye un grupo de delitos graves pero de *igual e incluso de menor lesividad* por la referencia mencionada, sin que se avizore que responda tampoco a una mayor culpabilidad por acto. Y por ende, la aplicación de esas exclusiones al caso, resulta claramente vulnerante de la garantía de igualdad ante la ley del art. 14 CN, por las razones que se han señalado.

Es que, como con acierto se ha dicho, a la luz de dicha garantía constitucional, no resulta

tolerable que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió (arg. conf. Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Ed. Del Puerto, 2006, p. 304).

Lo señalado es argumento suficiente para la descalificación constitucional de estas reglas, en lo que al caso concierne, esto es para denegar la libertad condicional (y la libertad asistida en el futuro) a un condenado a una pena temporal de catorce años y otros beneficios del periodo de prueba, *eliminando abstractamente todos los beneficios de la progresividad* del régimen a partir del citado período de prueba sin justificación racional en la gravedad del injusto, culpabilidad u otro fin con amparo constitucional.

5. Al igual que sucedió con las leyes 25.892 y 25.948, la sanción de la Ley 27.375 (BO: 28/7/2017), obedeció a intereses políticos “justificados” en demandas sociales fortalecidas desde sectores mediáticos. La flamante normativa presenta nuevas reglas restrictivas para el acceso a los institutos del período de prueba del régimen penitenciario (salidas transitorias, semilibertad), a algunas alternativas para situaciones especiales (prisión discontinua, semidetención), a la libertad condicional y a la libertad asistida (Art. 56 bis LEP y Art. 14, 2º párrafo CP), soslayando las normas y principios penales y constitucionales existentes.

Sin embargo, pretendiendo evadir ulteriores objeciones de constitucionalidad, también regula un peculiar “*régimen preparatorio para la libertad*” de los condenados por determinados delitos (catálogo preestablecido) (Art. 56 *quáter* LEP).

En cuanto a las restricciones señaladas, el legislador aumenta -en comparación con la normativa anterior- la nómina de los delitos considerados “graves” e incluye otros de menor gravedad que “*equipara*” en cuanto a sus efectos, al prohibir a los condenados por esos delitos la incorporación al período de prueba del régimen penitenciario, prisión discontinua, semidetención, libertad condicional y asistida.

Pese al diferente nivel de injusto de las categorías delictivas incluidas, conforme los bienes

jurídicos tutelados y sus penas, sin una razón válida se les otorgan las mismas consecuencias penitenciarias.

Los delitos considerados por los derogados arts. 14 del CP y 56 *bis* LEP, coincidían en el sentido de que tenían como denominador común, la muerte de la víctima y además estaban sancionados con pena perpetua, con excepción del homicidio con motivo o en ocasión de robo del art. 165 CP, que tiene sanción temporal.

La nueva selección de delitos, conforme las normas vigentes, resulta absolutamente aleatoria e incomprensible y evidencia la manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada.

En efecto, analizando el contenido de los artículos en crisis se observa que el legislador incluye todos los homicidios calificados (art. 80 CP) y figuras calificadas por el resultado muerte, hipótesis que parecerían referir a los delitos de mayor gravedad; sin embargo, también se consideran otros delitos en los que no hay resultado mortal como, delitos contra la integridad sexual, inc. 2º; delitos vinculados a la criminalidad organizada incs. 7, 8 y 9; delitos vinculados al narcotráfico –inc. 10º-, tanto ilícitos de micro como macrotráfico, no obstante su diferente grado de injusto.

Como se observa, la selección, ya no puede relacionarse con la gravedad de las sanciones por la variedad de las conductas previstas y sus distintas consecuencias, resultando imposible, entonces, encontrar un motivo lógico para su equitativa consideración en cuanto a los efectos restrictivos de beneficios; ello lesiona principios fundamentales y determina indefectiblemente su tacha de inconstitucionalidad.

Recordemos que a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha otorgado rango constitucional a declaraciones, tratados y convenciones, que contienen nuevas garantías y desarrollan más profundamente el contenido del art. 18 de la Carta Fundamental.

