



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Causa N° 63.610

“Altamirano, Facundo Ezequiel
s/ Recurso de Casación” –
Pedido de Acuerdo Plenario

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, a los 4 días del mes de Noviembre 2014, reunidos en Tribunal Pleno los señores jueces del Tribunal de Casación Penal, Dr. Ricardo Borinsky - Dr. Carlos Alberto Mahiques - Dr. Horacio Daniel Piombo - Dr. Ricardo Ramon Maidana - Dr. Jorge Hugo Celesia - Dr. Mario Eduardo Kohan - Dr. Víctor Horacio Violini - Dr. Carlos Angel Natiello - Dr. Martín Manuel Ordoqui - Dr. Daniel Alfredo Carral - Dr. Benjamín Ramón Sal Llargues - Dr. Fernando Luís María Mancini, y Federico Guillermo José Domínguez, Presidente del Tribunal, para resolver en la causa N° 63.610 caratulada “Altamirano, Facundo Ezequiel s/ Recurso de Casación”.

Practicado el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **BORINSKY** (primer término por la posición que resultara mayoritaria surgida del debate) - **MAHIQUES** (primer término por la posición que resultara minoritaria surgida del debate) - **PIOMBO** - **MAIDANA** - **CELESIA** - **KOHAN** - **VIOLINI** - **NATIELLO** - **ORDOQUI** - **CARRAL** - **SALLARGUES** - **MANCINI** y en los términos del art. 5° inc. c) del Reglamento Interno **DOMÍNGUEZ** (ref. Acuerdo de fecha 25 de Abril de 2013)

Cumplidos los trámites de rigor, y de acuerdo al Acta de fecha 27 de Agosto de 2013 por mayoría, corresponde plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Cuál es el régimen legal aplicable en materia de ejecución de las penas privativas de la libertad?

VOTACIÓN

A las cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Borinsky, dijo:

Primero. Como no son ley, por fuera de los casos en que son dictadas, las sentencias del tribunal no deben imponer dependencia a los tribunales inferiores.

Segundo. El tribunal no debe invadir otros poderes ni hay en esto franjas intermedias de invasión.

Tercero. El sistema republicano reserva a la Constitución y leyes que en su consecuencia se dicten las características de imperatividad general, impersonal y objetiva.

La Corte ha sostenido que la plenitud del estado de derecho no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicia plena de las transgresiones a la ley y conflictos jurídicos.

El verdadero valor del derecho, dice R. Von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... los otros poderes del Gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución –que tanto vale como su propia razón de ser- integrado por los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

enunciados del Preámbulo, entre éstos el de afianzar la justicia (F: 302:1284).

En tal sentido, Domingo Faustino Sarmiento ha sostenido que No es tanto el texto de las constituciones políticas lo que hace la regla de los poderes públicos, como los derechos de antemano conquistados y las prácticas establecidas, lo que lo lleva a sostener que Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay sino dos personajes de por medio: el mandatario y el ciudadano; los dos optísimos para instruirse, y saber si está o no en los términos de la constitución el intento sostenido por cada uno.

Y, al referirse al Preámbulo manifiesta es no sólo parte de la ley fundamental, sino también la pauta y piedra de toque, para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptados las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción, y citando al juez Story recuerda que el Preámbulo de un estatuto es la llave para entrar en la mente del legislador, en cuanto a los males que requieren remedio y a los objetos que han de alcanzarse mediante la disposición del estatuto sin que ello importe que sea citado para ensanchar los poderes confiados al gobierno general, ni puede por implicancia, extender los poderes dados expresamente.

Su verdadera función es explicar la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes que la constitución confiere, sin crearlos en su esencia (Obras Completas de Sarmiento, VIII Comentarios de la Constitución, Buenos Aires, Luz del Día, 1948, Prólogo, p. 27 y Capítulo I, El Preámbulo, pp. 50/54).

Cuarto. Las sentencias tienen con la Constitución y leyes una diferencia cualitativa que no debe obviarse.

Quinto. El tribunal, todos los tribunales, deben aplicar directamente la Constitución y leyes sin que sus disposiciones deban interpretarse

previamente con efecto vinculante en sentencias dictadas para decidir otros casos (confrontar acerca de esto, Suprema Corte 29 de septiembre de 1992, en La Ley 1993-A-397).

Sexto. El artículo 28 del vigente Reglamento del Tribunal aparece como una norma supranacional, al imponer a todos nosotros, la obligatoriedad de la interpretación que se establezca mayoritariamente, aun cuando no hayamos intervenido en la votación, chocando así con el principio republicano de la división de poderes, además de menoscabar el orden de prelación de las leyes (artículos 1, 5, 18 y 31 de la Constitución Nacional), imposibilitando la función requerida en el artículo 8° incisos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por los que se pretende que un tribunal independiente no tenga, como tal, condicionamientos como los que resultan de la misma (concuera, Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I páginas 139 y siguientes, editorial Tea Buenos Aires, 1963), o lo que es igual, que no se le imponga ninguna forma determinada de entender la ley.

Séptimo. La Constitución Nacional, en su carácter de norma jurídica operativa condiciona con sus mandatos la actividad de los poderes constituidos, razón por la cual el órgano legislativo no escapa a tal principio y, en consecuencia, su obrar debe ser dirigido al más amplio acatamiento de los principios, normas, declaraciones y derechos reconocidos en el plexo jurídico de base. 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, así como con la inclusión de un procedimiento de mayoría agravada a cargo del Congreso de la Nación para disponer aquella jerarquía respecto a otros tratados de derechos humanos (Confrontar Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 14/6/2005, S. 1767.XXXVIII., Simón, Julio Héctor y otros s/



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

privación ilegítima de la libertad –causa N° 17.768- voto del doctor Maqueda).

Octavo. Una Convención, Pacto o Tratado no debe desaplicarse invocando disposiciones domésticas o de derecho interno.

La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ha establecido que Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.

Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930). Serie B, N° 17, p. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Serie A/B, N° 44, p. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Serie A/B, N° 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988) 12 31-2, p. 47).

Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto III.35 de la Opinión Consultiva OC 16/99 del primero de octubre de 1999).

En línea con los principios generales expuestos también entendió que son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención.

Noveno. En su décima Opinión Consultiva, la Corte Interamericana interpretó que la palabra “tratado” se refiere al menos a un instrumento

internacional de aquéllos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena: la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Décimo. La Convención de Viena es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional y en ella es parte Argentina (ver en lo pertinente Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva citada).

Undécimo. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni hace falta decirlo, tiene como objeto de protección, esos derechos.

Los derechos relacionados con la libertad reconocidos por la comunidad internacional en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, tienen la característica que su titular es el individuo (confrontar en lo pertinente, CIDH opinión consultiva citada).

Por ello, siempre fui de la idea que la interpretación resultante del acuerdo de todos los jueces, resultaba aplicable para nosotros a los casos pendientes, sin mengua de la independencia de los demás jueces, obligados sí a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle en legal forma, respetando los derechos de las partes.

También encuentro un escollo para la construcción de la doctrina plenaria, y que surge de la advertencia de Elías P. Guastavino en Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad que interpola Atilio C. González en Doctrina plenaria obligatoria 'versus' pronunciamiento descalificatorio de la Corte (otra vez, La Ley 2.000.E-953), respecto a que ninguna exégesis jurisprudencial, ni aún la establecida por tribunales plenarios con fuerza legal vinculante, exhibe inmunidad frente al control de constitucionalidad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por otras palabras, cualquier precepto, legal o reglamentario, y cualquier hermenéutica judicial, puede incurrir en inconstitucionalidad, cuya admisibilidad se encuentra subordinada a la concurrencia de los requisitos o presupuestos genéricos y específicos previstos al expresado efecto.

