

N°177 /

Resistencia, 21 de diciembre de 2020

AUTOS Y VISTOS:

El presente expediente N° 4-25/20
caratulado: **"SAGOLPA JOSÉ LUIS S/ EJECUCIÓN DE PENA S/
INCIDENTE DE SALIDAS TRANSITORIAS"**, y;

CONSIDERANDO:

1. 1) Que Mediante el decreto fundado obrante a fs. 3 y vta., el Juzgado de Ejecución Penal de la localidad de Charata, resolvió: No hacer lugar al inicio del trámite del beneficio de salidas transitorias del interno JOSÉ LUIS SAGOLPA peticionado por el Defensor Oficial Antidrogas, Dr. Walter Germán Milcoff, por aplicación de lo establecido por la ley 27.375, art. 56 bis inc. 10) y último párrafo.

El fundamento de la decisión radica en que José Luis Sagolpa fue condenado mediante sentencia 141 del 18/12/19 dictada por la Cámara Criminal de Charata como autor penalmente responsable del delito de TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN (art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, a la pena de cuatro (4) años de prisión efectiva, multa y accesorias. Que el hecho fue cometido en fecha 24/05/2018 y que la ley 27.375 fue promulgada el 28/07/2017 e incorporó el art. 56 bis a la ley 24.660, que en su inciso 10, prevé que no podrá otorgarse los

beneficios comprendidos en el período a prueba a los condenados por delitos previstos en los arts. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en futuro se reemplace.

2) Contra lo decidido por la Juez de Ejecución, El defensor Oficial Antidroga, interpuso Recurso de Casación e inconstitucionalidad.

Ataca por la vía Casatoria la resolución en pugna, por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva a tenor del art. 479 inc. 1 del Cód. Procesal Penal.

Entiende que se ha aplicado erróneamente las disposiciones de los arts. 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y 14 inc. 10 del Código Penal, porque según su visión la ley 27.375 (promulgada el 28/07/2017), que modifica el art. 56 bis de la ley 24.660, no alcanza a los delitos investigados y juzgados en el fuero provincial, es decir, no se aplica a los delitos de narcomenudeo/microtráfico.

Aduce que para que la reforma normativa alcance al fuero local, el legislador debería haber incluido en la redacción de los artículos mencionados supra, al art. 34 de la ley 23.737 (conforme reforma de la ley 26.052), debido a la disparidad de los bienes jurídicos afectados, ya que solo tuvo en miras el narcotráfico y no el narcomenudeo.

Resalta que en el fallo "Echeverría", la CSJN, señaló que la asignación a favor de la justicia provincial no se encuentra prevista para todos los tipos penales contenidos en la ley, que está reservada para la justicia federal los delitos que

pertenecen al contenido del art. 116 de la CN, es decir, los hechos tipificados en la ley 23.737 vinculados con los que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumera en el art. 3° y que superan el límite de lo común. Las demás figuras, que pueden lesionar el físico o la moral de los habitantes, que importen en definitiva un menoscabo en la salud pública como bien jurídico protegido, son ajenas al derecho federal.

Advierte que no se adopta distinción para aquellos condenados cuya participación fue menor en los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737, colocando en igual situación de agravamiento de la pena a quien pertenece al último eslabón de la cadena de tráfico, a un partícipe secundario, encubridor o cómplice.

A su vez, en el fundamento del Recurso de Inconstitucionalidad planteado, remarca que de acuerdo al fallo "Rodríguez Pereyra" de la CSJN (Fallos 335:2333 del 27/11/12) el control de constitucionalidad que deben realizar los jueces es aún de oficio pese a que las partes no pidan expresamente la inconstitucionalidad de la norma. En su apoyo transcribe los considerandos 10, 11 y 12.

Asegura que nuestra constitución desde sus orígenes se enroló en un sistema penitenciario orientado a la resocialización de los condenados, despojándose de cualquier forma de castigo como medio de reencausar a la persona que delinquiró. Concepción

que se acentuó con la reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de los Tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la CN. Menciona lo estatuido en los arts. 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la CN; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la CADH, 10.3 del PIDCP, las reglas de "Mandela"; arts. 1, 2, 6 y 12 de la ley 24.660 reformada por ley 27.375.