En lo que aquí respecta, se establecieron de manera expresa los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad (art. 6 Ley 24.660), que

deben regir como pauta orientadora de la actividad de los órganos estatales que intervienen en la ejecución, siendo la resocialización y readaptación social del condenado, su principal finalidad (artículos 5.6 de la CADH, 10.3 del PICDCyP y 1° de la Ley 24.660). Dentro de la ejecución, la libertad condicional aparece como la fase final de dicho programa (art. 12, Ley 24.660), que sólo admite ser limitada con un fundamento razonable. Ello no ocurre con el segundo supuesto del nuevo artículo 14 del CP pues la exclusión se sustenta en la sola tipología delictiva, sin mirar condición personal alguna del penado, ni circunstancia de otra índole que así lo amerite. Esto importa una afectación del principio de igualdad (arts. 16 y 75 inc. 22° de la CN; 11 DADH; 7° DUDH; 3° y 14.1 PIDCyP; 8°.2 CADH; 7 Const. Pcial.), pues quien comete un delito del catálogo seleccionado se encuentra en una situación más desfavorable que quien opta por cualquier otro y equiparado a quien es, además, reincidente. Tal diferencia de trato no está dotada de una justificación objetiva y razonable y tampoco se observa una debida proporcionalidad entre la distinción que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen.

No es posible extraer el fundamento de estas normas toda vez que se agrupan delitos de los cuales no puede predicarse una misma razón que muestre con claridad cuál ha sido el paradigma que ha orientado su selección como impeditiva de beneficios.

La sola comisión de alguna de las hipótesis incluidas en la nómina de las normas cuestionadas importaría sin más el rechazo de toda solicitud de solturas anticipadas o de acceso a situaciones especiales sin importar el contexto particular de cada interno.

Conforme los objetivos legales y convencionales señalados para las penas privativas de la libertad, es conveniente que antes del término de la ejecución de una sanción, se adopten los medios necesarios para asegurar al imputado un retorno progresivo a la vida en sociedad.

La progresividad del régimen penitenciario debería contar con la flexibilidad suficiente para posibilitar el avance del interno, sustentado en un programa de tratamiento individualizado que dé lugar a que su propio esfuerzo, sus condiciones personales y sus necesidades, sean el

motor de ese avance; siendo por regla general, que el último tramo del cumplimiento de la pena lo sea en libertad, bajo alguno de los institutos pertinentes.

En consecuencia, el rechazo de beneficios no puede fundarse en la exclusiva circunstancia que el interno haya sido condenado por un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente al texto legal de los arts. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660 –según Ley 27.375-, se vería cercenada toda oportunidad de acceder a instituto liberatorio alguno.

Así, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que éste alcance en base a su comportamiento intramuros, dado que de cualquier forma, se encontraría imposibilitado.

Esta exclusión de determinados sujetos, atento el tipo de delito cometido, de la expectativa de obtener derechos penitenciarios de egreso anticipado, importa un significativo desmedro del sistema de ejecución progresivo de penas privativas de libertad, aplicable sin interesar cual fuere el delito juzgado y la sanción penal impuesta (art. 12 LEP)-, ya que ahora es la “misma” ley la que le priva al condenado del estímulo que representa la posibilidad de “diseñar” voluntariamente la forma de cómo va a cumplir su encierro.

La referencia a la mera naturaleza del delito castigado como fundamento discriminador importa sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios respecto del colectivo conformado por los condenados señalados en las normas criticadas, perspectiva incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria de nuestro sistema penal.

Alderete Lobo resalta que *“probablemente, uno de los aspectos que evidencia de modo más notorio el absoluto desconocimiento teórico de los promotores de esta reforma sea la contradicción insalvable que implica declamar, por un lado, la vigencia del régimen progresivo y, al mismo tiempo, amputar groseramente una de sus notas distintivas, esenciales: la posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada”* (Alderete Lobo, Rubén A., *“Reforma de*

la Ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”, El debido proceso penal, vol. 5, Dirección: Ángela Ledesma, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 190-191).

La discriminación señalada de los condenados, principalmente, por delitos graves importa en los hechos, prácticamente, una verdadera pena perpetua incompatible con nuestro sistema constitucional pues se trata de penas que deben ser cumplidas casi en su totalidad.

Se trata de una legislación asentada en criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor que afecta el principio de culpabilidad en su función limitadora de la duración de las penas (Lascano, Carlos J. (h), “*El nuevo régimen de la libertad condicional. Ley 25.892*”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V, N° 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 166-167.)