Entonces, no me parece que debamos consagrar una doctrina plenaria que terminaría acotando el control de constitucionalidad que le pertenece al Alto Tribunal de la Provincia.

Por ello, decidida la convocatoria, salvo el voto en este punto y paso al tema del Acuerdo.

Según la Corte la ley 24.660 fija una base mínima de derechos que opera como marco para todo el territorio nacional y tiene la finalidad de mantener el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En esa parcela, las provincias pueden, partiendo de ese piso, reconocer mejores herramientas en procura de la finalidad de reinserción social referida por la que insiste Claus Roxin en su décimo mandamiento, extendiendo o reduciendo los requisitos para el otorgamiento de los beneficios y derechos consagrados en la ley nacional, facultad reconocida por el propio Congreso de la Nación en el artículo 228 de la citada ley 24.660.

Ello es lo que sucede con el instituto de la libertad asistida previsto en el artículo 104 de la ley provincial 12.256, modificada por ley 14.296, reforma que vino a canalizar las observaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus” cuando sostuvo que *esta Provincia debe adecuar su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares fijados por las Reglas mínimas para el*

Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas receptadas por la Ley Nacional 24.660.

En la exposición de motivos de la citada reforma se expresó, como uno de los pilares, el propósito de integrar una serie de postulados y principios que aseguren criterios de interpretación y aplicación notoriamente **superadores de los vigentes**.

En lo que atañe puntualmente al instituto en cuestión, se mencionó la necesidad de *avanzar en la consolidación del sistema local en lo que atañe a la libertad asistida, manteniendo en este caso la amplitud que históricamente tuvo la regulación provincial que permite la obtención del beneficio no sólo seis meses antes del vencimiento de la condena, sino también con idéntica anticipación temporal a la libertad condicional* sin perjuicio que para este último supuesto se establecen mayores recaudos que el texto original a fin de compatibilizarlo con el instituto regulado por el artículo 13 del Código Penal.

En consecuencia, considero que **siendo la regla provincial** más beneficiosa en tanto establece que el condenado a penas perpetuas o mayores a tres años de prisión o reclusión podrá obtener la libertad asistida seis meses antes del término previsto por el artículo 13 del Código Penal para la obtención de la libertad condicional, y en atención a que **se impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal**, como en definitiva dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2008 en “Acosta” corresponde aplicar el art. 104 de la ley 12.256, modificado por ley 14.296, **máxime que quien espera su egreso anticipado fundado en esta norma, sentiría gravemente afectado su sentimiento de seguridad jurídica si se pretendiera que la misma no resulta operativa por superponerse a la ley nacional, a la que complementa**.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Así voto encabezando la mayoría.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Mahiques, dijo:

I. A fin de dar respuesta a la cuestión sometida a decisión de este plenario, recuerdo que la ley 24.660 contiene tanto disposiciones de carácter administrativo, como así otras de naturaleza material y procesal.

La compleja configuración de aquella normativa, plantea al intérprete dificultades interpretativas en orden al ámbito de aplicación –entre otras- de las prescripciones de los artículos 228 y 229 de la ley antes mencionada.

Se infiere de lo dispuesto por el último de los artículos citados, que la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660, es complementaria del Código Penal y, por ello, las concordancias a las que se refiere el artículo 228, no pueden tener otro sentido y alcance que el relativo a las disposiciones de carácter administrativo o procesal. Ello se corresponde con la finalidad pretendida por el legislador de unificar a nivel nacional la ejecución penal, que no incluyen aquellas que hacen a la cuestión de fondo (art. 229), las que por imperativo constitucional, son *per se proprio*, de aplicación automática y obligatoria en todo el territorio de la Nación.

II. La cuestión relativa al cumplimiento de las penas privativas de la libertad en todo el territorio de la República, presenta, sin embargo, perfiles propios que cuanto menos, ponen en discusión aquel principio general.

Por caso, la ley 12.256 de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires, dictada con posterioridad a la que regula idéntica materia en el orden nacional, no solo regula autónomamente algunos institutos, sino que incluso en su art. 2 establece la exclusiva aplicación de la ley local -a los fines de asegurar el principio de igualdad de trato- cualquiera fuera la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera a cuyo cargo los detenidos se encuentren. De ese modo, a contrario de la ley nacional, habilita la

procedencia de institutos que se vinculan directamente con el cumplimiento de las penas de prisión, no solo en cuanto a las garantías relativas a la calidad del encierro, sino directamente en su cuantía, como es el supuesto de la libertad asistida que, bajo las condiciones allí establecidas, se opera seis meses antes del término para la libertad condicional (art.104 de la 12.256).

La referida situación hace imposible la declamada aplicación uniforme en todo el territorio del Estado Nacional de la ley 24.660, incumpléndose la voluntad del constituyente de fijar como facultad privativa del Congreso de la Nación, “el establecimiento de los delitos y sus penas”. Ello es así, en tanto resulta evidente que la aplicación de la ley local produce una modificación cuantitativa y cualitativa del encierro, ya que “dos penas que se ejecuten de modo diferente, son diferentes” (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio Tratado de Derecho Penal, Ediar, Tomo I pág.200,ss).

III. Cuando se afirma que “las normas de la ley de ejecución constituyen la reglamentación mínima de derechos humanos reconocidos constitucionalmente...”, se quiere subrayar que, siempre que una disposición de la ley local habilite una alternativa morigeradora de los efectos desocializadores de la pena otorgando mayores beneficios al detenido, resulta ésta plenamente aplicable por sobre las previsiones de la legislación nacional.

Sin embargo, aquella posibilidad se encuentra reservada, con exclusividad, a la forma según la cual se cumple el encierro, ya que no parece posible que toda asimetría normativa en materia de ejecución penal pueda resolverse desconociendo la jerarquía de las leyes y el alcance de las facultades legislativas delegadas en la Nación por vía de los artículos 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional. Tampoco la anfibológica referencia de la ley de ejecución penal nacional a los “presupuestos mínimos”, permite concluir una hipotética inconstitucionalidad de sus artículos 228 y 229, frente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

al límite insoslayable de la delegación de facultades que la provincia hizo a favor de la Nación en materia penal sustancial.

En otros términos, si se considera que la ejecución penal forma parte del derecho penal sustancial y, por esa razón, es una materia delegada por la provincia, toda legislación provincial al respecto debería reconocer esta falta de legitimidad, aún cuando resulte en abstracto, más beneficiosa para el condenado.

Si, por el contrario, se entendiera que las provincias están legitimadas para legislar sobre el fondo, igualmente deberían subordinar su legislación a la Constitución Nacional y a los tratados con jerarquía constitucional que la integran, dejando sin sustento la pretensión de constituir a la normativa nacional como “ley de presupuestos mínimos”.

IV. A mi juicio, en el caso traído a este pleno, el conflicto planteado debe resolverse a la luz de lo establecido en la ley nacional con prescindencia de lo prescripto por la ley provincial. Esto es así, porque la denominada libertad asistida, se vincula innegablemente con la pena y su forma de cumplimiento, por lo que no puede haber duda que, en razón de su naturaleza de carácter sustancial, es materia reservada al Congreso de la Nación, como también se verifica respecto de la libertad asistida, establecida y regulada en el art. 54 y ccs., de la ley nacional 24.660.

