



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL
SIGLO VEINTIUNO

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

¿Cuál es el fin de las penas privativas de la libertad?

Carrera: Abogacía
Alumno: Rubén Luis Abate
N° de Legajo: VABG16777

Resumen:

El objetivo fundamental de este trabajo final de graduación es analizar las penas privativas de la libertad.

A lo largo de la historia del hombre las penas han tenido distintas finalidades que han motivado su estudio.

En este trabajo se ha analizado, como se fueron conformando las diferentes corrientes doctrinarias que determinaron el fin de la pena, en concordancia con la evolución del pensamiento humano, emanado de juristas, pensadores y filósofos.

Se ha evaluado desde la pena primigenia vindicativa, como fin de la condena, hasta llegar al fin actual, donde se establece la resocialización, la reinserción y la reeducación como objeto de la misma.

Se ha considerado la importancia de la reforma constitucional de 1994, mediante la cual la Argentina incorporó, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía y rango constitucional. A partir de entonces se ha establecido que la resocialización, reinserción social, y reeducación del condenado, constituyen el fin último de la pena. Por lo tanto la hipótesis de trabajo ha sido planteada en base a la problemática jurídica que se genera, cuando las normas penales no están enderezadas, para cumplir con el mandato constitucional. Con ese objeto, se ha evaluado la jurisprudencia concordante, que ha dado sustento a la mencionada presunción.

Con la conclusión de esta investigación, se ha pretendido corroborar la hipótesis, teniendo en cuenta que en determinados delitos debido su gravedad, reciben condenas que conllevan un fin absoluto, o de venganza, basado en la retribución, y no en la resocialización, por lo tanto contravienen el mandato constitucional.

Con el objeto de abrir el debate que esclarezca, cual debe ser el fin, atribuible a las penas privativas de la libertad, se ha realizado esta investigación.

Palabras clave: venganza, resocialización, Constitución, Derechos Humanos, fin de la pena.

ABSTRACT

The fundamental objective of this final graduation work is to analyze the disqualifications of freedom. Throughout the history of man the penalties have had different purposes which have been studied in this research.

In this work he has analyzed as they were forming the different current doctrine which determined the end of the sentence, in accordance with the evolution of thinking human, emanating from legal experts, thinkers and philosophers. He has been evaluated from the original penalty vindictive, as end of the sentence, up to the current end, where is established the rehabilitation, reintegration and re-education as an object of the same.

We have considered the importance of the constitutional reform of 1994, whereby argentina incorporated, the American Convention on human rights, with constitutional rank and hierarchy. Since then, has been established that the resocialization and social reinsertion, re-education of the convicted person, constitute the ultimate goal of the penalty. Therefore the working hypothesis, has been raised on the basis of the legal issues that is generated, when the criminal laws are not straightened, to comply with the constitutional mandate. To that end, consistent jurisprudence, which has given support to the above presumption has been evaluated.

With the conclusion of this investigation, we have tried to corroborate the hypothesis, bearing in mind that in certain serious crimes, receive sentences that involve an absolute end, or revenge, based on retribution, and not in the resocialization, by the They both contravene the constitutional mandate. In order to open the debate clarified, the end, attributable to the disqualifications of freedom, which must be done this research.

Key words: revenge, resocialization, Constitution, human rights, end of sentence

Índice general:

	Pág.:
Resumen:	2
Abstract:	3
Índice:	4,5,6
Introducción:	7,8
Metodología:	9
1. Estrategia metodológica.....	9
2. Fuentes principales a utilizar.....	9
3. Técnicas de recolección de datos.....	10
4. Delimitación temporal y nivel de análisis de estudio.....	10
Consideraciones preliminares:	11
Evolución cronológica de la finalidad de la pena:	12
• 1.1 La fase vindicativa:.....	13
• 1.2 La fase correccionalista:.....	13
• 1.3 La fase retribucionista:.....	14
• 1.4 La fase resocializadora:.....	14,15
• 1.5 Conclusiones provisionales.....	15,16

Capítulo 2: Teorías sobre la finalidad de las penas:	18
• 2.1 Teorías absolutas o retribucionistas:	19
• 2.2 Teorías relativas:	21
• 2.3 Teoría preventiva general:	22
• 2.4 Teoría preventiva especial positiva:	23
• 2.5 Conclusiones provisionales:	24
Capítulo 3: Constitución Nacional:	23
• 3.1 Constitución nacional: Formal y material:	24
• 3.2 Supremacía constitucional:	24
• 3.3 Conclusiones provisionales:	25
Capítulo 4: Análisis de Jurisprudencia:	26
• 4.1 Declaración de Inconstitucionalidad del Art.100 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256:	27
• Fallo :“A., M. E. s/ recurso de casación”	27,28,29
• 4.3 Declaración de Inconstitucionalidad del Art.56 bis de la Ley de Ejecución Penal 24660:	30
• Fallo:”Berguecio Coria Flavio Ariel P / Ejec.Sentencia”	30,31,32
• 4.3 Conclusiones provisionales:	32
• Capítulo 5: Conclusiones finales:	33
• 5.1 Conclusiones finales:	34,35
• Bibliografía:	36

Anexos:.....37

- “A., M. E. s/ recurso de casación.....38
- ”Berguecio Coria Flavio Ariel P / Ejec. Sentencia.....50

Introducción:

En el presente trabajo final de graduación se plantea un tema ciertamente controversial, referido a la finalidad de las penas privativas de la libertad.

Se considera que la pena es por definición etimológica, un castigo impuesto a un reo por transgredir una norma penal, por lo tanto es el Estado el que ejerce mediante la coerción que es la fuerza o poder para el cumplimiento de las normas penales, de este modo impele al condenado para que cumpla con una determinada condena, a partir de esa instancia es donde se plantea el primer interrogante: ¿Cuál debe ser la finalidad de la pena?

Pero esa finalidad fue cambiando a lo largo de la historia de la humanidad, sobre ello se realiza una breve reseña cronológica de la pena, distinguiendo las distintas fases de la forma de penar. Todo ello se describe en el primer capítulo de este trabajo.

En el capítulo II se analizan las distintas teorías doctrinarias sobre las finalidades de las penas, a través de sus diferentes posturas para determinar cómo han receptado los códigos infraconstitucionales, el fin que debe perseguir la pena.

En el capítulo III se analiza la regulación normativa de la finalidad de las penas, que es fundamental para poder entender el mandato constitucional y los tratados internacionales, y de esta manera poder evaluar cómo ha sido receptado por las leyes penales. Para ello se tiene en cuenta lo establecido en la Constitución argentina, que en su art.18 establece:

”Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias por seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. Este mandato constitucional, como así también los Tratados Internacionales incorporados en la reforma de 1994, entre los cuales cabe citar: *La Convención Americana sobre derechos Humanos, que en su Art.5 inc.6 reza: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*, son objeto de estudio de este trabajo.

En base a estos principios rectores mencionados ut supra sobre la finalidad de la pena y los distintos temas mencionados se realiza la presente investigación, de la cual surge la siguiente pregunta:

¿Han receptado, la totalidad de normas que conforman los códigos de ejecución de condena, estos principios rectores mencionados ut supra sobre la finalidad de las penas?

Mediante este trabajo final de graduación se ha supuesto con cierto margen de probabilidad la siguiente hipótesis:

“Han influido conceptos y principios de las teorías absolutas o de retribución, en la conformación de determinadas normas que integran la Ley de Ejecución Penal 24660 y Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256 y por lo tanto, transmutan la finalidad que deben tener las penas”.

Para corroborar la validez de esta presunción, se han analizado las normas que han sido declaradas inconstitucionales, de los códigos mencionados ut supra, para constatar si persiguen el fin que establece la teoría de prevención especial positiva a la cual debe ajustarse nuestro ordenamiento jurídico.

En el capítulo IV se analizan casos jurisprudenciales : el fallo “A., M. E. s/ recurso de casación”, que tiene relación directa con la hipótesis planteada, ya que se declara la inconstitucionalidad del Art.56 bis de la Ley 24660 de Ejecucion Penal, como así también el fallo del caso Berguecio Coria Flavio Ariel P / Ejec. Sentencia, en el cual se declara la inconstitucionalidad del Art.100 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256.

En el capítulo V y último que contiene las conclusiones finales, se realiza el cierre de la investigación estableciendo los objetivos alcanzados, respondiendo las preguntas de investigación y los principales aportes alcanzados en el trabajo.

Metodología:

Estrategia metodológica:

La metodología elegida es: la estrategia cualitativa. Según Hernández, Baptista y Fernández (2010), este método es adaptable a la información obtenida, se realiza con la premisa de reflejar datos que no son rigurosos, sino contextuales y se centra más en el procedimiento que en la búsqueda de fines determinados.

La secuencia de los procesos no debe hacerse de una manera determinada. Tal como señalan Hernández, Baptista y Fernández (2010):

Por su parte, en las investigaciones cualitativas el proceso no necesariamente se aplica de manera secuencial (aunque puede aplicarse de esta forma). El planteamiento del problema (objetivos del estudio, las preguntas de investigación y la justificación) y las hipótesis consecuentes surgen en cualquier parte del proceso en un estudio cualitativo: desde que la idea se ha desarrollado hasta, incluso, al elaborar el reporte de investigación. (p.18)

Fuentes principales a utilizar:

Como fuentes de investigación se han utilizado: la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

De acuerdo con López Yepes (1996), las fuentes de la investigación son fundamentales, dado que las mismas provienen de las ideas plasmadas en el trabajo. Es primordial analizar los surcos que han dejado en la problemática a tratar, los distintos autores que se han encargado de abordar el tema nutriéndolo de las distintas variables a analizar, para poder entender de qué manera debemos dar respuesta a nuestra hipótesis de trabajo, alejando de la misma toda posibilidad de similitud o reproducción de conclusiones ya arribadas anteriormente.

Según Yuni y Urbano (2014), encontrar las fuentes producto de las investigaciones, presupone una ardua tarea de búsqueda y recopilación de los textos, que nutren el trabajo que se va a realizar, debe plasmarse en forma ordenada y concatenando información.

Son consideradas fuentes de información, todo aquello que contribuye a la recopilación de datos, con los cuales se puede acceder al conocimiento de determinado tema de investigación.

Técnicas de recolección y análisis de datos:

De acuerdo con Taylor y Bogdan (2000), el análisis de datos en el marco de la investigación cualitativa, es un proceso de evolución continua, dicho análisis de datos y la recolección debe hacerse en forma conjunta, a través de la búsqueda permanente de información. Las fuentes que hemos citado, nos han servido de base para realizar nuestra investigación.

La instancia fundamental de esta investigación es la búsqueda de información atinente al análisis de la finalidad de la pena, para alcanzar el fin propuesto, y para esta exploración, no hay una fórmula sino que se siguen ciertas pautas:

- “Leer los datos repetidamente, seguir la pista de temas, intuiciones, interpretaciones e ideas”.
- “Buscar temas emergentes, elaborar tipologías, desarrollar conceptos y proposiciones teóricas.”. (Taylor y Bogdan 2000, págs. 160-167)

Delimitación temporal y nivel de análisis de estudio:

De acuerdo con Arias (2006), la delimitación temporal, hace alusión al momento en el cual se comienza a recabar información con la finalidad de alcanzar resultados verosímiles, la investigación en este caso, se basa en trabajos doctrinarios de autores que a lo largo de la historia fueron elaborando las doctrinas que se mencionan en este trabajo.

De acuerdo con el mismo autor, el trabajo de investigación debe hacer alusión a una delimitación temporal, de los hechos estudiados.

Según Encinas, (1993) la búsqueda de datos y su posterior almacenamiento, no es lo más importante que debe hacer el investigador, es menester extraer la mayor información que puedan proporcionar las fuentes, para nutrir el TFG. La comprensión de los datos es fundamental, su finalidad es el cotejo de la información, para realizar una síntesis, con el objeto de responder a la hipótesis planteada, según la temática elegida.