Cuestiona en los términos del art. 494 del Cód. Proc. Penal la constitucionalidad del art. 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y el art. 14, punto 10 del Código Penal. Sostiene que constituyen una manifiesta incompatibilidad a las garantías constitucionales en términos de reinserción social e igualdad ante la ley, por ser restrictivos para acceder al régimen progresivo de la pena a los que fueron condenados por primera vez por los delitos previstos en los arts., 5, 6 y 7 de la ley 23.737, en igual o peores condiciones que las de un reincidente.

Considera que restringir las salidas anticipadas o regímenes morigeradores de encarcelamiento de presos que cometen los delitos enunciados en los artículos atacados, no solo vulnera el principio de resocialización, sino también el de igualdad ante la ley. Que no es posible agravar la conducta de algunos presos y no otros porque significaría un plus de castigo por lo que se es y no por el hecho que se juzga. Menciona fallo reciente del Tribunal Oral Federal de esta ciudad al que se da por

reproducido *Brevitatis causa*. Efectúa reserva del caso federal.

2. Así expuesta la cuestión suscitada y analizados los fundamentos del resolutorio, se observa que José Luis Sagolpa fue condenado en orden al delito de Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. c) de la ley 23.737), por un hecho de fecha 24/05/2018.

1) En el contexto de autos, no obstante el a-quo rechazó correctamente por extemporáneo el Recurso de Inconstitucionalidad y únicamente concedió el de Casación, al tratarse de una cuestión que gira en torno a la Inconstitucionalidad del art. 56 bis inc. 10 de la ley 24.660, y art. 14 inc. 10 del Código Penal, reformadas por ley 27.375, deviene plenamente aplicable lo resuelto recientemente por esta Sala en autos: "Vilaqui", Sent. 161/20, cuyos argumentos serán reproducidos en lo sucesivo.

En el citado precedente, se reiteró el criterio inveteradamente sostenido de presunción de validez de las leyes sancionadas y promulgadas y del carácter de gravedad institucional y de última ratio de la declaración de Inconstitucionalidad. Sin embargo, con el argumento de que el poder -y particularmente el punitivo- del Estado devendría en ilegítimo -por inconstitucional- no sólo si su ejercicio inobservare la autoridad de la ley -

nomocracia-; como también cuando respetándola, la ley fuese arbitraria (irrazonable), se abordó el análisis sobre la validez constitucional del art. 56 bis, inc. 10 de la ley 24.660 y el art. 14 inc. 10 del Código Penal, ambos textos según ley 27.375 (B.O. 28/07/2017).

Se hizo referencia a las restricciones que imponen los art. 56 bis inc. 10 y el mismo inciso del art. 14 del Código Penal, y se resaltó que tanto los pactos y convenciones internacionales (art. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP), las denominadas "reglas de mandela" como también nuestra legislación interna desde sus inicios, ha adoptado y mantenido un régimen de progresividad con claro objetivo de lograr la reforma y readaptación social de los penados, continuado hasta hoy en la ley 24.660.

En el citado fallo hechos reconocido que el legislador ha optado por un determinado criterio de política criminal, con un régimen de ejecución de la pena mucho más riguroso que aunque responda a la teoría de la prevención especial negativa de la pena, de competencia legislativa, resultaría legítimo de no vulnerarse ninguna disposición constitucional.

Se ha mencionado que *"Javier de la Fuente y Mariana Salduna, consideran que en la medida en que el criterio no sea arbitrario o irrazonable, la ley puede establecer diferencias en la implementación del régimen de progresividad e, incluso del*

tratamiento penitenciario en función de la naturaleza del delito cometido por lo que no resulta adecuado sostener que el principio de igualdad exija que el régimen de progresividad deba aplicarse a todas las personas por igual. (Aut. Cit., Ejecución de la pena privativa de la libertad - comentario a la ley n° 24.660 reformada por la ley n° 27.375, Editores del Sur, 1°ed. Bs- As. 2019, p. 109)."

Sin embargo, se concluyó en que los arts. 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y 14 inc. 10 del Código Penal, resultan violatorios de los principios generales de ejecución penal reconocidos en los primeros artículos de la ley 24.660. Se puntualizó que "contravienen el principio de reinserción social enunciado expresamente en el art. 1 de dicha norma; el principio de humanidad plasmado en el art. 9; el sistema de progresividad de la pena previsto en los arts. 5 a 7 y fundamentalmente el principio de igualdad ante la ley plasmado en su art. 8.. Todos estos anclados en normas de jerarquía constitucional."