En base a esta línea argumental, al votar en la causa nro. 39004, “Ibáñez, Fernando s/recurso de casación”, sostuve que el criterio contrario, “...resultaría tan insostenible como que una ley local modificara el tiempo mínimo de encierro para la obtención de la libertad condicional, ya que aunque esta última se encuentra prevista expresamente en el código y aquella no, ambas participan de idéntica naturaleza y, consecuentemente, su modificación, además de legislar improcedentemente sobre materia delegada

a la Nación, produce sin más, entre otras cuestionables consecuencias, una clara desigualdad ante la ley, desde que quien fue condenado por la justicia de esta provincia podría sufrir un encierro menor que alguien que en idéntica circunstancia fuera condenado por la justicia nacional o de otra jurisdicción con estricto apego a lo normado por la ley 24.660.(...)”

Esta última invocación contra la desigualdad ante la ley, no apunta a resguardar, “perversamente”, como se ha dicho, la garantía prevista en el art. 16 de la C.N., sino a denunciar el avasallamiento de la voluntad constituyente de reservar al Congreso de la Nación, la determinación legislativa de los delitos y de las penas con la finalidad de preservar la uniformidad en su interpretación y aplicación por los jueces de la Republica.

Por último, la aplicación diferenciada de los institutos de la ejecución de la pena produciría un debilitamiento del principio de certeza consagrado en la Constitución desde su versión original, en el inciso 12 del art. 75 (antiguo inciso 11 del art. 67). Una derivación natural de dicho mandato es que debe primar en la interpretación de la ley, un método reconstructivo a partir de la ley base tanto para la tarea legislativa abstracta como para la concreción judicial del derecho penal (cfr. C.S.J.N., Rec. de hecho, *Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas*, causa nro. 1669/1687, voto del Dr. Zaffaroni, espec. Considerandos 16 y 17).

No es admisible que esta tarea se lleve a cabo apelando arbitrariamente a valoraciones personales o metalegales, sino que debe partir de los materiales que le ofrece la propia legislación. A este respecto, deben distinguirse distintos niveles en la legislación: el de las normas superiores, con el orden de valoraciones y consiguiente desvaloraciones que imponen al legislador y a los jueces, y dentro de la legislación infraconstitucional. Quedan así diferenciadas las leyes que introducen reformas estructurales de las que sólo lo hacen en forma específica o parcial,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

estableciendo de este modo una jerarquía de normas reformadoras. La reconstrucción técnica debe abarcar todas las disposiciones legales como *un corpus*, y reconocer que hay algunas que repercuten con diversa intensidad sobre aquel, y entre ellas las que, por su importancia, son realmente *estructurantes* del conjunto. Ante una serie de disposiciones dispersas o contradictorias, para reconstruir el sistema es necesario individualizar, en un primer paso, la ley que, por estructurante, debe ser privilegiada como ley *ordenadora de base*. Por tal, debe entenderse la que por su carácter estructurante respecto de la totalidad de la materia demanda incondicionalmente su vigencia integral o total. El texto de esta ley debe ser respetado íntegramente, por lo que exige la adecuación de todos los elementos en que se puedan descomponer las restantes a su entera vigencia. En suma que, por su carácter de ley base, para toda la Nación, soporta los elementos de las restantes leyes *sólo en la medida en que puedan introducirse en el sistema sin obstaculizar su vigencia integral*, y de ese modo, dar plena vigencia al principio de jerarquía normativa del art. 31 de la Constitución Nacional.

V. Por lo expuesto, en respuesta al interrogante planteado, considero que el régimen aplicable en materia de ejecución de las penas privativas de libertad, concierne a la ley 12.256 de ejecución penal provincial, solo en cuanto se vinculen con cuestiones procesales o administrativas, mientras que aquellas relativas al derecho penal sustancial deben quedar sometidas exclusivamente a la ley de ejecución penal nacional nro. 24.660. Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Piombo, dijo:

Adhiero al Dr. Borinsky a partir del párrafo en que comienza a abordar el tema específico del Acuerdo. Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Maidana, dijo:

Limitada mi intervención a expedirme con respecto al planteo que concierne al presente plenario, habré de remitirme a la posición que he fijado como integrante de la Sala VI de este Tribunal, a partir del precedente de fecha 06 de noviembre de 2012, causa N° 55.347 “MALLORCA RISSI, Marcelo Gastón s/ Hábeas Corpus”, en los siguientes términos:

“El tema tracciona una larga discusión académica y jurisprudencial, en torno a la determinación de la ley aplicable en materia de ejecución penal en el ámbito bonaerense (Ley 24.660 vs. Ley 12.256 o inclusive, otra postura ecléctica). A mi parecer, el trasfondo del asunto radica en la conceptualización de las facultades delegadas, reservadas y concurrentes de los Estados Partes de un sistema federal y de una problemática propia del derecho constitucional y público provincial (arts. 1, 5, 75 inc. 12, 121, 126 CN).

No obstante, estimo que no hay margen actual de discusión sobre la cuestión, la Corte Federal –último intérprete de la CN- fijó en la especie el alcance de la competencia legislativa provincial, donde se desprende el reconocimiento en el contemporáneo catálogo federal de las denominadas “facultades concurrentes” entre la Nación y las Provincias, traducido en la realidad de las cosas en forma de leyes-marco (ley federal) para cumplimentar con la simetría legislativa necesaria a fin de mantener un mínimo equilibrio entre el todo y sus partes autónomas, con especial atención al piso mínimo determinado por los estándares internacionales y sin proscribir el avance legislativo provincial (ley local) en materia de ejecución de la pena privativa de libertad (cfr. doctrina de Fallos: 328:1146, V., H. s/ hábeas corpus”, rto. 03/05/2005, Considerandos 55, 56, 57 y 59).

A partir de la reforma constitucional de 1994, sin perjuicio del artículo 18 de la Constitución Nacional que enuncia: las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

cárceles serán para seguridad y no para castigo de los reos, se definió con mayor precisión la finalidad de la pena bajo términos de prevención especial positiva (art. 18 y 75 Inc. 22 CN, art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 4.2, 5.2, 5.3, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 6.2, 10.1, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El derecho de ejecución penal es el saber jurídico cuya misión es reglamentar y hacer operativo ese estándar constitucional y convencional respecto de la aplicación de la pena privativa de libertad. Pues, se ocupa de las leyes que regulan la ejecución penal, el orden de los establecimientos, qué derechos son limitados por la pena y en qué medida, cómo debe ser el trato a que se somete a los presos (ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, pág. 134).

Las provincias se preservaron la atribución de ejecutar las instituciones de la ley de fondo y aplicar la ley común, lo que se hace extensivo no sólo al dictado de leyes de forma, sino que -en la especie- la sanción de normas en materia de administración de justicia en etapa de la ejecución de la pena (artículos 5, 75 Inc. 12, 121, 122, 126 de la Constitución Nacional y 1, 30, 45, 103 Inc. 13, 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Sin embargo, la unidad política de la República y la trascendencia del régimen de la pena privativa de libertad, exige una simetría normativa, a tenor de un piso mínimo común y uniforme determinado para todo el territorio, máxime cuando la eventual violación de los derechos humanos por parte de los entes locales en la creación de normas, en

ejercicio de sus facultades delegadas, compromete la responsabilidad del Estado Federal a nivel internacional.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos trae una “Cláusula Federal” en su artículo 28 Punto 2 que dice: *“Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”*. Del mismo modo, también se regulan para el Estado Parte medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos el ejercicio de los derechos y libertades convencionales, de acuerdo a lo normado en el artículo 2 de la C.A.D.D. y artículo 2.1 del P.I.D.C.P.