Según Selltiz (1980), el nivel de análisis de estudio debe estar encaminado a tratar de encontrar una respuesta que contribuya a desentrañar, en nuestro caso, cual es la finalidad de las penas privativas de la libertad.

Consideraciones preliminares:

Se ha considerado que analizar la evolución cronológica de las penas es sustancial para este trabajo final de graduación. Este análisis permite comprender: desde el origen de la finalidad de las penas, hasta el objeto actual.

Cabe aclarar que la división de las etapas de la evolución de las penas es solo a los fines de estudiarlas, no implica considerar fechas determinadas del paso de una etapa a la otra y se realiza para poder demostrar que hubo una evolución de las penas desde la venganza hasta la humanización y resocialización.

Se han estudiado las teorías absolutas o retributivas y las teorías de prevención: general y especial, con el objeto de analizar las diferencias que hay entre ambas.

Continuando con el hilo conductor de esta investigación, se ha analizado de forma muy escueta la Constitución Nacional para saber que nos dice con respecto a la finalidad de las penas. Se ha definido la diferencia entre Constitución formal y Constitución material. Se ha evaluado el concepto de supremacía constitucional, porque constituye un aspecto que se considera que no se debe soslayar.

Capítulo I:

Evolución cronológica de la finalidad de la pena.

1.1 La fase vindicativa de la finalidad de la pena:

De acuerdo con E.Cassin, J. Bottero y J.Vercoutter, (1984), la fase vindicativa se caracterizó, por que ha sido la venganza, el único fin que tenía la condena. En el año 1780 A.c, se crea la primera compilación de leyes y edictos conocida, que fue realizada por Hammurabi, rey de Babilonia. En el año 1902 fue encontrada en Irán una piedra de basalto negra rota en pedazos por un grupo de paleontólogos, que conformaba el código citado, que se encuentra en ella grabado.

El rey Hammurabi se inspiró en el mandato divino proveniente del dios del sol Shamsh o (shamas), para redactar el código, cabe destacar que las leyes protegían a pobres y mendigos de los ricos y poderosos.

En esta época el derecho penal, se fundaba en el principio común entre los pueblos semitas, basada en del ojo por ojo, inspirado en la Ley del Talión. Se aplicaban penas idénticas al delito cometido, por ejemplo: Art.195; *“Si un hijo golpea a su padre se le cortaran las manos”*.

El orden que pretendía alcanzar el rey, se fundaba en el castigo, para toda conducta que era considerada delito. Las formas de penar, fueron las más atroces que se podían aplicar, ejecutadas mediante: mutilaciones y la pena de muerte del condenado.

1.1 Fase retribucionista de la finalidad de la pena:

De acuerdo con Foucault (1975), durante este período de punición se establece, que toda conducta considerada como delito, debía ser redimida mediante el castigo que se le aplicaba al reo. Las organizaciones religiosas tenían un papel preponderante, ya que legitimaban esa forma de penar los delitos. Las penas debían ser cumplidas mediante toda clase de tormentos, y en esta fase también se destina a los reclusos, a todo tipo de trabajos forzados.

Desde el siglo XV, hasta las postrimerías del siglo XVII, la ambición colonialista y la expansión territorial de las grandes potencias mundiales, generó la necesidad de mano de obra de bajo costo, para lo cual recurrieron a la explotación de los reclusos, amparados en que de esa manera, sería una forma de que cumplan sus condenas.

En el siglo XVI en Londres, se crea la Casa de los reclusos, destinada a que los internos realicen toda clase de trabajos forzados, y de esta forma obtener mano de obra para distintos fines. Cabe destacar que se crean durante este período unidades de reclusos a largo de toda Europa, destinadas a los fines que se mencionaron ut-supra. Estos centros de detención de reclusos no eran administrados por los reyes, si no que eran particulares, que se ocupaban de explotar a los internos y recibían un porcentaje por la producción y el derecho de carcelaje, que se le cobraba a los reclusos.

La burguesía se benefició económicamente de esta barbarie, provocada a los individuos alojados en las casas de los reclusos, y cuando eran llevados a las colonias conquistadas para realizar trabajos forzados.

1.2 La fase correccionalista de la pena:

De acuerdo con Hernández (2007), esta fase surge de las ideas que emergen de la etapa de la ilustración, en el siglo XVIII, también llamado siglo de las luces, período que se caracterizó por las ideas liberales de sus grandes pensadores, entre ellos: Montequieu, Jean-Jacques Rousseau, Cesare de Beccaria, este último ha tenido un papel preponderante en la humanización de las penas. Su trabajo más importante fue el Ensayo sobre los delitos y las penas (1764), en el que cuestiona la barbarie del sistema punitivo de su tiempo. En su obra se opone a los abusos de la ley, la pena de muerte y la tortura. Su pensamiento influyó en la reforma de los Códigos penales de naciones europeas y también de Estados Unidos. A partir de esta fase, el delito no fue castigado como una falta a Dios o al monarca. Se aplicaban penas que representaban una violación del contrato social, a partir de este pacto social se comienza entronar la libertad del hombre, y ya no es solo castigo y la venganza, aquello que se le aplica al reo. El liberalismo comienza a darle forma a la corrección del delincuente, a la posibilidad de que haya una proporcionalidad, entre el delito cometido y el tiempo que debía estar privado de su libertad.

1.4 La fase resocializadora:

Según Huertas, Hernández (2007), la resocialización de los condenados a penas privativas de la libertad implica: la re personalización, reeducación del interno para que pueda reinsertarse en la sociedad después de haber cumplido su condena, como mandato

constitucional e infra constitucional. Actualmente en la Argentina cuando un imputado es condenado con una pena privativa de la libertad, por medio del sistema de ejecución penal, regulado por la ley 24.660 a través del juez de ejecución, o juez competente, se le debe garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, como lo establece el Art.4 de la citada ley. Ante la violación de una norma que lesiona bienes jurídicos protegidos por la ley penal, y que su sanción prevé una pena privativa de libertad, la Ley de Ejecución Penal 24660 establece la forma que debe ejecutarse la pena. El Estado ejerce poder punitivo habilitado por la ley penal, e infringe un castigo que es la privación de la libertad y tiene el deber de contemplar los derechos que están en cabeza del condenado. Como forma de alcanzar la finalidad normativa de readaptación social en los condenados a penas privativas libertad se multiplican las ideologías “re, resocialización, readaptación, reeducación, como función primordial y correctora de la pena mediante la ejecución de la misma, que son parte de las teorías de la pena que en este caso se enmarcan dentro de la Prevención Especial Positiva. Estas ideologías se basan en motivar al interno con educación y pautas de conducta para que después de cumplir su condena no vuelva a delinquir, por lo tanto el sistema de ejecución penal, establece el procedimiento para poder librar a la sociedad del flagelo, que ha sido víctima por la conducta desviada del delincuente, mientras dure su condena y después de concluida la misma. Se desprende del espíritu de la Ley de Ejecución Penal, que si se logra que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, implica que se ha logrado cumplir con el ideal resocializador y entonces esa sería, una de las finalidades de la pena, la otra sería la estigmatización del condenado, que lo etiqueta como delincuente, se lo aísla para que no siga dañando bienes jurídicos protegidos por la ley penal y se le trasmite a la sociedad que la norma que ha violado sigue vigente.

1.5. Conclusiones provisorias:

Indudablemente la primigenia forma de penar, ha sido la venganza y las formas de materializarla, fueron a través de penas crueles, se trataba de castigar y no había ninguna otra finalidad. Se puede inferir que en las distintas épocas históricas que se

sucedieron con respecto a la finalidad de la pena, se han conservado siempre, resabios de la crueldad como forma de penar.

El castigo y la retribución por el delito cometido han dejado de ser en la actualidad la finalidad de las penas como lo establece la ley de ejecución penal 24660, en el Art.1 que reza: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”*.

Capítulo II:

Teorías sobre la función de la pena

2.1 Teorías absolutas de las penas:

De acuerdo con Duran Migliardi (2011), las teorías absolutas, son aquellas que tienen un fin en sí mismas, es decir, que sólo tienen una única finalidad: la retribución con la aplicación de una pena que conlleve un castigo de la misma magnitud que el delito cometido.

Esta doctrina asume que el castigo es justo, cuando guarda una relación directa con el delito, es decir si un delincuente mata, se le debe imponer la pena de muerte y así sucesivamente con todas las conductas que eran consideradas ilícitas.

Immanuel Kant precursor del idealismo alemán propugnaba la doctrina del retribucionismo, ya que consideraba a la justicia como un bien supremo, como un imperativo categórico, por lo tanto si era quebrantado el autor no podía ser considerado como un ciudadano y debía cumplir en relación con la falta cometida, con una pena proporcional al delito. Consideraba que el individuo que delinquía había hecho un mal uso de su libertad por lo tanto, no pretendía ninguna otra finalidad ulterior, en aras de beneficiar a la sociedad o de tratar de resocializar al delincuente.

Al reo se lo castiga con una pena retributiva del daño realizado y a partir de esta doctrina, el castigo es mensurable, ya que la pena no puede ser proporcionalmente mayor a la falta cometida, como ocurría en la etapa vindicativa de la finalidad de la pena, período que transcurrió anteriormente a que esta doctrina fuera influenciada por el pensamiento de la etapa de la ilustración.

El castigo es la finalidad de la pena, tal como señala Kant (2005):

La ley penal es un imperativo categórico y jay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. (p.167)

Según Duran Migliardi (2011), las teorías absolutas como se asientan en la retribución por el delito cometido, como ya hemos señalado, sostienen que es necesario que se efectivice la totalidad de la condena para que se cumpla con el principio de proporcionalidad, por lo tanto no hay posibilidad de que se reduzcan los tiempos de detención por buena conducta, o libertad condicional, porque el daño que el reo provocó, solo se redime cumpliendo la totalidad de la pena a través de la retribución. Ya definidas las teorías de las penas absolutas o retributivas, seguidamente de acuerdo con Claus Roxin se realiza el siguiente análisis:

La venganza subyace como principio rector de estas teorías cuando se la considera como un fin para redimir el pecado cometido mediante la expiación que en definitiva, es una forma de retribuir con castigo.

Es dable citar textualmente la cita que hace Roxin con respecto a la expiación del pecado por medio de la pena:

“La teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante”. (p.12)

Teorías relativas de las penas

Teoría preventiva general:

De acuerdo con Horta (2016), Cabe señalar que la teoría preventiva general fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbachnn, quien ha sido un precursor en el estudio de la psicología criminal.

Es importante destacar que mediante su doctrina enuncia e impulsa el principio de legalidad: *“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”*, dicha máxima constituye el fundamento del Art.18 de nuestra Carta Magna que en su primer párrafo reza: *“Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*. Uno de sus principales postulados con respecto a la finalidad de las penas es que una de las formas de prevención del delito es el temor que la ciudadanía asume con respecto a la aplicación de las penas y de esa manera se la intimida para no infrinja la normas penales. Paul Johann Anselm v. Feuerbachnn se opuso rotundamente a las teorías absolutas, porque consideraba, que aquellos que adherían a ellas con la firme convicción de que estaban fundadas en la retribución justa con respecto al delito cometido, no reconocían que están inspiradas en la Ley del Tali3n y por lo tanto en la venganza.

En contraposición a la teoría de la pena absoluta que como ya hemos analizado posee un fin en sí misma, la teoría preventiva general se caracteriza en que se dirige a toda la sociedad en su conjunto, para generar conciencia de las consecuencias que conlleva la violación de las normas, por lo tanto podemos inferir su finalidad de prevención del delito.

Según Roxin (1976), para que en aquellos individuos que tengan una marcada tendencia a delinquir, opere la prevención por motivación en la norma penal, únicamente podría ser factible, en los casos de premeditación en la comisión del delito, en los demás supuestos sostiene el autor, sería más importante como modo preventivo contar con una fuerza policial más efectiva y profesional.