Por su parte, Alderete Lobo, luego de examinar críticamente la reforma introducida por la Ley 27.375, entiende que “*la reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia*”, para después aseverar enfáticamente que “*como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona*” (Alderete Lobo, Rubén A., “*Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina*”, *El debido proceso penal*, vol. 5, Dirección: Ángela Ledesma, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 197).

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

ejecución de la pena". Concluyendo: *"El principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN es la apoyatura de esta prohibición"* (Ibidem p. 199).

Igualmente se afecta la humanidad de las penas, otro de los principios rectores de la ejecución penitenciaria derivado de la constitución nacional, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y receptado por el art. 9 LEP mediante el cual se pone de resalto la obligación de respetar la dignidad humana del penado y de promover una política penitenciaria humanista, que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La lesión a dicho principio se evidencia en esta normativa al pretender que después de casi media vida entre rejas una persona condenada a pena perpetua -penalidad prevista para la mayoría de los delitos graves incluidos en la nómina- pueda reinsertarse en la sociedad bajo la modalidad del novedoso "Régimen preparatorio para la liberación" previsto en el Art. 56 *quáter* LEP, lo que pareciera ilusorio.

Ambas normas en crisis, tanto la cláusula restrictiva de la ley penitenciaria (art. 56 *bis*) como el limitativo precepto regulado en el código penal para la libertad condicional (Art. 14, segundo párrafo CP), visualizan en la praxis una pena capital, ya que el encierro prolongado o a perpetuidad importa la aniquilación física, psíquica, civil y social de la persona; tiñendo de inhumana esta modalidad segregativa de ejecución del encierro y haciéndola totalmente contraria a nuestra antropología constitucional.

En este sentido, Cesano sostiene que: *"...la posibilidad de perpetuidad existencial del encierro importa, directamente, tolerar la regresión hacia objetivos preventivos especiales negativos, que se identifican con la idea misma de inocuización; concepto que, a su vez, no resiste el más mínimo análisis desde la óptica de este principio constitucional (humanidad)"*, Cesano, José Daniel, *"El nuevo régimen de la Libertad Condicional (Ley 25.892)"*, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2005, p. 324).

Recordemos que el fundamento defendido para sustentar la vigencia de las penas perpetuas lo representaba la expectativa legal de que la persona condenada pueda retornar al medio libre antes del cumplimiento de la grave sanción penal impuesta, primero a través de institutos de salidas anticipadas (salidas transitorias y semilibertad), y *principalmente* mediante la *libertad condicional* -incluso reconocida para los multirreincidentes- y, en los penados reincidentes, vedados de aquélla, la libertad asistida. A través de dicho razonamiento, la pena perpetua en realidad no era tal.

Sin embargo, con las nuevas reglas de juego impuestas por el legislador y sin perjuicio del limitado alcance del particular “Régimen preparatorio para la liberación” (Art. 56 *quáter* LEP), conforme la mera naturaleza del ilícito, un interno condenado por determinado delito grave no podrá acceder a ninguna de las salidas anticipadas previstas legalmente. El castigo, en estos casos, se transforma en un encierro a perpetuidad dado su efecto absolutamente irreversible.

Ello, claramente no supera test de constitucionalidad alguno, desconociendo la vigencia del régimen progresivo.

Esa irrazonabilidad es aun más patente en relación a los delitos equiparados a los más graves que cuentan con penas de menor entidad (p/ej., abuso sexual simple, promoción y facilitación de la prostitución, pornografía infantil, tráfico de estupefacientes, contrabando agravado, financiación de actividades terroristas, etc.).

Así, la nueva legislación trasluce criterios peligrosistas, incompatibles con los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro sistema jurídico. En base a diferenciaciones que exceden los parámetros de un Derecho Penal de acto y que se sustentan en cualidades personales que supuestamente detentarían los autores de determinados delitos, se ha pretendido indebidamente otorgar un trato diferencial y desigual, operando en tales condiciones como una suerte de presunción *iure et de iure* en su contra. La Ley 27.375 ha desvirtuado el derecho fundamental de todo condenado expresamente previsto en la Carta

Magna, de cumplir su pena dentro un sistema progresivo de ejecución, donde merced a su evolución personal se posibilite su tránsito paulatino hacia modalidades menos restrictivas de su libertad personal.