Tal es la naturaleza jurídica del artículo 228 de la Ley 24.660 (Prom. 8/VII/1998; B.O.: 16/VII/1996) en tanto dispone: *“La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un (1) año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente”*. O inclusive, en su artículo 229, cuando dice: *“Esta ley es complementaria del Código Penal”*.

Bajo este análisis, la Ley Nacional N° 24.660 no participa del derecho común de fondo (art. 75 Inc. 12 CN), sino que constituye normativa dictada por el Congreso Nacional, en ejercicio de la referida cláusula federal como regla de igualdad positiva (arts. 31, 75 Incisos 22 y 23 CN, en función del artículo 2 y 28. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La ley federal, que fuera inspirada en las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” de las Naciones Unidas, no abroga la autonomía provincial en materia de ejecución penal, sólo busca instaurar como nota la progresividad en el régimen penitenciario y un sometimiento razonable de todos los Estados locales para el reaseguro de mínimos derechos de los reclusos y el resguardo igualitario en el trato, evitar contradicción con el estándar mínimo internacional e impedir eventuales situaciones de flagrante desigualdad que comprometa la unidad política del Estado Federal.

Tampoco es un estándar de máxima, (...) a la otra (Ley 12.256), le está permitido recoger un techo de máxima, es decir la creación de normas que constituyan la maximización de los derechos de los reclusos, en la medida que ese ejercicio de la autonomía normativa basada en el principio federal, no cancele la garantía de igualdad ante la ley en el territorio argentino, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

Bajo esta tesitura y resguardando un piso mínimo y uniforme federal, entiendo que se deja a salvo la identidad y unidad del régimen de ejecución penal ante la pluralidad legislativa provincial, impidiendo que el contenido de las penas privativas de libertad pudieran experimentar variaciones fundamentales que la desnaturalicen según fuera la provincia en que se cumpliera; cuestión, ésta, que fuera objeto de extrema inquietud por grandes penalistas argentinos (cfr. NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal - Parte General, T.II, Marcos Lerner Editora, Segunda Edición, 1988, pág. 377 y ss.; SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II, Tea, 1989, Quinta Edición, pág. 438).

El mayor inconveniente, a mi parecer, radica en que las Leyes 24.660 y 12.256 han regulado bajo la misma denominación –libertad asistida- supuestos que no son equiparables, siendo distintos y homónimos, sin perjuicio que ambos representan una eventual modificación, no de la condena, sino de la modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad (arts. 54 y ss. de la Ley Nacional N° 24.660 y art. 104 y ss. de la Ley Provincial N° 12.256)

Sin enumerar la diferenciación de ambos institutos que escapa obviamente al motivo de esta convocatoria, sólo me corresponde evaluar si la regulación del instituto de libertad asistida en el ámbito provincial (art. 104 de la Ley 12.256), es susceptible de generar tal asimetría que provoque una extrema desigualdad jurídica para el sistema federal de nuestra República y por ello, amerite la aplicación del recurso de última ratio como es su declaración de inconstitucionalidad.

El test de validez está dado por los Pactos Internacionales, la Constitución Nacional, el sistema federal de gobierno, por cuanto maximizar derechos muy por encima de los restantes componentes tampoco puede extremar situaciones hasta hacer –como ya se dijera- que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede destruir o eliminar otro de igual jerarquía.

A mi entender, el instituto de libertad asistida es una modalidad más en el catálogo de alternativas a la pena, cuya finalidad perseguida con el beneficio consiste en reducir los efectos negativos de los encierros prolongados, según el criterio de progresividad y con el fin último que es la adecuada inserción social de los condenados, a través del tratamiento y control, mediante el fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales (art. 4 y 5 de la Ley 12.256 y 1 de la Ley 24.660).

El fin de la pena necesariamente requiere de un programa de tratamiento personalizado, encaminado a fomentar el respeto de sí mismo y desarrollar el sentido de la responsabilidad; como así también debe tener en cuenta los datos obtenidos sobre las necesidades individuales del recluso, su capacidad y sus inclinaciones (Directriz 2.2 y 2.3 de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”).

Y no encuentro óbice constitucional para que este propósito pueda alcanzarse, según los casos, con un *régimen preparatorio para la liberación*, mediante aquella libertad anticipada que establece el artículo 104 de la Ley 12.256, de carácter asistencial y supervisada, seis meses antes del término para la libertad condicional, pero supeditada al cumplimiento de rigurosos requisitos (el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado, según el tiempo de internación). Puesto que es conveniente que, antes del término de ejecución de una pena o medida, se adopten medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (Directriz 2.1 de las “Reglas Mínimas...”).

Concluyo que ello es constitucional, por cuanto cumple con el mandato de nuestra Carta Fundamental y demás Tratados Internacionales que fijan la finalidad de la pena mediante un tratamiento progresivo, con consideración de la singularidad de los casos y en miras la readaptación de los condenados. Y además, no peca de arbitrario ni ilegítimo, pues la Corte Federal expuso que las legislaciones locales se hallan habilitadas a maximizar el estándar de derechos de la Ley 24.660, toda vez que ésta “...se trata de una clara norma marco que es constitucional

pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones” (CS, fallo citado, cons. 59 in fine).

Por eso, el avance de las provincias en la maximización de derechos y garantías de las personas que ejecutan una pena privativa de libertad, es válido en la medida que no se aparte de los estándares internacionales.

Como entonces integrante de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Lomas de Zamora, ya tuve oportunidad de expedirme sobre el tópico debatido en la presente (cfr. C.803.933, “M., F.A. s/inc. de ejecución”, rta. 06/12/2011, reg. de la Sala I : 987/N; y su prole), en virtud de lo cual adscribí a la postura del "marco federal mínimo, común y uniforme" que representa la ley 24.660 al establecer los principios y modalidades básicas de la ejecución de la pena privativa de la libertad, respecto de las cuales las provincias se hallan legitimadas a resguardar en igual o mayor medida, tal extremo se manifiesta con lo establecido por el artículo 104 segunda parte de la Ley 12.256.-

El sistema jurídico de la sociedad moderna, caracterizado por la capacidad de elaborar problemas complejos y de tomar posición en forma flexible frente a los cambios veloces del mundo exterior tiene dificultades con los principios que deben garantizar la protección de los derechos fundamentales de los afectados por los peligrosos instrumentos del derecho penal, las consecuencias son importantes, hoy se encuentra en el primer plano del manejo del jurista con el lenguaje, no tanto el arte de la interpretación (de la ley) sino más bien el arte de la argumentación (en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

extenso ámbito de la decisión del producto legal) (Conf. Winfried, Hassemer, Crítica al derecho penal de hoy, Editorial Ad-Hoc, 2003, pág. 17).”

Por las razones dadas, y en lo demás, por los mismos fundamentos expuestos por el doctor Borinsky en relación a la cuestión por la que se convocara al pleno, **ADHIERO A SU VOTO.**

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Celesia, dijo:

Desde los orígenes del proceso de codificación penal en la Argentina se ha venido debatiendo, sin ningún éxito aparente, si le corresponde a la Nación o a las provincias la competencia para regular lo relacionado con la ejecución de la pena.

La única pauta de nuestra Constitución Nacional que se refiere específicamente a este tema es su artículo 75 inciso 12, en el que establece que el Congreso Nacional es el órgano legislativo competente para el dictado del Código Penal.