2.4 Teoría preventiva especial positiva:

Según Urzúa (2005), esta teoría está vinculada a la corriente doctrinaria emanada de Franz Von Liszt, que fue un jurista alemán que sostuvo, que: “solo la pena necesaria es justa”.

Liszt decía que la pena no se justifica en sí misma, que debe por cierto estar destinada a cumplir con un fin.

El objeto de esta teoría se centra, en el individuo que ha cometido el delito con la finalidad que no vuelva a delinquir, por lo tanto de ella se desprende que es, la resocialización, el objeto de las penas constituyéndose también en un modo preventivo del delito.

Es importante destacar que Liszt, consideraba que cuando no era posible resocializar y reinsertar a un condenado, se lo debía segregar de la sociedad, para que no vuelva a dañar bienes jurídicos, protegidos por la ley penal. Cabe destacar que el autor estaba de acuerdo con la condena perpetua y la pena de muerte.

De acuerdo con Roxin (1976), si se concibe a la resocialización, como finalidad de la pena, ello implicaría que cuando se cumple con el objeto de la condena, el condenado debería recuperar su libertad.

Cabe señalar que la resocialización como finalidad de las penas ha recibido críticas, una de las cuales es la que señala que: la reeducación de los condenados podría estar sujeta a la arbitrariedad de los centros de detención donde se ejecuta la condena, por lo tanto resultaría perjudicial el proceso de resocialización para el condenado e impediría cumplir con el mandato constitucional. También ha señalado, el autor, que el término resocialización en sí, podría generar erróneas interpretaciones, por lo tanto no permitiría advertir con suficiente claridad cuando un condenado está apto para reinsertarse y cuando no está en condiciones de recuperar su libertad.

2.5 Conclusiones provisionales: se ha podido advertir que las teorías sobre la evolución de la pena, son parte de un progreso en el pensamiento doctrinario, comenzando con las teorías absolutas que poseen un fin en sí mismas, las cuales derivan del aporte que hizo el filósofo, Immanuel Kant, quien consideraba la pena como una retribución por el delito cometido y sostenía que, debía guardar una justa proporción con el mismo. Se han analizado también, las teorías sobre la prevención general y especial, cuyo fin es la prevención y no la retribución por el delito cometido. Podemos inferir que siempre que una ley prescribe una condena en la actualidad y la misma se asienta en la retribución, y no en la resocialización, esa ley contiene resabios de los principios doctrinarios de las teorías absolutas y también de la venganza.

Capítulo III:

Constitución Nacional

3.1 Constitución nacional, formal y material:

Se considera importante hacer una breve introducción a cerca de este tema, ya que se cree relevante para la investigación:

Según Bidart Campos (2000), una de las características de nuestra constitución, es la que la define como un cuerpo normativo formado por normas escritas desde el Art.1 al Art 129, dicha particularidad hace alusión a la constitución formal.

Cabe aclarar, que no siempre las normas constitucionales tienen vigencia en el plano sociológico, es decir se puede inferir que algunas normas pueden perder validez, por lo tanto en ese caso subyace la constitución material, que puede derivar de una norma constitucional o no, y es aquella que tiene vigencia y se aplica aunque no se encuentre escrita. Puede subsumirse la constitución material a la formal, cuando todas las normas constitucionales poseen vigencia sociológica, es decir el legislador dicta leyes que están en relación directa con las normas constitucionales vigentes.

El derecho consuetudinario, es aquel que no emana de las normas, si no de las conductas que dentro de una sociedad que se repiten, y no están contempladas en la leyes, las cuales se hacen ejemplificadoras, por lo tanto, si el legislador las transforma en ley en ese caso, pueden completar una norma constitucional, pero también pueden contravenirla, y en ese caso, devienen en leyes inconstitucionales.

A continuación se realiza una cita textual de Vidal Campos:

“El poder judicial, cuando interviene con declaraciones de inconstitucionalidad, es un instrumento para impedir que las violaciones a la constitución formal adquieran ejemplaridad y, por ende, para impedir que decaiga la vigencia sociológica de la misma constitución. Puede también, en un momento dado, lograr que esa vigencia sociológica extraviada se recobre” (p.12)

3.2 Supremacía constitucional:

De acuerdo con Bidart Campos (2000), nuestra constitución es ley suprema o súper ley, esto implica que todo el plexo normativo que deriva de ella, como las normas infraconstitucionales deben estar en relación directa y en concordancia, y no pueden

contravenirla. Pero de nada serviría este concepto, si no hubiera un control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad surge, con el caso Marbury contra Madison en 1803, cuando el juez Marshall de la corte suprema de Estados Unidos declara la inconstitucionalidad de una ley. A partir de ese fallo que se traslada a nuestro derecho, se adquiere el control de constitucionalidad con la característica de que en nuestro sistema jurídico, es difuso, eso implica que es una facultad que tienen los jueces para aplicarlo a un caso concreto.

Se considera importante mencionar el art. 75 inciso 22. CN, que reza en su primer párrafo: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

El Art.6 inc 5 de la Convención Americano sobre Derechos Humanos: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*

Citaremos a continuación el Art.18 último párrafo de nuestra Carta Magna: :*“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice”*.

3.3 Conclusiones provisorias:

Se puede advertir con lo expuesto en este capítulo, que el mandato constitucional con respecto a las finalidad de las penas privativas de la libertad, no deja lugar a dudas acerca que debe ser la resocialización, la reeducación, la reinserción, así como también, que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, el fin que debe perseguir la condena.

Nuestra Carta Magna a partir de la reforma constitucional de 1994 ha incorporado tratados sobre derechos humanos, que han humanizado las penas privativas de la libertad, adhiriendo a la doctrina que establece como fin la prevención especial positiva, que ya hemos evaluado oportunamente en el capítulo II.

Capítulo 4:

Análisis de Fallos

4.1 Declaración de Inconstitucionalidad del Art.100 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256

“A., M. E. s/ recurso de casación”:

La defensa del inculpado M.E.A interpuso un recurso de casación contra el fallo (vid fs. 108/114), que le impedía a su defendido acceder al régimen abierto previsto en el periodo de prueba. Cabe aclarar que La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón para dictar el fallo por el cual se interpuso el recurso de casación, se amparo en el Art.100 de ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256.

El defensor del acusado sostuvo que debía declararse la inconstitucionalidad del citado artículo debido a que” *desnaturaliza el sistema de resocialización y progresividad de la pena que encuentra amparo en los artículos 16, 17, 18, 19, 31, 75 inciso 22 y 121 de la Constitución Nacional; 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16.1 de la Convención contra la Tortura y Trato o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 de la ley 24.660; y 1, 2, 4, 5, 6, y 8 de 12256.*

El Juez Dr, Carral dijo: “*que adelanto mi disenso con el criterio seguido por los Señores Camaristas y, en consecuencia, con norte en las recomendaciones antes expuestas, entiendo que cuando una regla infringe, como en el presente caso procuro fundamentar, principios fundacionales cuya tutela es función del poder estatal, su declaración de inconstitucionalidad se impone como un deber para los órganos que ejercen la actividad jurisdiccional, sin que ello pueda ser interpretado como una indebida intromisión en las facultades reconocidas al resto de los poderes que conforman nuestro Estado de Derecho*”.

Por su parte el juez interviniente en la causa Dr Carral sostuvo, que: “*la letra de Art.100 de ley 12.256 permite una sola interpretación y que lo obliga a ser uso de facultad de decretar la inconstitucionalidad ya que es un deber del órgano jurisdiccional*”

“*Tampoco permite acudir a lo que se denomina sentencia manipulativa aditiva, que como sostiene Sagues (2006), es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la constitución*”(p.73 a 76).

Se cita a continuación Art.100 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256:

ARTICULO 100-. (Texto según Ley 14296) El Juez de Ejecución o Juez competente autorizará el ingreso al régimen abierto y las salidas transitorias de los condenados previo el asesoramiento de la Junta de Selección, en base a la evaluación criminológica.

El Juez competente podrá, por resolución fundada, tomar una decisión que se aparte del resultado de la Junta de Selección y/o suplir o complementar el informe criminológico con el que produzcan otros equipos interdisciplinarios.

La petición de salidas transitorias será sustanciada y resuelta conforme las disposiciones del artículo 3º de la presente Ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo que antecede, no podrán otorgarse salidas transitorias a aquellos condenados por los siguientes delitos:

- 1) *Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal, salvo el inciso 1°;*
- 2) *Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119 segundo, tercer y cuarto párrafo, 120 segundo párrafo, 124, 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;*
- 3) *Privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo, del Código Penal);*
- 4) *Tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2) del Código Penal);*
- 5) *Homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal);*
- 6) *Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal;*

Del mismo modo los condenados por alguno de los delitos reseñados precedentemente, no podrán obtener los beneficios de la libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba detallados en los artículos 104, 123, 123 bis, 146, 147 bis y 160, respectivamente, de la presente ley.

El único beneficio que podrán obtener los condenados por los delitos reseñados en los incisos 1) a 6) del presente artículo y en los últimos seis (6) meses de su condena previos al otorgamiento de la libertad condicional si correspondiere, es el de salidas transitorias a razón de un (1) día por cada año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado, siempre que se cumplimenten las condiciones establecidas en el primer párrafo del presente artículo.

Para obtener este beneficio mediante el estudio, en sus diferentes modalidades el condenado deberá aprobar las evaluaciones a las que será sometido y demás condiciones imperantes en los artículos 31 a 33 de esta Ley.

A los fines enunciados anteriormente, se considerará trabajo realizado a la labor efectivamente prestada por el condenado bajo la dirección y control del Servicio Penitenciario de acuerdo a lo establecido en los artículos 34 a 39 de la presente.

Este beneficio no es acumulable, cuando el trabajo y el estudio se realicen simultáneamente.

El Doctor Violin dijo: “Comparto con el voto que abre este acuerdo que la norma del artículo 100 de la ley 12256 impone una regla cerrada, que impide, en principio, una interpretación alternativa compatible con la Constitución Nacional, frente a las pautas que regulan el objeto y fin de la pena”.

El Tribunal resuelve:

Casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 000 de su registro interno. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 100 de la Ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios

de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba. las actuaciones a la instancia de origen a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto. Rigen los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal. Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

4.2 Declaración de Inconstitucionalidad del Art.56 bis de la Ley de Ejecución Penal 24660

"BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL P/ EJEC. SENTENCIA".-

A continuación se reseñan los aspectos más salientes del fallo:

Se trata de un condenado a diecisiete años de prisión. Su abogado defensor solicitó que se declare la inconstitucionalidad del Art.56 bis de la Ley de Ejecución Penal 24660. Cabe aclarar que el interno venía transitando satisfactoriamente los periodos de observación establecidos en el (Art.12 inc, C de la Ley 24.660). Pero cuando el defensor exige que su defendido ingrese al periodo de salidas transitorias el tribunal se ampara en el Art 56 bis de la Ley de Ejecución Penal 24660, que establece:

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

Aduce el defensor el Dr.Galeota “que en este caso concreto se estarían violando principios de raigambre constitucional, reconocidos en los Tratados Internacionales incorporados a nuestro plexo normativo luego de la reforma constitucional del año 1994 en el Artículo 75 inc. 22. Entre ellos Principio de Progresividad y Resocialización por considerar que el artículo 56 bis va en desmedro de una adecuada hermenéutica, impidiendo al interno que evolucione personalmente hacia una favorable reinserción social, ya que fomenta el encierro casi perpetuo, contradiciendo los objetivos principales de la ley 24660.El principio de igualdad también se encuentra vulnerado a consideración de la defensa toda vez que se niega a ciertos penados acceder a un beneficio que se legisló de manera igualitaria para todas aquellas personas que por la comisión de un hecho punible resulten condenadas en cualquier parte del territorio nacional. También merece consideración la franca violación al principio del doble juzgamiento, dado que el condenado además de recibir su sanción por la comisión del delito, recibe otra de carácter administrativo (imposibilidad de acceder a los beneficios del periodo a prueba), violando también el principio de legalidad, culpabilidad, defensa en juicio y proporcionalidad”.