Se argumentó que la selección de los denominados "delitos de catálogo", enumerados taxativamente en el art. 56 bis de la ley 24.660 y 14 del Código penal, de la reforma vigente, carece de toda lógica, presentándose como aleatoria e incomprensible desde lo racional, debido a que se agregaron una disparidad de tipos penales, entre ellos el de los art. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737, que

pareciera no responder ya a una cuestión de "gravedad" como lo hacían los derogados artículos 14 del CP y 56 bis LEP, cuyo punto de unión era la muerte de la víctima o la sanción de penas perpetuas.

No obstante ello, se precisó que *"en este contexto, la desigualdad radica en que se impiden los beneficios del período de prueba, que son alternativas flexibilizadoras del encierro carcelario, pero esencialmente se excluyeron todas las posibilidades de libertades anticipadas (libertad condicional, asistida), mecanismos centrales en el régimen de progresividad para culminar el proceso de resocialización de la persona privada de libertad."*

Sobre este punto y en lo atinente a la norma en conflicto, se consideró que *"... uno de los aspectos que evidencia de modo más notorio las falencias teóricas de la 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 de la persona privada de libertad antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada"* (Mariana Salduna y Javier E. de la Fuente; *Ejecución de la pena privativa de la libertad - comentario a la ley n° 24.660 reformada por la ley n° 27.375*, Editores del Sur, 1°ed. Bs- As. 2019, p. 240.).

Se agregó también, que los autores citados efectuaron un repaso del régimen penitenciario Argentino, que *"...evidencia los esfuerzos del*

legislador por sostener un régimen progresivo de características puras; es decir, que respete la norma distintiva central de ellos que es ofrecer la liberación anticipada con base en la conducta de la persona privada de libertad. El mayor ejemplo de ello lo constituye la libertad asistida (art. 54 de la ley n° 24.660) instituto creado en 1996 para corregir la 'imperfección' o anulación del régimen progresivo en el caso de los reincidentes.". (op. Cit, P.243).

Se afirmó que las severas restricciones de derechos que imponen las normativas analizadas a los internos que por la sola naturaleza del delito cometido caen bajo su órbita, con la consecuente privación de posibilidades de acceso a beneficios claramente destinados a su resocialización, resultan contrarias a esos fines, configurando un patente menoscabo al principio de igualdad y culpabilidad. Prescinde del esfuerzo personal del condenado para evolucionar en el tratamiento penitenciario ya que le ha sido cercenada la posibilidad del paulatino retorno al medio libre, familiar y social, un tiempo antes del agotamiento de la pena.

Se reparó en que las personas condenadas por alguno de los ilícitos contemplados en los artículos en cuestión, como aconteció en el fallo "Vilaqui" y como sucede aquí con Sagolpa, corren con desventaja respecto de los internos primarios que fueren penados por cualquiera del resto de los delitos establecidos en nuestra ley penal, por estar privados de la posibilidad de obtención de libertad anticipada,

beneficio esencial que garantizaría el cumplimiento del fin progresivo resocializador de la pena y la consecuente legitimidad de la normativa. Pero la desigualdad no se agota allí, sino que se advierte que incluso tienen mayores restricciones que un condenado declarado reincidente, sin accesorias del art. 52 del Cód. Penal, no atrapado en esos tipos penales. Éstos últimos -los reincidentes-, si bien no tienen acceso a Libertad condicional -prohibición convalidada por la misma CSJN en fallos como "Gómez Dávalos" (Fallos:308:1938), "L'Eveque" (Fallos: 311:1452), entre otros-, detentan, el derecho y la posibilidad de acceso a las Salidas Transitorias y a la Libertad Asistida, mientras los que integran la cuestionada nómina, están regidos únicamente por las previsiones del art. 56 *quater* de la ley 24.660, llamado régimen preparatorio para la liberación. El penado comprendido en esa modalidad, en ningún momento tiene opción de lograr la libertad antes del agotamiento de la pena, sino sólo salidas diurnas no superiores a 12 horas fuera del establecimiento penitenciario, sin supervisión, en los últimos tres meses de condena. Como beneficio máximo posible, como bien lo apuntó el Juez de Ejecución actuante, se asemeja a unas salidas transitorias, careciendo dicho régimen especial de institutos de libertad anticipada.