Esta regla, sin embargo, no alcanza para esclarecer si deben estar incluidas en el Código Penal todas las pautas relacionadas con la ejecución de la pena que puedan incidir, eventualmente, en su gravedad.

Para quienes sostienen que las normas sobre la ejecución de la pena por ser complementarias del Código Penal deben ser dictadas por el Congreso Nacional en función de la delegación contenida en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, las legislaciones provinciales devendrían inconstitucionales.

Un dato a tener en cuenta a favor de esta tesis es que los códigos penales de la época en que se sancionara la Constitución Nacional incluían disposiciones que se referían a la ejecución de las penas, lo que de algún

modo conduce a suponer que el Constituyente tuvo en miras asignarle competencia a la Nación sobre esta materia.

En el mismo sentido se invocan los principios de igualdad y legalidad ejecutiva y la propia previsión del art. 229 de la ley 24.660 en cuanto establece que es complementaria del Código Penal.

Respecto del principio de igualdad utilizado para sostener la potestad legislativa del Congreso Nacional sobre ejecución de la pena en forma exclusiva, debe reconocerse que no podría invocarse para declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial cuando esta resulte más favorable para el condenado, porque se trataría de una igualdad perjudicial prohibida por el principio pro homine.

El principio de igualdad en la ejecución de la pena solo sería aplicable en un conjunto de garantías establecidas por el Congreso Nacional que frente a la legislación provincial en materia no delegada expresamente tendría el carácter de ley marco que las provincias pueden flexibilizar otorgando mayores beneficios.

La ley 24.660 solo se declara complementaria del Código Penal, por lo que entender que con ello se arroga facultades exclusivas sobre la ejecución de la pena, sería contradictorio con el art. 228 que invita a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes a fin de concordarlas con la ley nacional.

El principio de igualdad no puede enervar la forma federal que prevé pluralidad de fuentes legislativas generadoras de asimetrías que el constituyente ha tolerado por ser consecuencias del sistema instaurado.

Mientras las provincias no violen principios constitucionales al legislar, ni se arroguen facultades delegadas a la Nación, tienen un amplio marco de poderes que provienen de la diversidad de caracteres físicos, sociales e



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

históricos de sus particularidades colectivas, que las autoriza a legislar con autonomía respecto del gobierno federal.

Tampoco puede tener incidencia el principio de legalidad para entender que los constituyentes al delegar en el Congreso de la Nación el dictado del Código Penal le hayan otorgado también competencia para legislar sobre la ejecución de la pena.

El principio de legalidad exige que cuando el Estado desvalore conductas y establezca penas, estas se encuentren estrictamente determinadas en una ley previa, escrita y cierta.

Los mismos resguardos de legalidad deben aplicarse al derecho ejecutivo penal con la consecuente aplicación de la ley más benigna y las reglas interpretativas que se aplican en el derecho material, por más que aquél sea objeto de la legislación provincial.

La legalidad ejecutiva garantiza que el cumplimiento de la pena se encuentre preestablecido en su modalidad y no pueda ser modificado en perjuicio del condenado.

Pero la aplicación de los principios que rigen como garantías en el derecho sustantivo a la ejecución de la pena, no puede en modo alguno alterar las competencias provinciales para legislar en la materia, derivadas de la estructura constitucional del estado federal y sería contradictorio visto el carácter limitador de las facultades del Estado de aquellas garantías, que se utilicen para impedir la aplicación de leyes provinciales que sean más benignas.

Nuestra ley suprema, sin embargo, no dice en forma expresa ni se deduce de ella tan claramente que la etapa de ejecución de la pena sea un capítulo inescindible del Código Penal y, por ende, de competencia exclusiva del Congreso Nacional.

La Constitución no establece, por ejemplo, que la competencia penal del legislador nacional sea privativa en aquello que verse sobre todas las cuestiones capaces de incidir, en alguna manera, en el derecho penal sustantivo. Tan sólo dice que le corresponde al Congreso dictar el Código Penal, lo que no implica necesariamente que las legislaturas locales tengan vedada por completo la posibilidad de regular ciertas cuestiones vinculadas con el cumplimiento de la pena que, a pesar de su vinculación con los conceptos del derecho penal material, también atañen a sus esferas de responsabilidades. Esta controversia guarda notables similitudes con la problemática relativa al régimen de la acción penal, pues en éste, pese a estar regulado en el derecho penal sustantivo, existe también un fuerte componente de política criminal inherente a los intereses de las provincias.

Justamente el problema se evidencia cuando la ley provincial, como en el caso de autos, no impone mayores severidades en el trato a los internos, sino que flexibiliza ciertos institutos previstos en la ley nacional, incrementando el número de alternativas disponibles para neutralizar los efectos negativos del encierro, siempre dentro de un mismo régimen de progresividad.

La otra situación que pone en crisis la afirmación de que la ejecución penal le corresponde únicamente al Congreso Nacional es la que se desprende de la esencia misma de esta etapa de cumplimiento de la pena.

La ejecución de las penas privativas de la libertad no es otra cosa que la concretización del derecho penal sustantivo. Tal como decía Beling, el derecho penal (sustantivo) no le toca un pelo al delincuente.

Esta última afirmación apunta a dejar en claro que las previsiones de carácter sustantivo contenidas en el Código Penal permanecen siempre en el plano de lo abstracto, de lo aún no concretado, y necesitan, para su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

realización, del complemento indispensable que les brindan tanto el derecho procesal como, en lo que aquí interesa, el derecho penitenciario.

El derecho de ejecución penal, por ende, si bien toca muy de cerca al derecho penal sustantivo, posee al mismo tiempo la particularidad de que es un derecho instrumental (respecto de aquél), al igual que lo es el derecho procesal penal por su propia naturaleza.

Este carácter instrumental del derecho de ejecución penal, que de por sí le confiere cierta autonomía respecto de las otras ramas del derecho, es la nota que pone en evidencia que la regulación del cumplimiento de la pena privativa de la libertad es algo más, en esencia, que una simple extensión del derecho penal sustantivo, en la medida en que no alude a una situación estática captada por un tipo penal y por las reglas previstas para la determinación de la pena, sino a una realidad todavía más concreta y rica en información, que surge de la confrontación del castigo impuesto en la sentencia con la supervisión diaria de cada etapa de su cumplimiento.

Esta diferencia entre la imposición de una pena y su cumplimiento concreto es la misma que existe entre los “fines de la pena” y los “fines de la ejecución de la pena”, según lo distingue modernamente la doctrina más autorizada sobre esta materia (confr., por todos, Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 181 y ss.; Rivera Beiras, Iñaki – Salt, Marcos, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, ps. 169 y ss.).

Las normas contenidas en los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando prescriben que las penas privativas de

la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados, no pretenden imponer una determinada concepción acerca de los fines del derecho penal, sino establecer ciertas pautas para el trato humanitario de las personas privadas de su libertad, más allá de que deba existir una cierta compatibilidad con aquellos fines.

Esta forma de trato debe estar enderezada, de acuerdo con las citadas disposiciones de carácter constitucional, a brindar a los internos, entre otras cosas, un nivel de prisionización lo menos deteriorante posible, tarea que requiere, para su realización, una batería de alternativas que les permitan su paulatina incorporación al medio libre, cuidando de no exceder lo estrictamente necesario para su readaptación social.