Corresponde hacer mención al voto del doctor Hornos en el fallo “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo (fallo de la Sala Cuarta de la Cámara Federal de Casación Penal del 20.12.2013, Registro N° 2557/13) que manifiesta en la parte que nos compete “...en caso de circunscribirnos a la exégesis del texto legal en cuestión, estaríamos aceptando la implementación de un sistema diferenciado o paralelo de ejecución de la pena privativa de libertad, incompatible con el diseño constitucional (...) de donde surge claramente que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados. En rigor de verdad, el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha escisión configura un menoscabo patente al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás...”. Continúa diciendo el Dr Hornos “Por lo tanto, estimo que la norma no puede decidir de antemano, sobre un colectivo indeterminado de personas y sin importar el desenvolvimiento concreto que cada uno de los penados haya alcanzado luego de un tiempo legalmente estipulado de encierro efectivo, un modo de cumplimiento diferencial de ejecución de la pena, en base exclusiva al delito cometido. En tal sentido, mal pueden reflotarse demás concepciones positivistas que han sido ya superadas durante el siglo pasado, como obstáculos hábiles que cercenen derechos fundamentales. Tal ha sido la interpretación postulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala”, rto. el 20/06/2005, en cuanto al entendimiento que corresponde efectuar a concepciones criminológicas peligrosistas, que devienen incompatibles con un sistema penal de una moderna sociedad democrática. (Cámara Federal de Casación Penal –Sala IV– “SOTO TRINIDAD, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación” y en sentido coincidente el fallo Jofré Raul Horacio s/Impugna rechazo de Inconstitucionalidad y denegatoria de Salidas Transitorias, Legajo N° 10126/2 del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa).

Se desprende de lo antedicho que la norma en cuestión vulnera el principio de culpabilidad por el acto y proporcionalidad de la pena (arts. 18 y 19, C.N.; 9, C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P.), en tanto proscriben la imposición de una pena que exceda la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor en el hecho. Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo” dijo que “...la pena [...] no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho...”, debiendo “...guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...” (Fallos:329:368).

RESUELVE:

I°.- DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 56 bis° de la Ley N° 24.660, y en consecuencia la no aplicabilidad de dicha norma en los presentes obrados, por violentar los principios de igualdad (arts. 16 C.N., 24, C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P), proporcionalidad, culpabilidad del acto (art. 18 y 19 C.N., 9 C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P) y finalidad resocializadora de la pena (art. 5.6, C.A.D.H y 10.3, P.I.D.C.P).-

II°.- ORDENAR a las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial de Mendoza, se dé inicio al trámite de incorporación a Periodo de Prueba del interno BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL, en los términos del artículo 15 de la ley 24.660. y dentro de

éste evaluar la posibilidad del del otorgamiento de Salidas Transitorias en caso de cumplimentarse los requisitos legales-
III°.- PROCEDASE a efectuar las comunicaciones pertinentes.-

4.3 Conclusiones provisorias:

En este capítulo se ha analizado: la declaración de inconstitucionalidad de normas de ejecución penal, con miras a desarrollar una primera aproximación previa a conclusión final, se puede inferir, que cuando los delitos son graves, si la reparación que se pretende mediante la pena es cruel, retributiva , desproporcionada y desigual es porque vulnera obviamente principios que se contraponen con el mandato constitucional, como ha quedado establecido en los fallos que hemos evaluado.

Capítulo 5:

Conclusiones Finales

Conclusiones finales:

Se ha estudiado la finalidad de las penas y por lo tanto se desarrolló una hipótesis en base a la siguiente presunción:

“Han influido conceptos y principios de las teorías absolutas o de retribución, en la conformación de normas que integran la Ley de Ejecución Penal 24660 y la Ley de Ejecución Penal Bonaerense 12256, que transmutan la finalidad que deben tener las penas”

Indudablemente cuando el legislador le otorga a las leyes de ejecución penal, un fin que se funda en el derecho de autor, y no en el de culpabilidad por el hecho, la pena se transforma en una venganza, en una retribución, en una medida de seguridad, que no está amparada por la normativa vigente.

Ha quedado claro que si se pretende que el castigo redima y recomponga el bien jurídico que el condenado ha dañado con la pena impuesta, esto implica que se persigue un fin absoluto o retribucionista.

Se debe tener presente que las normas penales, no deben responder a un derecho penal de autor, que como lo define Roxin es:

“cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal” P.176

La dogmática jurídico penal a la cual debe ajustarse el sistema de ejecución, es el de culpabilidad por el hecho, es decir que se culpa al condenado por el delito que cometió, no se le debe asignar otro fundamento que se vincule a su índole personal.

Se ha analizado que no es el castigo ni la retribución por el delito cometido, el fin que debe perseguir la condena privativa de la libertad. De acuerdo al mandato constitucional, debe ser la resocialización reinserción y reeducación, que le atribuye a la condena un fin que se ajusta al de prevención especial positiva.

Cuando los delitos son atroces, los códigos prescriben las penas más severas y en estos casos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, no es legal transmutar la finalidad de la ejecución de la privación de la libertad, otorgándole un fin que no es el establecido por el ordenamiento jurídico.

La investigación realizada en base a la jurisprudencia que se ha incluido en el capítulo IV donde se declara la inconstitucionalidad del Art.100 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense en el fallo: A., M. E. s/ recurso de casación y el Art.56 bis de la Ley Ejecución Penal 24660, en el fallo: Berguecio Coria Flavio Ariel, mediante la cual se ha realizado el análisis de estos fallos, permite inferir mediante la exégesis del texto, que el legislador al desarrollar los fundamentos mediante los cuales, dictó las leyes que hemos tratado, y han sido declaradas inconstitucionales, no ha tenido en miras el objeto que deben perseguir las normas de ejecución penal, con respecto a la finalidad de las penas, por el contrario estas leyes están impregnadas de un derecho penal de autor, de desproporcionalidad por el acto y de desigualdad, debido a que no se les permite a los condenados, la incorporación a periodo de prueba y salidas transitorias, generando una

distinción entre: los condenados enunciados en estas normas y el resto de los internos, que no se ajusta al principio de igualdad que establece el Art.16 de la C.N.
Esta investigación ha fundamentado su estudio en el campo estrictamente normativo, dejando por supuesto de lado, el aspecto sociológico de la problemática. Por supuesto se considera que la problemática también, debe ser abordada en futuras investigaciones, desde la óptica de esa ciencia.

Bibliografía:

- Bidart Campos, Germán José. (2000). Tratado elemental del derecho constitucional argentino. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, *German José (1994)*. Manual De La Constitución Reformada argentina. Buenos Aires: Ediar.
- Cury Urzua Enrique. (2005). Derecho Penal: Parte General (7°ed.). Chile: Universidad Católica de Chile.
- Fidas G. Arias (2000). El proyecto de investigación, introducción a la metodología científica. Venezuela: Editorial Episteme
- Gomez Horta R. (2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. Colombia: Summa Iuris.
- Huertas, Emiro Sandoval (1998), "Penología-Partes General y Especial, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Immanuel Kant. (2005). La Metafísica de las Costumbres (4° ed.). Madrid: Tecnos.
- E Cassin J Bottero J Vercoutter (1984). Los Imperios Del Antiguo Oriente II. México España Argentina: Siglo Veintiuno México
- José Alberto Yuni, Claudio Ariel Urbano (2014). Técnicas para Investigar Volumen 2, Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación. Argentina: Editorial Brujas
- Migliardi Duran (2011). Teorías absolutas de las penas orígenes y fundamentos. Santiago, Universidad de Salamanca. Universidad de Atacama.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071843602011000100009
- José López Yepes (1996). La aventura de la investigación científica: guía del investigador y del director de investigación. Madrid : Síntesis
- S. J. Taylor y R. Bogdan (2000). Introducción a los métodos cualitativos. España: Ediciones Paidós
- Roxin Claus. (1976). Problemas básicos del derecho penal, Sentido y límites de la pena estatal. Madrid: Editorial Reus.
- Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. (1998). Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Selltiz, Claire (1980). Métodos de investigación en las relaciones sociales. Madrid: Ediciones Rialp
- Roxin, Claus, (1999), "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Madrid: Editorial Civitas.

ANEXOS:

A., M. E. s/ recurso de casación

ACUERDO En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 13 de septiembre de dos mil doce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Víctor Violini y Daniel Carral (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en causa N° 15.324 (Reg. de Pres. N° 51.310) caratulada “A., M. E. s/ recurso de casación”. Practicado el sorteo de ley, resultó en la votación que debía observarse el siguiente orden: CARRAL - VIOLINI (conforme artículo 451 in fine del C.P.P.). ANTECEDENTES I. La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 25.500 de su registro interno, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial de M. E. A.; declarar que no resulta inconstitucional el artículo 100 de la ley 12.256; y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Ejecución Penal interviniente, que oportunamente no hizo lugar al pedido de cambio de régimen del inculcado (artículos 421, 440 primer párrafo, 447, 530 y 531 del C.P.P.; y 100 y 119 de la ley 12.256). II. El Sr. Defensor Oficial del acusado, Dr. Rómulo Soria Paz, interpuso recurso de casación contra el fallo (vid fs. 108/114), requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256 por considerar, en lo sustancial, que su contenido excluye toda posibilidad de que los condenados por la comisión de los delitos taxativamente allí enunciados accedan al régimen abierto previsto en el período de prueba, lo que a criterio del quejoso desnaturaliza el sistema de resocialización y progresividad de la pena que encuentra amparo en los artículos 16, 17, 18, 19, 31, 75 inciso 22 y 121 de la Constitución Nacional; 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16.1 de la Convención contra la Tortura y Trato o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 de la ley 24.660; y 1, 2, 4, 5, 6, y 8 de la ley 12.256. Denuncia la existencia de gravedad institucional, al entender que lo dispuesto en la norma cuestionada impide a su pupilo llevar a cabo el tratamiento penitenciario resocializador en forma igualitaria a la del resto de los condenados, evidenciando, en primer término, un avasallamiento de su derecho adquirido a transitar las distintas modalidades del régimen resocializador y, en segundo término, que A. cargue con una pena estigmatizante, degradante e inhumana. III. Con la radicación del recurso en la Sala, se notificó a las partes. El Sr. Defensor Oficial ante este Tribunal Superior Dr. Mario Luis Coriolano, señaló que mantenía expresamente el recurso de casación deducido, y que se remitía a los fundamentos referidos en la presentación original, peticionando en idéntico sentido (cf. foja 126). Por su parte, el Sr. Fiscal Dr. Fernando Luis Galán dictaminó que el recurso debe ser rechazado, al entender que no se han configurado los defectos invalidantes que denuncia el recurrente (vid foja 127). Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, decidiendo plantear y votar las siguientes CUESTIONES: Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo: I. Inicialmente es oportuno recordar la