Se Coincidió en que "... un mecanismo de salidas transitorias periódicas (como este 'Régimen preparatorio para la liberación') no garantiza de ninguna manera la progresividad del régimen por más

que la ley nos diga, y quiera hacernos creer, que sí lo hace. La única forma de que un régimen de ejecución de penas pueda ser caracterizado como 'progresivo' es que contenga un instituto de liberación anticipada vigilada para todas las personas condenadas (libertad condicional, libertad asistida). Estos sistemas pueden incluir salidas intermedias hacia esa liberación vigilada o no, sin dejar de ser progresivos. Nuestra ley, desde 1947 ha optado ininterrumpidamente por receptar estos permisos transitorios y el legislador, una vez que lo hace, tiene un margen de discrecionalidad relativo para fijar sus requisitos (siempre y cuando respete criterios de igualdad y se relacionen con los resultados de tratamientos). Pero de ningún modo puede negar de manera absoluta y general el acceso a la liberación (condicional o asistida) y afirmar que el régimen penitenciario es igualmente progresivo.” (Mariana Salduna y Javier E. de la Fuente, Op. Cit., comentario de Rubén Alderete Lobo y Martina Gómez Romero p.262).

Se indicó que Rubén A. Alderete Lobo, quien junto a Martina Gómez Romero comentan la sección cuarta de la ley 24.660 en la obra ya referida, opinaron en relación a la ley 27.375 que “Indudablemente la regulación de la reforma presenta una autocontradicción insalvable. Si se sostiene un régimen con características 'progresivas' la imposibilidad de reintegro mediante un sistema de liberación anticipada resulta conceptualmente

contraria a esa idea. (Mariana Salduna y Javier E. de la Fuente; op. Cit., p. 244).

Se remarcó que esta introducción de componentes de peligrosidad en la faz de ejecución de la condena, con el afán de obstaculizar o retardar, con ficticias expectativas de seguridad para la sociedad, el inevitable retorno del condenado al medio social libre del cual fue legalmente privado en virtud de una sentencia judicial que le impuso una pena de prisión, atenta contra el derecho convencional, constitucional y legal de reinserción social transformándose en un derecho de ejecución penal de autor, absolutamente discriminatorio.

Se mencionó al autor Horacio Días, quien parafraseando a Santiago Martínez indica que: *"si el constituyente ha previsto que la reinserción social será el principio que guiará la ejecución de la pena y que la intensidad del castigo que sufre el condenado irá disminuyendo con el objeto de que vaya tomando contacto con la sociedad libre de forma paulatina, la restricción de este derecho en forma total para algunos presos nunca puede ser vista como un fin constitucionalmente legítimo; ni siquiera si lo que se quiere tutelar con la norma es la seguridad. La colisión entre la seguridad ciudadana en sentido genérico y la reinserción social de un condenado por alguno de los delitos contenidos deja a la luz la primacía del segundo por sobre el primero, si se tiene en claro que no se puede hacer recaer sobre el preso la eficacia del Estado."* (Aut. Cit., Código Penal de

la Nación Argentina comentado, Parte General, 1°ed. Revisada, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, P. 122/123).

Se determinó que el régimen de progresividad general, del que drásticamente ha sido extirpado el grupo de personas que fueron penados por los delitos detallados en los dos artículos en conflicto, no es suplido en un marco de igualdad, como se pretende hacer creer, por el *"régimen preparatorio para la liberación"* reglado en el art. 56 *quater* de la ley de Ejecución Penal. Al contrario, se trata de un régimen acotadísimo, insuficiente y notoriamente desigual, casi inexistente, incompatible con el diseño constitucional orientado a alcanzar los fines de resocialización para todos los condenados, basado en el concepto de autodisciplina, el paso paulatino del encierro intramuros al cumplimiento del último tramo de la pena en libertad bajo los institutos previstos de cumplirse con sus requisitos.

Se plasmó un párrafo de la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos: "Gauna Nathan Santiago, Sent. 69/20, del que surge que: *"Pretender compatibilizar dos expresiones, "progresividad" y "cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" que, conforme su naturaleza son irreconciliables, muestra una insalvable contradicción, que, no puede tener cabida alguna dentro de nuestro sistema constitucional. Se cancela el régimen progresivo. Prácticamente desaparece el último período de la ley 24.660 siendo*

reemplazado por un tiempo mínimo de 1 año (art. 56 quáter).".