La ejecución de la pena, como se puede ver, es una tarea mucho más concreta y personalizada que la simple definición de los delitos y sus consecuencias punitivas. En ella, además del marco legal que provee el derecho de fondo, existe un día a día y una persona concreta respecto de la cual el Estado tiene la obligación de brindarle un trato humanitario y procurar, de ese modo, su adecuada reinserción al medio libre.

Esta obligación, que tiene más que ver con la ejecución cotidiana de la pena privativa de libertad que con la tarea de codificación asignada al Congreso Nacional, no podría decirse que resulte de incumbencia exclusiva del Estado federal.

Se trata, a mi modo de ver, de una etapa en la que se mezclan de un modo inseparable cuestiones sustantivas y de carácter instrumental, combinación que se requiere forzosamente para brindar a las personas que sufren el castigo estatal un trato humanitario, que sólo se puede determinar en base a la evaluación personalizada de sus necesidades en el caso concreto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Desde esta perspectiva, toda medida que adopten tanto el gobierno nacional como las provincias para dotar de mayor flexibilidad al régimen de progresividad contribuye mejor al cumplimiento de sus responsabilidades, que en el caso son compartidas.

Concluyo, por estas razones, que no debe reputarse inconstitucional la decisión de la provincia de Buenos Aires de introducir mayores beneficios que la ley 24.660 al flexibilizar los requisitos temporales para el otorgamiento del instituto de la libertad asistida.

En la medida en que ello importe conferir a las autoridades de aplicación una alternativa más para el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a la ejecución de la pena, sin desnaturalizarla, y hallándose comprometida en esta tarea no sólo la responsabilidad de la Nación, sino también la de las provincias, considero que lo más adecuado es tolerar la coexistencia de ambos regímenes, dentro de los límites en los que tales legislaciones se pueden combinar sin alterar, por vía interpretativa, sus respectivas disposiciones.

A mi juicio es indudable el derecho que tienen las provincias de legislar en materia de ejecución penal, habida cuenta que la delegación de facultades en el Congreso Nacional solo comprende el dictado del Código Penal, que el derecho de ejecución penal es independiente del derecho penal sustantivo, por más que sea indispensable para la materialización de su principal consecuencia que es el cumplimiento de la pena y que los principios de igualdad y legalidad ejecutiva si bien deben regir la ejecución penal no alcanzan para modificar las competencias legislativas establecidas en un sistema de gobierno federal donde las provincias originariamente autónomas conservan el poder no delegado expresamente al gobierno nacional.

En cuanto al Congreso Nacional, visto que por las razones expuestas carece de una facultad originaria y excluyente para legislar sobre la ejecución penal, puede en cambio, hacerlo para fijar un piso mínimo para el goce de las garantías que se ha obligado a asegurar en todo el territorio nacional, pero permitiendo que las provincias dicten sus propias legislaciones.

Las razones que autorizan la creación de un marco mínimo provienen de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución y de una masiva cantidad de garantías individuales y derechos constitucionales cuya observancia el gobierno federal esta obligado a garantizar respecto de cada habitante de la nación, pues tiene la responsabilidad ante los organismos internacionales de responder por el incumplimiento de los tratados de derechos humanos.

Esa responsabilidad internacional de garantizar los derechos individuales, como hecho nuevo inexistente al tiempo de la Constitución de 1853, pero asumida con la reforma constitucional torna racional la atribución de establecer una reglamentación o marco mínimo sobre las modalidades básicas de ejecución de la pena que las provincias no podrán ignorar pero sí mejorar a favor de los condenados.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.2) prevén la obligación de los estados que los suscriben de establecer “medidas legislativas o de otro carácter” para hacer efectivas las garantías y derechos allí acordados.

Nuestro país no podría invocar la existencia de leyes internas provinciales ante el incumplimiento de un tratado internacional, según la Convención de Viena.

En este esquema sí resultan aplicables los principios de igualdad y legalidad ejecutiva para que todos los habitantes gocen de un marco legal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que les garantice un mínimo de seguridad jurídica al momento de cumplir una pena, según los principios, derechos y garantías establecidos en los pactos internacionales suscriptos por nuestro país e incorporados a la constitución nacional, dejando a salvo la facultad de cada provincia de mejorarlos.

Finalmente este criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Verbitsky al establecer que la ley 24.660 es “una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones”.

En consecuencia, corresponde aplicar al presente caso la ley 12.256 de ejecución Penal Bonaerense cuyo art. 104 permite de modo más favorable al condenado obtener la libertad asistida seis meses antes de la libertad condicional.

Por las razones expuestas adhiero al voto del Dr. Borinsky en lo que se refiere a la cuestión planteada en este Plenario.

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Kohan, dijo:

Adhiero al voto del Doctor Mahiques. Sólo deseo agregar en refuerzo a su postura que en ocasión de desempeñarme como Fiscal y Juez en el Departamento Judicial de San Isidro, tuve oportunidad de conocer de primera mano la solución que al álgido tema se hubo de arribar en el Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial San Isidro, del día 15 de noviembre de 2001, en la Causa 52.112/II, Caratulada: "Baistrocchi, Gualberto A. s/ solicitud de

Acuerdo Plenario - Inc. de Excarc. en favor de Seoane, Roberto D.", estableciéndose la coexistencia del régimen Nacional (Ley 24.660) con el Provincial (Ley 12.256) en la posibilidad de una interpretación armónica, de modo que esta última, no enerve "el régimen de la Ley 24.660", sin menoscabo, claro está en el voto de la Dra. Vázquez, de que el apego irreflexivo al ordenamiento nacional, no conduzca al desconocimiento de mejores derechos reconocidos que pueda conceder el ordenamiento local, cuya consecución "también es socialmente pretendida".

Piénsese, así, ejemplifica la Sra. Magistrada, en aspectos tales como la educación, la salud, el trabajo de los penados, que justifican la amplitud de las potestades provinciales en punto a poder organizar del modo más adecuado posible, el despliegue de las políticas atinentes a estos derechos, en aspectos que me corresponde coincidir plenamente.

No escapa a quien esto escribe el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa VERBITSKY, Horacio S/ habeas corpus" (Tres de Mayo de Dos Mil Cinco), cuando en el considerando Nro. 59 de la mayoría, se adopta la llamada doctrina del marco mínimo de la pena. Dijo así el Alto Tribunal "...Esta disposición (refiriéndose al art. 229 de la Ley 24.660) es mucho más sabia y respetuosa del principio federal...en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones".

Pues bien, en mi humilde criterio, lo expuesto por la C.S.J.N. es compatible con la solución adoptada en el citado fallo plenario



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

departamental. Quiero decir con esto que la aplicación conjunta del régimen Nacional (Ley 24.660) con el Provincial (Ley 12.256), no confronta los postulados de nuestro más Alto Tribunal sino, entiendo, todo lo contrario, siempre y cuando, claro está, la normativa nacional en la ejecución de la pena privativa de la libertad se tome, a partir de ahora, como un marco mínimo en la materia.

Aunado a ello basta una breve reseña de lo expuesto por Marcos Gabriel SALT "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina", en coautoría con Iñaki Rivera BEIRAS, págs. 158 y ss.