magna jurisprudencia de nuestro mas alto Tribunal Nacional, en cuanto sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una materia en la que rige un criterio restrictivo, por significar la ultima ratio del orden jurídico (Fallos 331:2799), al tiempo que advirtió sobre el riesgo de trastocar el sentido republicano de nuestro sistema de gobierno, recomendando, en consecuencia, asumir suma prudencia a la hora de evaluar la posible inconstitucionalidad de una ley (Fallos:14:425; 105:22; 112:63; 182:317). De este modo, cabe interpretar que todo intento tendiente a deslegitimar la validez constitucional de una norma impone a quien lo pretende el deber de demostrar con claridad de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional y cuál sería el perjuicio efectivamente irrogado (Fallos:332:5). Insisto con ello dado que en un precedente anterior, donde también se perseguía igual tacha de inconstitucionalidad, me incliné por el rechazo al planteo defensivo en tanto –a mi modo de ver- no se ofrecían suficientes razones y argumentos de peso que, valorados a la luz del caso concreto, ameritara el dictado de una resolución con el alcance y trascendencia institucional que importa una declaración de inconstitucionalidad de una norma. No obstante, debo reconocer que a partir de los argumentos introducidos en esta oportunidad por la Defensa Oficial, que dan sustento al denunciado agravio irreparable que habría producido lo resuelto por el a quo, las razones que dan apoyo a una causa federal suficiente en la pretensión por la que se persigue se declare la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, y las circunstancias que rodean al caso concreto del Sr. M. E. A., me han llevado a un replanteo en las consideraciones sobre el control de constitucionalidad y en definitiva de “convencionalidad” de la norma bajo examen. Llego a este punto luego de verificar que, a diferencia de otras situaciones donde también se ha sometido al tamiz constitucional una norma del sistema penal frente a conflictos en el ámbito de su aplicación (vgr. artículo 41 bis del C.P.) resultando innecesario expedirse por un juicio adverso a su constitucionalidad, y en cambio sí fijar un criterio de interpretación que la resguarde, la letra de la regla del artículo 100 de la ley 12.256 es tan cerrado que no permite en este caso acudir a lo que se denomina sentencia manipulativa aditiva, que “es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la constitución” (Néstor P. SAGÜES, Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Ad-Hoc, Buenos Aires, cap. V., 2006, 73 a 76). Es entonces que adelanto mi disenso con el criterio seguido por los Señores Camaristas y, en consecuencia, con norte en las recomendaciones antes expuestas, entiendo que cuando una regla infringe, como en el presente caso procuro fundamentar, principios fundacionales cuya tutela es función del poder estatal, su declaración de inconstitucionalidad se impone como un deber para los órganos que ejercen la actividad jurisdiccional, sin que ello pueda ser interpretado como una indebida intromisión en las facultades reconocidas al resto de los poderes que conforman nuestro Estado de Derecho. Sentado lo expuesto, considero que lo normado en el artículo 100 de la ley 12.256 resulta contrario a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que comparten su rango supralegal. Lo adelantado encuentra sustento en lo estatuido por los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; y 1, 4 y 5 de la ley 12.256.

II. Para una mejor intelección del caso concreto, corresponde efectuar un breve repaso de las

circunstancias específicas que rodean al cumplimiento de pena de M. E. A. La presente incidencia se inicia por petición del interno que pretendía un cambio al régimen abierto, al margen de haber solicitado se contemple la posibilidad de un traslado temporario (7 días) cada 2 meses a efectos de facilitar que su familia lo visite. A partir de esa presentación en marzo de 2010, se fueron recabando los diferentes informes a la administración penitenciaria respecto del desenvolvimiento del interno en su vida intramuros. Puede verse así el informe psicológico que destaca: “A modo de conclusión podemos informar que se trata de un sujeto que accede a un cuestionamiento profundo con indicadores de reproche moral respecto al delito por el que cumple condena. Se destaca además que ha logrado capitalizar el tiempo de encierro, habiendo desarrollado un oficio que será su proyecto de inclusión social futura (...)” (foja 44 vta.). Como parte del Informe Integral, realizado en julio de 2011, en la sede del Penal de Sierra Chica, se ha concluido en lo siguiente: “Sujeto que en la faz institucional cumple correctamente con los lineamientos vigentes, desarrollando actividades laborales en la tapicería y a nivel educativo se encuentra realizando el curso de tapicería; refiriendo que tal oficio será su salida laboral en el exterior. El interno registra la visita quincenal de su madre y la pareja de ésta.” (fs. 40/41). Cabe señalar, por lo demás, que el condenado posee conducta ejemplar: diez (10) –vid fs. 40-. Finalmente, teniendo en cuenta los mencionados y otros antecedentes e informes de seguimiento, la Dirección General de Asistencia y Tratamiento, con la intervención de los representantes de las diversas áreas del Departamento Técnico Criminológico adoptaron como Resolución General: “Tras analizar los elementos volcados por las diferentes áreas de tratamiento sobre quien nos ocupa, se hace saber a S.S. que se aconseja la conveniencia de incluir al interno A., NN, M. E., F.C. Nro. 0000 en el CAMBIO DE REGIMEN ABIERTO, 100, 119 y CONCORDANTES DE LA LEY 12256 (...)” (foja 42/vta.). Tal es la entidad de los informes anejados por las autoridades penitenciarias, que una vez corrida nueva vista al Ministerio Público Fiscal, el representante del área de Ejecución y Transición Departamental propició lo siguiente: “(...) este Ministerio estima que, salvo mejor criterio de V.S., puede hacer lugar a la incorporación de M. E. A. al régimen abierto sin salidas (artículos 94, 100, 119 y ccdtes. de la ley 12.256).” No obstante, la Sra. Magistrada de Ejecución al momento de resolver se enfrentó con el impedimento que ofrece como reparo, en tanto condición objetiva de procedencia, lo normado por el artículo 100 de la ley 12.256 que impide el acceso a esta progresividad a los condenados por una nomina de delitos que individualiza, entre ellos el “Homicidio en ocasión de robo” (artículo 165 del C.P.), figura por la que fuera oportunamente responsabilizado A., permaneciendo en detención desde el día 16 de marzo de 2007. Tras ello, los Sres. Camaristas que intervinieron en la sustanciación del recurso de apelación, confirmaron lo resuelto y ratificaron la constitucionalidad de la norma en crisis, argumentando sobre la base de la finalidad de su sanción, trayendo a colación para ello los antecedentes parlamentarios que motivaran la imposición de esta pauta objetiva de restricción anticipada.

III. Es necesario para una correcta exégesis de la norma cuestionada, partir en el análisis considerando el contenido de los principios constitucionales que legitiman la operatividad y existencia de nuestro ordenamiento jurídico en materia penal y procesal penal, toda vez que se reconocen como pilares fundamentales sobre los cuales se construye el debido proceso y la legitimación de la actividad punitiva estatal. A partir de los principios se es, se aprehende o se hace determinada cosa, facilitando la interpretación de su sentido; al tiempo que representan una unidad que brinda parámetros sobre los cuales

debe analizarse, con base en criterios normativos, el sentido y la justificación de lo que se valora. Ni el conocimiento ni la explicación de la ciencia serían factibles si “(...) no existieran principios que le otorgasen el ser y el sentido de las cosas, incluidas las que están sujetas a libertad, contingencia e indeterminación práctica (...)” (Guillermo J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, 63), pues, como aspectos teleológicos que le dan consistencia al funcionamiento del orden penal, un ordenamiento con origen en un desmesurado desenvolvimiento empírico, crea riesgos de confusión normativa, lo cual conlleva a una grave afectación de los derechos fundamentales (cf. Sergio MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, 25). Ello se relaciona con el hecho de que en materia penal coexisten determinados principios que garantizan los derechos de los sujetos que mediante sus acciones llevan a cabo conductas antinormativas, y operan, al mismo tiempo, como limitadores de la respuesta coercitiva que el Estado, preferentemente de modo proporcional, le reserva a cada individuo que no ajuste su accionar al sentido de la norma, esto es, mediante la aplicación de una pena (cf. artículo 5 del código de fondo). Es en función de la existencia de los principios penales que la actividad legislativa encuentra un coto estricto al tiempo de sancionar una determinada norma, pues que sus postulados impiden la creación de disposiciones que vulneren las garantías constitucionales mediante el ejercicio del *ius puniendi*, como herramienta de coerción estatal, y esto así toda vez que también tienen una función comunicativa como “mandato” al legislador. En este marco resulta necesario remarcar que el principio de legalidad limita, repudiando el ejercicio arbitrario del derecho penal, el alcance del reproche estatal, al tiempo que asegura al conglomerado social la sujeción del Estado a la ley y, junto al de culpabilidad, imponen al poder legislativo la obligación de sancionar disposiciones que se caractericen por su razonabilidad y su sentido de justicia. De lo dicho se deriva como consecuencia inevitable la idea de proporcionalidad que debe caracterizar la imposición de una sanción privativa de libertad, siendo que su existencia limita la extensión de los criterios de prevención en el marco de las teorías de la pena y elimina toda clase de valoración acerca de la personalidad o peligrosidad de los agentes, dando de este modo un fundamento legítimo a la asignación del *quantum punitivo* que se atribuye frente a la comisión reprochable de un injusto y a las consecuencias que de dicho acto jurisdiccional se desprenden. Por lo dicho, debiera primar el hecho de que el contenido de las resoluciones emitidas en el marco del derecho penal se encuentra limitado por el deber que recae sobre los magistrados de ponderar las consecuencias que derivarán de la imposición de una condena que dispone la privación de la libertad del sujeto, toda vez que los medios que se utilicen para obtener el bien común que persigue el Estado deben caracterizarse por la proporcionalidad y la razonabilidad que exige el grado de culpabilidad atribuida al agente, evitando así toda vulneración de los derechos fundamentales que lo amparan. Es en este marco donde entra en juego el principio de *ultima ratio* del derecho penal como resultado de la armonización exigida entre la restricción a la libertad de un ciudadano y el bienestar público; al tiempo que encuentra legitimación el ejercicio del *ius puniendi* en tanto se garantice el efectivo goce de los derechos constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna. Ahora bien, aplicando los lineamientos generales tratados en los párrafos precedentes al caso que se analiza, se aprecia que la norma del artículo 100 de la ley 12.256 encuentra fundamento en los enunciados de la teoría de la pena reconocida como especial negativa, que pretende dirigirse a la “(...) persona criminalizada no para mejorarla sino para

neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal (...) que es un bien para el cuerpo social (...), [apelando con tal finalidad] a la neutralización y eliminación [del individuo] y lesiona el concepto de la persona (...)”(artículo 1° de la DUDH y artículo 1° de la CADH), toda vez que se impone la preeminencia de los intereses del cuerpo social por sobre las garantías del condenado, respondiendo, de este modo, “(...) a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a la coacción directa administrativa: no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual (...)” (Eugenio Raúl ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediar, segunda edición, 2003, 64) Lo dicho no puede ser defendido frente a lo establecido por los principios de dignidad humana y bien común, pues las normas creadas por el Parlamento nunca pueden desconocer ni vulnerar las garantías que nuestra Ley Fundamental, y aquellas leyes que reglamentan su ejercicio de modo legítimo, reconocen a cada individuo.

La situación que inicialmente llama la atención respecto de la regulación bajo examen de constitucionalidad, y nada mejor que confrontar este análisis con el caso concreto que hoy se nos presenta en la situación del Penado A., es que ya de antemano, y apenas iniciado el proceso, el imputado cuyo delito reprochado tenga identidad con alguno de la porción de ilícitos determinados por la ley, según la exposición de motivos del legislador, con base en la peligrosidad que denota en sus autores tal comportamiento externo (cf. exposición de motivos ley 12543), no puede albergar ninguna expectativa de tratamiento progresivo, como sí, en cambio, lo pueden hacer condenados por otros delitos, razón por la cual desde el vamos le cercenan tanto el incentivo de cambio, como las posibilidades ciertas de una mejor integración, e incluso lo despojan de razones en las cuales motivarse durante su encierro para un mejor desarrollo personal.

Nótese que al llevarse a cabo la creación de una norma siempre coexisten y concurren diversos bienes jurídicos que se contraponen, por lo que inevitablemente alguno cederá frente al otro; pero ello no implica en modo alguno que una determinada disposición deba ser considerada como legítima por los órganos facultados a ejercer la actividad jurisdiccional, cuando ha sido dictada con sustento en una política criminal que pretende satisfacer artificialmente reclamos sociales con origen en una situación de conflicto comunal concreto, provocando con ello la sanción de leyes que contradicen el sentido del resto de las disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Las normas que dan vida al derecho penal tienen un sentido, y es por tal motivo que deben ser interpretadas en armonía con el resto del sistema legal que se caracterice por ser racional, igualitario y conteste con los postulados constitucionales.