Se consideró oportuno resaltar, que en lo que concierne específicamente al delito por el que fue condenado "Vilaqui", y la misma consideración cabe aquí en relación a Sagolpa, que la CSJN sostuvo en el fallo autos "Veliz Linda..." (causa V.210.XLI, Sent. 15/06/2010) que *"los acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes presupone necesariamente el compromiso de que su debido cumplimiento jamás puede significar la violación o supresión de derecho o garantía alguna consagrada en la Constitución Nacional". "De lo contrario, se desvirtuaría su propio carácter supremo, soslayándose el propósito de construir un Estado constitucional de derecho".*

Consecuentemente, esta Sala decidió en autos "Vilaqui Jorge..." (Res. N° 161/20), en lo que atañe a ese caso concreto, que los arts. 14 inc. 10 del Código Penal y 56 bis inc. 10 de la ley 24.660, son inconstitucionales y anticonvencionales, y deben ser tenidos como tal, en tanto vulneran el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN; 1 y 24 CADH; 3, 14 y 26 PIDCyP y 8 de la ley 24.660); de proporcionalidad, culpabilidad de acto (art. 18 y 19 CN, 9 CADH y 15 PIDCP); de razonabilidad (art. 28 CN); de resocialización (5.6 CADH y 10.3 PIDCP) con afectación al sistema de progresividad para la realización del fin preventivo especial positivo (arts. 6, 12 y 15 ley 24.660).

Se hizo referencia finalmente a que algunos de los Tribunales que recientemente han adoptado la postura de declarar o avalar la Inconstitucionalidad de los arts. 56 bis y 14 del Código penal, en algunos de sus incisos, con mayor o menor rigidez en su postura, además del ya citado Alto cuerpo de Córdoba en el fallo: "Gauna, Nathan", Sent. 69 del 10/03/20 por un delito de los contemplados en la ley 23.737; el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en autos: "Guiñez, Enzo", Leg. 97440/2017, Res. 78 de fecha 13/11/2020, declarando la inconstitucionalidad del art. 56 bis inc. 5 de la ley 24.660 y 14 inc. 5 del CP. Y el Tribunal Oral Federal de Resistencia, mediante resolución de fecha 13/02/20 en causa FRE 9581/2017/T01/3/1, por mencionar algunos.

Sin perjuicio de que en este proceso de ejecución únicamente se trató un pedido de Salidas Transitorias en los términos del art. 56 bis de la ley 24.660, (según ley 27.375), de igual modo resultan de aplicación todos los argumentos desarrollados en relación a ambas normas (art. 56 bis LEP y 14 del Cód. Penal.) en el precedente "Vilaqui", descriptos supra. Ello, por resultar comunes y estar interrelacionados entre sí como partes de los períodos que integran el régimen de progresividad de la pena establecido en el art. 12 de la ley 24.660.

En estas condiciones, de acuerdo a lo adelantado, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario local concedido, declarar la Inconstitucionalidad del art. 56 bis inc. 10 de la ley

24.660 y 14 inc. 10 del Código Penal, según reforma ley 27.375 y la nulidad del decreto fundado obrante a fs. 3, debiendo el Tribunal de Ejecución, disponer lo pertinente a fines de evaluar la eventual procedencia de las Salidas transitorias solicitadas, en los términos de los arts. 16, 17, 18 y Sgtes. de la ley 24.660, prescindiendo, en virtud del desenlace adoptado en el presente, del punto V del art. 17 de la mentada ley de Ejecución Penal.

Por todo ello, la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, reunida en Acuerdo del día de la fecha,

RESUELVE:

I- *HACER LUGAR* al recurso extraordinario local interpuesto por el Sr. Defensor Oficial Antidrogas. Sin costas.

II- *DECLARAR* la Inconstitucionalidad del art. 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y art. 14 inc. 10 del Código Penal, según reforma ley 27.375.

III- *DECLARAR* la nulidad del decreto fundado obrante a fs. 3 y vta., debiendo procederse conforme las pautas de los considerandos.

IV- *REGÍSTRESE*, notifíquese, y, una vez firme, devuélvase a su Tribunal.

EMILIA MARÍA VALLE, PRESIDENTA - ROLANDO IGNACIO TOLEDO,
VOCAL

CECILIA ARACELI VARGAS, SECRETARIA

- COPIA INFORMÁTICA -