En oportunidad de desempeñarme como Juez del Tribunal en lo Criminal N° 5 de San Isidro, v. gr. en la causa N° 2092/84 "Sayago" resuelta el 22 de julio de 2008 entre muchas otras, adscribí a la tesis del citado autor, de preeminencia en la aplicación de la ley nacional en todo el país, en virtud de que "...la necesidad de legislar de manera uniforme para todo el país sobre el contenido de las penas privativas de la libertad, se extrae también y principalmente, de una correcta interpretación acerca del alcance y de las consecuencias de la vigencia del principio de legalidad ejecutiva (C.N. art. 18) que, de manera clara exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que definan el contenido cualificativo de las penas antes de la comisión de un hecho ilícito..." (Op. Cit., págs. 165/166).

Ahora bien, en esta línea de pensamiento, cabe preguntarse, si la doctrina del marco mínimo apareja la aplicación automática de cualquier dispositivo legal que una norma provincial contemple o si, por el contrario, en dicha coexistencia de un ordenamiento nacional (como umbral mínimo) y otro local, el intérprete debe aplicar los institutos receptados en la materia de la ejecución de la pena en forma sistemática, evitando imposiciones conjuntas que desvirtúen principios de importancia tales como, en el supuesto que nos

ocupa, el de la progresividad en la ejecución de la pena, requisito ineludible del postulado resocializador que no sólo ha sido contemplado por ambas legislaciones sino, además, por normas de jerarquía constitucional (arts. 1 y 59 - a "contrario sensu" - de la Ley Nro. 24.660; art. 4 de la Ley 12.256; arts. 18, in fine, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3, etc.).

Con nueva cita de Marcos G. SALT, entiendo que "...el proceso de determinación de la pena no culmina con la sentencia condenatoria. Antes bien, es durante la etapa de ejecución cuando se precisa cuáles serán las características cualitativas que tendrá la pena privativa de la libertad para la persona condenada. Con la sentencia de condena comienza un proceso dinámico de determinación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena. Este proceso se inicia con la clasificación que realiza la administración penitenciaria durante el período de observación ... Posteriormente, a medida que transcurre la ejecución, la pena sufre modificaciones de importancia en sus condiciones de cumplimiento e, incluso, es posible que el condenado consiga acortar el tiempo de duración del encierro carcelario cuando la pena privativa de la libertad se convierte en alguna de las formas de cumplimiento de la pena en libertad (libertad condicional o libertad asistida). No cabe duda que en este proceso de determinación de la pena durante la ejecución, el denominado régimen progresivo tiene fundamental importancia en la medida en que las resoluciones sobre sus avances y retrocesos constituyen siempre modificaciones sustantivas de las condiciones cualitativas de la pena. El "régimen progresivo" es, precisamente, un sistema de ejecución de las penas privativas de libertad que se caracteriza por la posibilidad de que las condiciones de encierro y, en general, las privaciones y restricciones de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

derechos derivadas de la pena privativa de la libertad se atenúen progresivamente durante el tiempo de cumplimiento de la sanción...De esta manera, si el interno cumple con determinados requisitos que varían según las distintas versiones conocidas de regímenes progresivos, tiene la posibilidad de recuperar paulatinamente la vigencia y ejercicio de los derechos de los que fue privado por la medida de encierro, hasta alcanzar el pleno goce de ellos con el agotamiento de la pena..." (Op. Cit. págs. 223 y 224), arribando así a "...un período de cumplimiento de la pena en libertad (reintegración del condenado al medio libre antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones).

En nuestro sistema normativo esta fase está prevista mediante los institutos de la libertad condicional y la libertad asistida..." (Op. Cit. pág. 225).

En cuanto al último de los institutos citados, continúa manifestando el autor que la libertad asistida es una de las novedades que introdujo la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en el régimen progresivo. El nuevo instituto, de características similares a la libertad condicional, permite a los condenados sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, egresar del establecimiento carcelario seis meses antes del agotamiento de la pena temporal para cumplir este último período de la pena en libertad.

De esta manera, la Ley de Ejecución contempla la posibilidad de que las personas que por algún motivo no pudieron obtener la libertad condicional, puedan regresar al medio libre antes del agotamiento de la pena.

Hecha esta breve reseña, retomo el interrogante que fuera más arriba formulado, es decir, si la doctrina del marco mínimo apareja la aplicación automática de cualquier dispositivo legal que una norma provincial contemple o si, por el contrario, en dicha coexistencia de un ordenamiento nacional

(como umbral mínimo) y otro local, el intérprete debe aplicar los institutos receptados en la materia de la ejecución de la pena en forma sistemática, evitando aplicaciones conjuntas que desvirtúen un principio de importancia tal como, en el caso, el de la progresividad en la ejecución de la pena, requisito ineludible del postulado resocializador hoy, como se viera, de innegable jerarquía constitucional.

Además de lo dicho, se cierra cualquier interpretación en contrario por vía del art. 229 de la ley 24.660 donde se dispone que es complementaria del Código Penal. Por tanto integra dicho plexo normativo, siendo en consecuencia sus previsiones materia no delegada a las provincias por la nación (art. 75 de la Constitución Nacional).

Con ello queda claro que se persigue la uniformidad en el cumplimiento de las penas establecidas por el digesto sustantivo, evitando un modo de ejecución dispar en las distintas jurisdicciones del territorio nacional.

Nuevamente he de resaltar que en materia de ejecución la ley aplicable no es otra que la ley 24.660 por las razones antes apuntadas, siendo que la provincial (12.256), no puede ubicarse por encima de esta última y, por consiguiente, anular o restringir los efectos de la supremacía jerárquica que dimana de lo dispuesto en los artículos 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, la cual sufre excepción en favor de la soberanía legislativa provincial sólo en lo relacionado con las disposiciones de índole procesal o administrativa, quedando lo restante como competencias no delegadas por la Nación a las provincias. El precepto enunciado por el precitado art. 229 de la ley 24.660 sella, a mi criterio, la suerte de la interpretación en el sentido propugnado.

En caso contrario, llevando la cuestión al terreno del absurdo, podría darse el caso de que el Legislador provincial regule, dentro de la ley de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ejecución provincial, la procedencia de la libertad condicional al cumplirse un mes de transcurrida la pena privativa de la libertad. Con la interpretación propugnada por el recurrente, en virtud de los preceptos del principio “pro homine” y aún tomando al propio art. 13 del Código Penal como un “marco mínimo”, debería analizarse la concesión de tal instituto, contrariando así todo el orden normativo que sienta las bases no solo de la interpretación de las leyes y la superioridad jerárquica de unas y otras, conforme lo manda el art. 31 de la Constitución Nacional, sino también en lo que respecta a la progresividad del tratamiento penitenciario, lo que tornaría a dicha cuestión irrisoria y fuera de toda discusión.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Violini, dijo:

Dejando a salvo mi opinión personal, en punto a la invalidez constitucional de los pronunciamientos plenarios, ya explicitada en otras convocatorias, en lo que hace al tema traído a estudio, adhiero al voto del Doctor Borinsky, por los fundamentos que expone en el último punto de su voto (undécimo).

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Natiello, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Mahiques por compartir sus fundamentos, más agrego que ha sido mi postura, desde los primigenios pasos en este Tribunal, que a toda persona condenada o penada con sentencia firme, dentro del territorio de la provincia de Buenos Aires, le corresponderá de aplicación como ley marco la ley nacional de ejecución penal nro. 24.660.

En cuanto a la libertad asistida la ley nacional 24.660 asume naturaleza compleja y conjuga normas penales —vgr.: las que prevén, al igual que el artículo 37 del reciente C.P. español de 1995, la denominada prisión discontinua o semidetención (arts. 35 a 40)-; procesales penales —por ejemplo: las de atinencia a la interposición de recursos por sanciones impuestas por la autoridad carcelaria (art. 96)-; administrativas "ad exemplum": las referidas a la regulación del traslado de internos (arts. 71 a 73)-; y hasta laborales -como muestra: las vinculadas con la formación profesional y los accidentes ocurridos en el trabajo carcelario (arts. 114 y 130)-.