En consecuencia, entiendo que lo establecido en el artículo 100 de la ley 12.256 contradice todas las disposiciones jurídicas que se vienen comentando, violenta el principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, infringe los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesiona el principio de proporcionalidad, se opone a los lineamientos que establece el artículo 16 de la CN, perdiendo legitimidad -por tratarse de un supuesto de derecho penal de autor- toda vez que coarta toda posibilidad de reinserción social de los condenados por la sola comisión de determinada calidad de delitos que taxativamente enumera, con total prescindencia de la evolución personal y esfuerzo de

resociabilización del autor. Por lo dicho, entiendo que el derecho penal no puede caracterizarse por “(...) imaginar que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales (...) y mucho menos convalidar que (...) se trata de un estado peligroso (...) [y, por ello] la pena debe adecuarse al grado de perversión pecaminosa del autor (...), pues tal clase de derecho penal (...) es una escuela autoritaria, en el que el valor fundamental es la disciplina conforme a pautas que las personas deben introyectar (no sólo cumplir), y las agencias jurídicas son tribunales disciplinarios que juzgan hasta qué punto las personas han internalizado las pautas estatales, sin importarles lo que hayan hecho más que como habilitación para esta intervención. No se reprocha el acto sino la existencia: los operadores jurídicos traducen la omnipotencia del estado omnisciente, que niega muestras de infinita bondad a los disidentes (...)” (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, Tratado..., 66). Así es como en palabras de estos autores se ha dicho que “(...) el discurso del derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de persona (...) el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y practican”.

El derecho penal también tiene una misión con sentido social, y es allí donde sus más elementales principios asoman como la barrera infranqueable de la Política Criminal; no se trata sólo de una expectativa de estabilizar la convivencia general, sino que, particularmente en la etapa de ejecución, es donde el Estado debe amalgamar el ejercicio del poder punitivo con la transformación a partir de la política social.

Cuando la regulación normativa lleva a contradicciones tan serias como las que se corroboran en este caso, donde coinciden en lo beneficioso de que el penado A. avance hacia un sistema abierto que le permitirá seguramente afianzar su integración y consolidar su proyecto de futuro, y en esto curiosamente están de acuerdo –en beneficio del penado- las autoridades penitenciarias y el ministerio público fiscal, la argumentación jurisdiccional, aunque con celoso apego a la ley vigente, sólo puede ampararse en un obstáculo formal y objetivo para rechazar el merecido progreso, y esto así, no parece estar a tono con la tan perseguida prevención especial positiva que se pregona desde las Cortes que llevan adelante el control de convencionalidad. IV. Como corolario de lo señalado, no puede menos que analizar el recorrido histórico y sistemático que dio origen a la norma contenida en el artículo 100 de la ley 12.256. Con sustento en lo establecido en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, y en lo dispuesto por el artículo 228 de la ley 24.660, las provincias debían adecuar a esa ley marco sus respectivas legislaciones con la finalidad de que concuerden con las disposiciones de la Ley de Ejecución Penal Nacional.

Ello, en virtud del texto contenido en el artículo 16 de la CN, que obliga a salvaguardar el derecho de igualdad reconocido a todo ciudadano y, en ese marco, las leyes destinadas a establecer el régimen de ejecución penal debían ser dictadas en un mismo sentido para todos. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de privilegiar los postulados que demarca el principio de legalidad. En lo que respecta a la legislación que se encarga de regular la ejecución de la pena en el ámbito nacional, puede decirse que contiene las reglas fundamentales sobre las cuales debe ejecutarse la pena privativa de la libertad, siendo que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, toda vez que deben ser valoradas en armonía con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 18 de la CN, cuando estatuye que “[L]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”; de lo normado en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que “(...) las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (...)”; y lo establecido en el artículo 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando ordena que “(...) el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”. Continuando con el análisis, más allá de la diversidad que puede advertirse en la redacción de las leyes 24.660 y 12.256, lo cierto es que en ambas rige como principio rector de la ejecución de la pena: que su imposición permita reinsertar al condenado en el ámbito de la sociedad. Lo dicho con especial atención en lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Fundamental, que limita el poder de intervención del Estado y, principalmente, el ejercicio del ius puniendi como herramienta de coerción social.

Nótese que el Estado, en este sentido, se encuentra en una posición de garante frente a la persona condenada, pues no sólo la CN sino también los Tratados Internacionales -que comparten con ella su jerarquía- lo obligan a brindarle los elementos necesarios para lograr la tan preciada resocialización; imperando en este marco el principio in dubio pro libertatis, que implica que toda medida que se disponga en relación con la restricción de la libertad de una persona deberá ser adoptada de modo que resulte más favorable para el condenado en su proceso de reincorporación al ámbito comunal.

Resulta imperativo para los órganos que ejecutan la actividad jurisdiccional encaminar las resoluciones judiciales garantizando la plena vigencia de la ley de ejecución penal, siempre que su articulado no restrinja, vulnere, limite o contradiga las normas con jerarquía superior. Pese a lo expuesto, la ley 24.660 establece en su artículo 56 bis (conforme modificación introducida por ley 25.892) que los condenados por la comisión de diversos delitos que allí se detallan, no pueden acceder a los “beneficios” comprendidos en el período de prueba, como tampoco obtener la prisión discontinua o semidetención ni la libertad asistida. El Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Fayt, puso de manifiesto que corresponde “(...) garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran garantizar que el ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional (...)” (CS, “Romero Cacharane, Hugo A. s/ ejecución penal”, 2003/03/09, Fallos:327:388, La Ley 2004-C, 691 – La Ley 2004-D, 147).

Viene a cuento citar la opinión de la Dra. Ángela Ledesma, quien en oportunidad de emitir su voto en la causa “Godoy Cañete, Alcides J. s/ recursos de casación e inconstitucionalidad” (Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal), sostuvo que “[L]a ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, al reglamentar los lineamientos establecidos en los tratados internacionales, adoptó un sistema progresivo en la ejecución penal, [y que] las características principales de éste régimen están dadas, en lo que al caso interesa, por un período de cumplimiento de la pena en libertad, lo que conlleva a la reintegración del condenado al medio libre antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones. Corresponde aclarar también que éste sistema no resulta ser una invención de nuestra ley nacional sino que ha sido la característica propia desde los orígenes históricos de aquél régimen inicialmente

denominado Maconochie y Crofont (cf. Elías NEUMAN, Prisión abierta, Depalma, Buenos Aires, 1984, 112/115).

El principio de progresividad es una de las formas en que se materializa el mandato constitucional de readaptación social por medio de la flexibilización de la ejecución de la pena, atravesando las distintas fases y periodos que prevé la ley

24.660.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento, han sido claras respecto a cuál es el alcance que debe asignársele al sistema progresivo.

Así, el artículo 60 inciso segundo sostiene: “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 (...) o mediante una liberación condicional (...)”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “(...) en concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizada a la luz de las garantías del debido proceso dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.” (cf. CIDH, “Fermín Ramírez vs Guatemala”, Sentencia dictada el 20 de junio de 2005). En el ámbito de nuestra provincia, la ley 12.256 hace especial hincapié, en su artículo 4º, en el hecho de que “el fin último de la presente ley es la adecuada reinserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control”.

Cuando la disposición hace referencia a la reinserción social o reconocida resocialización responde, como se dijo en párrafos que anteceden, a lo dispuesto por las teorías de la pena que se encargan de demarcar que la imposición de cualquiera de las sanciones establecidas en el Código Penal (artículo 5), debe responder a parámetros de prevención generales o bien, especiales, dando cumplimiento a la esperable reinserción de todo condenado a la sociedad, quien luego de cumplida la sanción punitiva que sobre su persona recayó tiene el derecho de volver a convivir en comunidad. Con idéntico sentido su artículo 5º ordena que “la asistencia y/o tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales”. Por ello los jueces de ejecución penal tienen por obligación inmediata de proteger y garantizar el goce de los derechos y de las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo ciudadano que, sometido al debido proceso penal, ha sido objeto de una sanción punitiva (artículo 125 de la ley 11.922).

V. La nómina de ilícitos que delimita la regla del artículo 100, y a cuyos autores cercena desde el vamos la posibilidad de acceder a un tratamiento progresivo e igualitario respecto de sus pares, se ciñen a homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2º del Código Penal); homicidio

en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal), sin que pueda advertirse el fundamento por el cual se escogió, de entre la nómina de los injustos que componen el catálogo de conductas prohibidas, los allí descritos. Celebro que la inconstitucionalidad que propongo haya sido resuelta por la Sala I de este Tribunal de Casación Penal de la provincia, en el marco de la N° 43.933, caratulada “R., J.C. s/ recurso de queja”, con fecha 15 de julio del año 2011, oportunidad en la que por mayoría y con fundamento en el voto del señor juez Piombo, adhiriendo el juez Sal LLargues, se dijo que “(...) la norma cuya aplicación se postula es, en el caso, patentemente contraria al sistema constitucional, creando una especie de ‘derecho de ejecución de autor’ inconcebible según los parámetros que inspiran las leyes sustantivas (...) lo más grave es que se pretende incrementar el sufrimiento de determinados procesados cuando todo el sistema carcelario debe ser, por imperativo

constitucional, para seguridad y reeducación, y no para castigo de los reos incluidos en sus establecimientos. La inconstitucionalidad para el caso del artículo 100 (...) se impone sin atenuaciones (...)”.

VI. En razón de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 25.500 de su registro interno; declarar la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba; y reenviar las actuaciones a la instancia de origen, a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del C.P.P.); y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA. A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo: Comparto con el voto que abre este acuerdo que la norma del artículo 100 de la ley 12256 impone una regla cerrada, que impide, en principio, una interpretación alternativa compatible con la Constitución Nacional, frente a las pautas que regulan el objeto y fin de la pena. Tengo presente también que tras las primeras evaluaciones, el encartado realizó un progreso destacable, el que queda plasmado en los informes que bien ha reseñado el doctor Carral, y que motivaron tanto a las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial como al Ministerio Público Fiscal a expedirse a favor de las salidas peticionadas. Y si bien es cierto que la pena se impone para ser cumplida, y no observo agravio supralegal alguno en esta regla, las circunstancias particulares del caso puntual que se analiza me llevan a adherir a la solución propuesta por el primer votante. Es que a diferencia de las limitaciones que la ley impone con base en las circunstancias personales del encartado, en función de las cuales se aconseja o desaconseja el

cumplimiento completo de la pena (por ejemplo, artículo 50 del Código Penal), en el presente se observa la existencia de una limitación que se funda pura y exclusivamente en razón del delito cometido, es decir, con independencia de la situación particular del encartado, de sus circunstancias personales, a lo que aduno que, en función de la redacción extremadamente cerrada del texto legal, la aplicación de la norma procedería aún cuando esas circunstancias contradijeran las razones que motivaron su sanción. Este es el supuesto de autos, y me explico. Los artículos 18 de la Constitución Nacional, 10 inciso 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el objetivo de resocialización para la imposición de la pena privativa de libertad. Estas normas poseen carácter suprallegal, y por ende, cualquier restricción a los beneficios concedidos a los penados, fundada en dicho objetivo, aparecerá en principio como razonable. No obstante, en el presente caso, el extremo acreditado ha sido precisamente el opuesto. A. ha capitalizado positivamente el tratamiento resocializador, como bien se cita en el voto que abre el Acuerdo. El único impedimento para la obtención del beneficio solicitado es, entonces, el tipo de delito cometido. Y lo cierto es que, conforme cita el “a quo” a fs. 69 y vta., las razones que sustentan tal negativa resultan ser la ausencia de respeto por la vida, y lo perjudicial que supone el hecho de que la persona liberada vuelva a cometer hechos similares a aquellos por los que estuvo en prisión. Debo acudir a estas citas de los antecedentes parlamentarios porque, como dijera, la redacción extremadamente cerrada y parca del artículo 100 de la ley 12256 impide cualquier interpretación alternativa de sus razones. Así las cosas, encuentro que la ausencia de respeto por el