6. En relación al nuevo art. 56 *quáter* incorporado por Ley 27.375, en las penas temporales, resulta ilusorio creer que las finalidades primordiales de la pena, esto es, resocialización, readaptación, reeducación social del condenado puedan encontrar satisfacción por la vía del régimen preparatorio para la liberación que pretende ordenar para el retorno a la sociedad en tan sólo un año a aquellos castigados con penas de extrema severidad (art. 56 *quáter*), entre otras modificaciones.

Pretender compatibilizar dos expresiones, “progresividad” y “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” que, conforme su naturaleza, son irreconciliables, muestra una insalvable contradicción, que, a su vez, no puede tener cabida dentro de nuestro sistema constitucional. Se cancela el régimen progresivo. Prácticamente desaparece el último periodo de la Ley 24.660 siendo reemplazado por un tiempo mínimo de 1 año (art. 56 *quáter*).

7. En el caso, se condenó a Ricardo Adrián Alfaro como partícipe secundario del delito de homicidio en ocasión de robo, agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 46, 165 y 41 *bis* del CP) y se le impuso la pena de 9 años de prisión la que se unificó con la sanción de 5 años impuesta por Cámara 4° en lo Criminal y Correccional, que lo condenó como autor de robo calificado por el uso de arma, en la pena única de 12 años de prisión con adicionales de ley y costas.

Al momento de solicitar la defensora –siguiendo los pedidos de su asistido- se declare la inconstitucionalidad de los arts. 14 del CP y 56 *bis* de la Ley 24.660 (modificada por Ley 27.375) que impedían el acceso de su asistido a los beneficios del periodo de prueba, se defendió la validez de las mismas y, en consecuencia, la razonabilidad de las restricciones a Alfaro para acceder a un retorno progresivo a la vida en sociedad, en virtud de la naturaleza del delito por el que resultó condenado -homicidio en ocasión de robo-, sin importar las

características personales del mismo y su comportamiento intramuros.

Si bien este delito es uno de los más graves dentro del catálogo previsto por las normas cuestionadas (a diferencia de los supuestos de narcotráfico, de los casos en los que esta Sala ya se expidió sobre la invalidez de aquellas normas a partir de “Gauna”) la cancelación de beneficios durante la ejecución de la pena vulnera la igualdad ante la ley, el respeto por la dignidad de las personas, el principio de humanidad de las penas y la finalidad de resocialización y readaptación social, lo que resulta inconcebible para un derecho penal de acto.

Los argumentos esgrimidos resultan suficientes para la descalificación constitucional de las normas cuestionadas: art. 14, 2° supuesto, inc. 5° CP y 56 *bis*, inc. 5° Ley 24.660 (texto según Ley 27.375) en favor de Ricardo Adrián Alfaro.

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

Los señores Vocales doctores María Marta Cáceres de Bollati, Aída Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastian Cruz López Peña y Luis Eugenio Angulo dijeron:

I. En virtud de la votación que antecede corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la asesora letrada penal, doctora María Clara Cendoya en favor de su asistido Ricardo Adrián Alfaro, en contra de los Autos n° 556, del 25 de julio de 2019 y n° 573, de fecha 29 de julio de 2019, dictados por el Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad.

II. Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 5° del CP y 56 *bis*, inc. 5° de la Ley 24.660, en cuanto excluyen al imputado Ricardo Adrián Alfaro de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba –respectivamente- debiendo remitir la causa al tribunal de ejecución a sus efectos.

III. Sin costas, debido al éxito obtenido en la Alzada (arts. 550 y 551, CPP).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia en Pleno;

RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso interpuesto por la asesora letrada penal, doctora María Clara Cendoya en favor de su asistido Ricardo Adrián Alfaro, en contra de los Autos n° 556, del 25 de julio de 2019 y n° 573, de fecha 29 de julio de 2019, dictados por el Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nominación de esta ciudad.

II. Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 5° del CP y 56 *bis*, inc. 5° de la Ley 24.660, en cuanto excluyen al imputado Ricardo Adrián Alfaro de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba –respectivamente- debiendo remitir la causa al tribunal de ejecución a sus efectos.

III. Sin costas, debido al éxito obtenido en la Alzada (arts. 550 y 551, CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidenta en la Sala de Audiencias, firman esta y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ANGULO MARTIN, Luis Eugenio
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J