valor vida también se verifica en los casos del artículo 79 del Código Penal, delito no contemplado en la restricción establecida por la norma que aquí se cuestiona; y que el segundo de los argumentos mencionados sienta la presunción de que quien es liberado volverá a delinquir, pero sólo si es externado en forma anticipada. No avanzaré sobre la constitucionalidad de los antecedentes parlamentarios así explicitados, pues basta en el caso con explicar que el elenco de delitos que se considera traslucen desprecio por la vida resultaría en todo caso parcial, y, más importante aún, porque el segundo argumento sienta una presunción que en sede judicial, y a la luz del principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), debe ser probada, lo que en mi opinión, no ha ocurrido en autos. Vale decir, que A. ha cumplido con los objetivos resocializadores impuestos por nuestro ordenamiento legal, pese a lo cual la obtención del beneficio solicitado le es negada con base en una norma legal que se sustenta, a su vez, en razones y motivos que en el caso no se encuentran probados, y que incluso podrían considerarse desacreditados por las constancias de autos. Impedir la concesión del beneficio en estos términos importaría, como bien lo señala el primer votante, hacer aplicación de una teoría especial negativa de la pena, reñida con los principios de dignidad humana y resocialización. Con estos agregados, y adhiriendo a los argumentos vertidos en este mismo sentido por el doctor Carral, a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA. A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo: Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso; casar la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 25.500 de su registro interno; declarar la inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 12.256, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de

la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o

semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba; y reenviar las actuaciones a la instancia de origen a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto (artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del C.P.P.). ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo: Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos. Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente: SENTENCIA I.- HACER LUGAR al recurso deducido, sin costas. II.- CASAR la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Morón, en el marco de la causa N° 000 de su registro interno. III.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 100 de la Ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, en cuanto dispone que los condenados por los injustos de homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual (Título 3 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal) quedan excluidos para la concesión de los beneficios de régimen abierto, salidas transitorias, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, trabajos para la comunidad, semilibertad y salidas a prueba. IV.- REENVIAR las actuaciones a la instancia de origen a fin de que adopten un nuevo temperamento conforme a lo aquí resuelto. Rigen los artículos 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y

121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la ley 24.660; 1, 4 y 5 de la ley 12.256; y 462, 530 y 531 del Código Procesal Penal. Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO.: VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mi: Andrea Karina Echenique

"BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL P/ EJEC. SENTENCIA".

Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

Expte. N° 11063/E "BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL P/ EJEC. SENTENCIA".-
MENDOZA, 01 de febrero de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos arriba intitulados, y

CONSIDERANDO:

I.- Que el interno BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL fue condenado por la EXCMA. CUARTA CÁMARA DEL CRIMEN DE LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE MENDOZA, mediante Sentencia N° 2228 de fecha 30 de abril de 2.008 a la PENA de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN (fs. 39/49 de los presentes obrados). Sanción que cumple el DÍA TRES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL VEINTICUATRO, conforme cómputo de pena glosado a fs. 50 de autos.

Que el Dr. Gabriel Galeota, en su carácter de defensor del interno BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL, mediante escrito agregado a fs. 243/246 de autos, solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 56 bis de Ley 24.660 y en consecuencia permita a su ahijado procesal el avance en las distintas etapas de la pena.

En tal orden de ideas, refiere que su pupilo venía transitando de manera ejemplar los períodos de observación y tratamiento regulados en el artículo 12 de la Ley 24.660. El día 29 de noviembre de 2015, la defensa oficial solicitó el ingreso al Período a Prueba (artículo 12 inc. C, ley 24.660) con el objeto de que el interno continúe su progresividad en el régimen penitenciario, teniendo en cuenta el tiempo de detención y las calificaciones de concepto y conducta. Frente a esta petición el Director del Complejo Penitenciario N° I Boulogne Sur Mer, por resolución Administrativa N° 361/2015 dispone no hacer lugar a la solicitud.

Advierte que el ordenamiento jurídico difuso habilita la vía recursiva para su control señalando que

en el caso concreto se estarían violando principios de raigambre constitucional, reconocidos en los Tratados Internacionales incorporados a nuestro plexo normativo luego de la reforma constitucional del año 1994 en el Artículo 75 inc. 22. Entre ellos Principio de Progresividad y Resocialización por considerar que el artículo 56 bis va en desmedro de una adecuada hermenéutica, impidiendo al interno que evolucione personalmente hacia una favorable reinserción social, ya que fomenta el encierro casi perpetuo, contradiciendo los objetivos principales de la ley 24660.

El principio de igualdad también se encuentra vulnerado a consideración de la defensa toda vez que se niega a ciertos penados acceder a un beneficio que se legisló de manera igualitaria para todas aquellas personas que por la comisión de un hecho punible resulten condenadas en cualquier parte del territorio nacional. También merece consideración la franca violación al principio del doble juzgamiento, dado que el condenado además de recibir su sanción por la comisión del delito, recibe otra de carácter administrativo (imposibilidad de acceder a los beneficios del periodo a prueba), violando también el principio de legalidad, culpabilidad, defensa en juicio y proporcionalidad.

Corrida la vista al Sr. Fiscal, manifiesta que no corresponde al Ministerio Público emitir opinión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, por tratarse de una materia exclusiva del órgano jurisdiccional, a lo que resuelve que se devuelvan los autos a fin de que la autoridad jurisdiccional que corresponda resuelva el control de inconstitucionalidad planteado.

Por este motivo, a fs. 270 ésta judicatura ordena que se remitan los presentes autos al Sr. Procurador de la Excma. Suprema Corte de Justicia con el propósito de solicitarle dictamine si resulta pertinente que el Sr. Agente Fiscal evacúe la vista conferida. Como respuesta a lo solicitado, el Procurador General contesta vista, exponiendo que considera improcedente la vista, toda vez que el suscripto no tiene injerencia directa en las decisiones de Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

jurídico-procesal que tomen los integrantes del Ministerio Público en ejercicio de su función, sino a través de directivas generales. En el caso planteado, considera que la vista conferida no está prevista expresamente para el control difuso de constitucionalidad de competencia exclusiva del órgano jurisdiccional correspondiente.

A fs. 267/268 se agrega solicitud de Recurso de Inconstitucionalidad formulado por el interno Berguecio Coria Flavio Ariel.

Vale destacar que a fs. 262/263 obra en autos la calificación del Segundo Trimestre del año dos mil quince, del que se desprende que el interno registra Conducta Ejemplar y Concepto Muy Bueno.

II- Que a los efectos de resolver el presente incidente podemos decir que conforme a un criterio tradicionalmente sostenido por los tribunales superiores (CSJN: La Ley, 105-161; SCBA., Ac. 1494 S 23/12/97, “López, Jorge Hugo s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78”; SCBA, I 1496 S 23/12/97, “Caussanel, Elvira María s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1 ley 9.020/78”, e/o), tanto provincial como nacional, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una medida de “última ratio” y a la que los jueces debemos acudir con prudencia, sólo cuando se muestra evidente su confronte con los principios emergentes del bloque monolítico del ordenamiento jurídico superior (CN, 31 y 75 inc. 22).

No obstante, esa circunstancia no impide la posibilidad de que este Juzgado en el ámbito del proceso de ejecución de una pena, respecto de una cuestión justiciable, y en el ejercicio del control de constitucionalidad que en el sistema judicial difuso, adoptado por nuestro país, verifique jurídicamente si existe alguna contradicción entre la normativa legal cuestionada y los principios de la Ley Fundamental. El propio Código Procesal Penal de Mendoza, dispone en su artículo 506 inc 1), que corresponde al Juez de Ejecución Penal, “controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado

a los condenados”

Así lo ha entendido la jurisprudencia, cuando nuestro Máximo Tribunal Nacional ha dicho que: “Es regla, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5º, Constitución Nacional) que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia “ (Fallos 149:122; 269:243, consid. 10 y 311: 460 -La Ley, 1988-D, 143; 302:132, entre otros). La regla expuesta se ha visto complementada a partir de la reforma constitucional de 1994 con el reconocimiento de jerarquía constitucional a una serie de tratados de Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Mazzeo (Nº 330:3248) ha evaluado las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente jurisprudencial Almonacid Arellano vs. Chile del año 2006, según el cual si bien los jueces están sujetos al imperio de la ley y, por ello, obligados a aplicar las disposiciones legales (y las interpretaciones que de las mismas haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional, en el caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces también están sometidos a ella y, de este modo, deben ejercer una suerte de “control de convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo antedicho encuentra su marco normativo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969 que en su artículo 26 consagra el principio de “pacta sunt servanda”, y en el artículo 27 establece que según el Derecho Internacional, las obliga

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido, en el antecedente “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú” en los siguientes términos: “Es el control que pueden y deben ejercer los órganos de la justicia nacional con respecto a actos de autoridad entre ellos, Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal Nº 1

IB

normas de alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano —ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia— los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales”.-

Siguiendo la línea histórica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto al tema en análisis en éste apartado, corresponde hacer mención al Caso Cabrera García y Montiel Torres (26 de noviembre de 2010), que termina de precisar las características del Control de Convencionalidad: sustituye la expresión “Poder Judicial”, por “todos sus órganos” del Estado que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces en todos los niveles”, están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad. Es decir, con éste último precedente, la Corte establece que dicho control debe ser realizado por todos los jueces sin importar jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

II. En lo que hace al planteo en particular, se cuestiona la constitucionalidad de lo preceptuado por el artículo 56 bis de la ley 24.660, al establecer que “no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba como así tampoco los de prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, a los condenados por los delitos de: 1.- Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4.- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo

párrafo, del Código Penal.

III. Respecto a ello, podríamos adelantar que la citada norma, vulnera principios básicos de nuestra Constitución Nacional y de Tratados Internacionales con la misma jerarquía.

En primer lugar podemos señalar que hoy, más allá de la exigencia dispuesta por el artículo 18 de C.N, respecto a que el cumplimiento de la pena privativa de libertad implique un trato digno y humano, ésta debe además respetar la finalidad reconocida de manera explícita por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, relativa a "...la reforma y la readaptación social de los condenados..." (arts. 5.6, C.A.D.H. y 10.3, P.I.D.C.P.).

Éstas finalidades deben ser el eje que guíe la ejecución de la pena, tanto desde el ámbito legislativo con la formulación y sanción de leyes, como en el judicial al momento de interpretar las mismas y aplicarlas en el caso concreto.

En esa dirección, López y Machado interpretan a la "reinserción social" como un proceso de "personalización" tendiente a "disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo" (López Axel y Machado, Ricardo, Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, pag 42)

El Dr. Rios, (Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala III ~ 2012-12-27 ~ B, M. L s/ robo calificado por homicidio resultante — salidas transitorias) expresó en relación a éste tema que "...la norma es contraria a la resocialización como finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad (prevista en la ley 24660 y en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos) y violatoria del principio de igualdad, ya que el objetivo de reinserción del condenado en la base social se procura Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

mediante un régimen progresivo que implica creciente acercamiento a la libertad, que se ve impedido a personas condenadas por determinados delitos, afectándose la necesaria igualdad de trato”

Es a partir de este marco en el que debe interpretarse el denominado principio de progresividad de la pena que fue incorporado en el ámbito infraconstitucional por la ley 24660 en su artículo 6 “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 semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina” y artículo 12 El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional.

La posibilidad de atemperar la rigurosidad del encierro a través del acceso a los diferentes derechos del período de prueba y luego mediante la libertad condicional ha sido considerada por la ley 24660 como una herramienta fundamental en miras a la necesidad de incorporación paulatina y controlada del penado a la vida libre, es decir, la progresividad y, por tanto, la resocialización. Tal es la postura del voto fundado del Ministro Dr. Erbetta, en el fallo Belizán Manuel Luis–Recurso de Inconstitucionalidad (Expte 774/13) en Autos 'Belizán, Manuel Luis S/ Robo Calificado Por Homicidio Resultante -Salidas Transitorias-' (Expte. 1534/12) Sobre Recurso De Inconstitucionalidad (Queja Admitida)”, (Expte. C.S.J. Cuij N°: 21-00509230-9).

Es por ello que una norma que priva a los condenados por determinados delitos de modo absoluto de uno de los períodos del tratamiento penitenciario, desvirtúa un derecho fundamental como lo es el de todo condenado a

cumplir su pena dentro de un régimen progresivo que aspire a alcanzar la finalidad resocializadora, Esto implica que la ley 24660 a través de su artículo 56 bis, violenta de modo ostensible las disposiciones convencionales citadas y vulnera también el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional ya que negar la posibilidad de gozar de salidas transitorias sólo por la naturaleza del delito por el que fuera condenado va en contra de este mandato esencial con arraigo constitucional (CN, 16 y 75 inc. 22; CADH, 24 y PIDCyP, 15) que radica en la garantía que tiene todo habitante para impedir que se estatuyan en leyes -en sentido amplio- que establezcan "...distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios...". (CSJN, Fallos 299:146, 302:192, 302:457).

En este sentido, a tenor de lo prescripto por el art. 08 de la ley 24.660, las normas de ejecución "serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado". Este artículo parte integrante del mismo cuerpo normativo que el artículo cuestionado, plantea expresamente el principio de igualdad en el específico ámbito de ejecución de la pena privativa de libertad.

Se trata, en definitiva, de la igualdad de trato que se contrapone abiertamente con lo dispuesto por el artículo 56 bis, ya que si bien este principio de igualdad no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, el único criterio admisible para efectuar distinciones en el régimen penitenciario está dado por lo ocurrido durante el mismo tratamiento, es decir, por el esfuerzo personal, la forma de comportamiento y la evolución demostrada por el interno durante las distintas fases de cumplimiento.

Nuestra Corte Nacional en la causa "Nápoli, Erika y otro", al expedirse en torno a la Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

constitucionalidad de la ley 24.410 que impedía la excarcelación por determinados delitos, expresó que “...desde sus primeras decisiones (Fallos 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrientes según sus diferencias constitutivas...”.

Y continúa señalando el fallo aludido “...que la garantía de igualdad exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del Juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147: 402), considerando como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos 256:241, considerando 5° y sus citas, LL, 112716) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario”.

Si bien en ocasiones el tratamiento normativo desigual importa enderezar una situación fácticamente diversa, esto es lo que se conoce como "discriminación positiva o inversa", encaminada a deshacer una desigualdad existente, para asegurar la tutela del principio (Fallos 278:42, 311:1459, 286:166, 290:77, 257:127), en el caso analizado intenta el objetivo contrario, fijando un sistema de ejecución penal restrictivo para una gran parte de los condenados, en lo que hace al ejercicio de sus derechos fundamentales, las posibilidades y los bienes de los que pueden gozar en el encierro carcelario.

Corresponde hacer mención al voto del doctor Hornos en el fallo “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo (fallo de la Sala Cuarta de la Cámara Federal de Casación Penal del 20.12.2013, Registro N° 2557/13) que manifiesta en la parte que nos compete “...en caso de circunscribirnos a la exégesis del texto legal en cuestión, estaríamos aceptando la implementación de un sistema diferenciado o paralelo de

ejecución de la pena privativa de libertad, incompatible con el diseño constitucional (...) de donde surge claramente que dicha modalidad debe regirse por un principio progresivo para todos los condenados. En rigor de verdad, el legislador ha pretendido trazar una línea divisoria entre los condenados por los delitos enumerados en la referida disposición legal, del resto de los penados. Dicha escisión configura un menoscabo patente al derecho de todo condenado a ser tratado en igualdad de condiciones que los demás...”.

Continúa diciendo el Dr Hornos “Por lo tanto, estimo que la norma no puede decidir de antemano, sobre un colectivo indeterminado de personas y sin importar el desenvolvimiento concreto que cada uno de los penados haya alcanzado luego de un tiempo legalmente estipulado de encierro efectivo, un modo de cumplimiento diferencial de ejecución de la pena, en base exclusiva al delito cometido. En tal sentido, mal pueden reflatarse demás concepciones positivistas que han sido ya superadas durante el siglo pasado, como obstáculos hábiles que cercenen derechos fundamentales. Tal ha sido la interpretación postulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala”, rto. el 20/06/2005, en cuanto al entendimiento que corresponde efectuar a concepciones criminológicas peligrosistas, que devienen incompatibles con un sistema penal de una moderna sociedad democrática. (Cámara Federal de Casación Penal –Sala IV– “SOTO TRINIDAD, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación“ y en sentido coincidente el fallo Jofré Raul Horacio s/Impugna rechazo de Inconstitucionalidad y denegatoria de Salidas Transitorias, Legajo N° 10126/2 del Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa).

Se desprende de lo antedicho que la norma en cuestión vulnera el principio de culpabilidad por el acto y proporcionalidad de la pena (arts. 18 y 19, C.N.; 9, C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P.), en tanto proscriben la imposición de una pena que exceda la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor en el hecho. Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo” dijo que “...la pena [...] no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho...”, debiendo “...guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...”(Fallos:329:368).

Se ha dicho que “...la situación ingresa francamente en el terreno de la irrazonabilidad cuando comparamos los tipos delictivos excluidos de la libertad condicional, donde -salvo el resultado muerte de una persona- difícilmente podamos encontrar un denominador común, tanto en las conductas descriptas por el tipo objetivo, cuanto en las distintas modalidades que asume el tipo subjetivo...” (Lascano, Carlos: “El nuevo régimen de la libertad condicional -ley 25892”, en “Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado”, año V, N° 9, 2004, Editorial Mediterránea).

De esta forma, la distinción resulta arbitraria ya que no tiene una justificación objetiva y razonable en vista de la finalidad perseguida por la ejecución de la pena, inobservándose, con ello, el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (CN, 28) que cuida especialmente, que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales "de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución" (Fallos 304:972, 308:418).

Si la ejecución de la pena se inspira en un objetivo resocializador, la reglamentación de su desarrollo debe procurar la posibilidad de que el condenado logre, sólo según una evolución personal favorable hacia la adecuada reinserción social, morigerar la inicial rigidez del encierro carcelario mediante su incorporación gradual a modalidades de ejecución penitenciaria en las que tiende a limitarse y sustituirse el encierro riguroso por regímenes

que permiten el egreso de la cárcel, basados en el desempeño carcelario concreto del sujeto de que se trate, independientemente de la naturaleza del delito. Es decir, la ejecución de la pena no debe estar basada en el principio de la igualdad, las únicas diferencias en cuanto al régimen progresivo de la pena y el acceso a los beneficios deben estar dadas por el esfuerzo personal del interno y su evolución en miras a la resocialización. Limitar tal acceso por el delito cometido, constituye un plus de penalidad que genera una desproporcionalidad entre la lesión al bien jurídico tutelado y la escala penal que se le aplica, ya que ésta categoría de penados deben soportar, además de la pena, la imposibilidad de acceder al régimen progresivo de la pena, independientemente del esfuerzo personal en avanzar en su resocialización.

De esta manera entonces, se está agravando la pena para un grupo de personas que por haber cometido delitos considerados aberrantes, pasan a ser considerados peligrosos, dejando de lado la teoría del Derecho Penal de Acto, para pasar a un Derecho Penal de Autor basado en un concepto peligrosista, subjetivo y que no se condice con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de los últimos tiempos. En tal sentido, el voto en disidencia del Dr. Ríos, (fallo Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala III ~ 2012-12-27 ~ B, M. L s/ robo calificado por homicidio resultante — salidas transitorias) expresa tal postura en los siguientes términos “Nuestra doctrina está de acuerdo en que "el legislador de 1922 aceptó el principio de la peligrosidad fundado en las circunstancias atenuantes y agravantes de la criminalidad en el caso particular" para la individualización de la pena". "El artículo 41 del Código Penal, dice Núñez, ha adoptado como base subjetiva de la medida de la pena la mayor o menor peligrosidad del delincuente. Esto significa asentar la represión en el dualismo culpabilidad - peligrosidad. La primera como fundamento de la responsabilidad penal y la segunda como medida de ella". Así, "la pena se individualiza en el caso Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1

IB

particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la de la culpabilidad y admitiendo el correctivo de la peligrosidad". Al atender a la peligrosidad del acusado, el artículo 41 se enrola en el criterio de prevención especial. Sobre ella dice Mir Puig: "A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinuido: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de conminación legal, sino en el de la ejecución de la pena. Este criterio rige en forma expresa en nuestro derecho positivo y con jerarquía constitucional, desde que el art. 5º, inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determina que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 75, inc. 22 CN). Por lo tanto, si la ley, como lo hace el art. 56 bis del ordenamiento penitenciario, establece que ciertos delitos no son merecedores de algunos beneficios que se conceden en general a los condenados, es porque presume que determinado delincuente es incorregible en sintonía con un derecho penal de autor. Lo inconstitucional, por lo tanto, no es la posibilidad de denegar esos beneficios en el caso concreto conforme con las circunstancias, sino el hacerlo priori (art. 8º, Ley 24.660), aún por razones de política criminal.

En virtud de todo lo que vengo exponiendo, entiendo que se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 56 bis de la ley 24.660, por resultar contrario a lo dispuesto por el artículo 16, 18, 31 y 75 inc 12 de la Constitución Nacional, por violentar los principios de igualdad (Art. 16 C.N, 24, C.A.D.H y 15, P.I.D.C.P), proporcionalidad, culpabilidad del acto (art. 18 y 19 C.N, 9 C.A.D.H y 15, P.I.D.C.P) y finalidad resocializadora de la pena (art. 5.6, C.A.D.H y 10.3, P.I.D.C.P)

RESUELVE:

I°.- DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 56 bis° de la Ley N° 24.660, y en consecuencia la no aplicabilidad de dicha norma en los presentes obrados, por violentar los principios de igualdad (arts. 16 C.N., 24, C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P), proporcionalidad, culpabilidad del acto (art. 18 y 19 C.N., 9 C.A.D.H. y 15, P.I.D.C.P) y finalidad resocializadora de la pena (art. 5.6, C.A.D.H y 10.3, P.I.D.C.P).-

II°.- ORDENAR a las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial de Mendoza, se dé inicio al trámite de incorporación a Periodo de Prueba del interno BERGUECIO CORIA FLAVIO ARIEL, en los términos del artículo 15 de la ley 24.660. y dentro de éste evaluar la posibilidad del del otorgamiento de Salidas Transitorias en caso de cumplimentarse los requisitos legales-

III°.- PROCEDASE a efectuar las comunicaciones pertinentes.-

COPIESE, REGISTRESE, NOTIFIQUESE.Poder Judicial de Mendoza Juzgado de Ejecución Penal N° 1
IB

Expte. N° 23.952/C

“ZABALETA SORIA MATIAS ARIEL
P/ EJEC. DE SENTENCIA”

Mendoza, 10 de agosto de 2015.

Al Sr.:

DIRECTOR DEL COMPLEJO PENITENCIARIO

N° I BOULOGNE SUR MER

S ----- // -----D.-

De conformidad con lo ordenado en los autos ut supra intitulados, tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de solicitarle a Ud., por intermedio de quien corresponda, INICIE el tramite administrativo respecto del interno ZABALETA SORIA MATIAS ARIEL para su incorporación al Período de Prueba, en los términos del artículo 19 de la Ley provincial n° 8.465.

Asimismo, se adjunta copia de la resolución recaída en estos obrados a los fines de su conocimiento.

Atento lo supra expuesto, y de conformidad con lo ordenado en autos; tenga a bien, por intermedio de quien corresponda, TRASLADAR a este Juzgado de Ejecución Penal N°1, al interno ZABALETA SORIA MATIAS ARIEL el día ONCE DE AGOSTO DEL CORRIENTE AÑO A LAS NUEVE HORAS (11/08/2015 a las 09:00 horas).-Saludo a Ud. muy atte.,

.)-.