De ahí que en atención a la estructura federal de la República, donde las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal, corresponde dar ejecución a la preceptiva cuya generación pertenece privativamente al gobierno central y dejar de lado sin declarar su inconstitucionalidad atento el concurrente carácter federal que inviste aquella parte del ordenamiento legal que atañe a las materias cuya competencia se reserva a las Provincias.

La problemática se centra en la discusión acerca de qué ley debe ser aplicada -ley nacional 24.660 ó ley provincial 12.256- y si es posible -en el caso particular- afirmar la preeminencia de una por sobre la otra, inaplicando -consecuentemente- lo estatuido por el artículo 104 y ccdtes. de la ley 12.256.

Y en el punto, estimo que la legislación que regula la ejecución de las sanciones previstas por el "Código Penal" (ley común, cuyo dictado corresponde al Congreso Federal), integra la competencia expresamente delegada por las provincias al Gobierno Central (conf. arts. 75 inc. 12 y 121 de la CN).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Como bien sostiene Ricardo C. Nuñez, "corresponde al Congreso Nacional (en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal) el dictado de reglas únicas de ejecución penitenciaria quedando sólo a las provincias lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios" (cfr. Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos, 2da. ed., del Puerto, Bs. As., 1996, pág.82/3).

En el mismo sentido Sebastián Soler hizo notar que "cuando se sancionó el C.P. quedó sobreentendido que debía dictarse una ley penitenciaria general complementaria del Código Penal, a objeto de que a través de ella pudiera alcanzarse en el país un cierto nivel de uniformidad en la ejecución de las penas privativas de libertad" (cfr. Derecho Penal argentino, tea, Bs. As, 4ta. ed, 8va. reimpresión 1978, t. II, pág. 378).

Entiendo entonces, que la interpretación constitucional más plausible indica, sin hesitación alguna, que la ley nacional 24.660, dictada por el Congreso Federal en ejercicio de las facultades conferidas en el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional, integra el Código Penal y es norma de derecho común cuya aplicación corresponde a las provincias.

Y va de suyo que, si una norma provincial y otra común emanada del Congreso Federal, legislan de modo incompatible un mismo punto, se suscita lo que en doctrina constitucional se conoce como una cuestión federal compleja indirecta. Es decir, se ve comprometida la compatibilidad de una norma o acto nacional o local con la Constitución Nacional y esta colisión se funda en la incompatibilidad de aquella norma o acto frente a otra norma o acto que, conforme a la Carta, es preeminente (cfr. Ymaz y Rey, cit., pág. 135).

Estas cuestiones deben resolverse consultando el orden constitucional a fin de determinar, cuál es, en el caso, la regulación preeminente. (cfr. op. cit., loc. cit).

Consecuentemente y por todo lo antes expuesto, entiendo que en materia de las penas privativas de libertad, resulta de aplicación la ley 24.660.

Es mi voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ordoqui, dijo:

En lo sustancial adhiero al voto del Dr. Borinsky.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Carral, dijo:

En relación a la propuesta traída a la discusión de este Pleno me he expedido en anteriores precedentes, tanto en oportunidad de integrar la Sala Tercera (causas Nros. 47.160; 50.114; 50.442; 52.883, entre otras) como en la nueva composición de la Sala Primera de este Tribunal (causas 55.661; 63.329; 65.985; 60.643, entre muchas otras)

En ambos casos, ha sido doctrina unánime de ambas Salas la aplicación de la ley provincial 12.256 y modificatorias conforme la exégesis propuesta en el punto undécimo del voto del doctor Borinsky.

Así puede verse que a partir de las condiciones mínimas que fija la ley nacional, en muchos casos la legislación provincial regula institutos que si bien anticipan temporalmente la posibilidad del egreso, lo hacen sobre la base de un nivel de mayores exigencias a las previstas por la ley 24.660, de modo tal que la aplicación de la primera (ley provincial) puede entenderse articulada con lo legislado en la ámbito nacional.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Vale como ejemplo citar el instituto de la libertad asistida, cuyo momento de otorgamiento en la ley nacional se difiere hasta seis meses antes de agotarse la pena temporal impuesta (art. 54).

En cambio, en la ley provincial, puede concederse -respecto a condenados a penas mayores de tres años de prisión o reclusión- seis meses antes del término previsto para la procedencia de la libertad condicional (art. 104).

Si bien es cierto que la ley nacional pareciera acotar la operatividad de este instituto a aquellos casos donde el penado se ve imposibilitado de acceder a la libertad condicional, no es menos cierto que la legislación provincial al regular este acceso de forma anticipada al egreso que posibilita el art.13 del código penal, lo hace sobre la base de mayores exigencias tales como la concurrencia de los demás requisitos previstos por la citada regla del C.Penal, a lo que suma que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación.

Desde este enfoque, la compatibilización entre ambos regímenes legales de lo egresos anticipados al agotamiento de pena, va, en un escalonamiento progresivo desde el de mayores exigencias en su aplicación (art.104 ley 12256), pasando luego por la libertad condicional y finalmente por la posibilidad de egreso seis meses antes del agotamiento de pena. (punto en común de los arts. 54 de la ley nacional y 104 del régimen provincial).

Desde ese atalaya, es invalorable el aportes a la exégesis que puede extraerse de los fundamentos receptados por la legislatura de la Provincia. Así, se señala a modo introductorio que la reforma propiciada (sancionada luego como ley 14296), viene a canalizar el cumplimiento de las observaciones que se impusieran desde la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en el fallo “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”. En este punto el fundamento de la reforma señala expresamente "La Provincia debe adecuar su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares fijados por las Reglas mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas receptadas por la Ley Nacional 24.660. El presente proyecto, en este sentido, no sólo propone la adecuación a los estándares nacionales de todos los institutos relacionados con la extensión, consistencia y modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad sino que, además, retomando una importante iniciativa previa de la propia legislatura, en la que confluye también el trabajo y aporte de diversas instituciones y organismos vinculados a la materia, se integran al texto una serie de postulados y principios que aseguran criterios de interpretación y aplicación notoriamente superadores de los vigentes".

En punto a la relación entre la ley 24.660 y la regulación provincial de la ley 12.256, los fundamentos que impulsaron la sanción de esta reforma señalan que: ***"En concreto, el proyecto propone como ejes esenciales: 1) la compatibilización con el régimen nacional de todos los institutos relacionados con la extensión, consistencia o modalidad de cumplimiento de la pena... En relación al primero de los puntos, se considera en el proyecto que, sin perjuicio de la autonomía local para regular todo lo atingente al régimen de ejecución de la pena, tal como históricamente se ha reconocido y afirmado expresamente en la Provincia (art.2 de la Ley 12.256), corresponde en esta materia tender a la máxima compatibilización posible entre el texto provincial y el nacional para, de ese modo, superar por un lado los vaivenes jurisprudenciales derivados de la discusión siempre presente relacionada con los ámbitos de incumbencia legislativa y, a la vez, materializar la decisión del Máximo Tribunal de la Nación en el sentido***



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de que la Ley Federal debe operar como parámetro orientador de las decisiones locales en tanto y en cuanto resultan consistentes con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

Por ello, en primer lugar –siguiendo la interpretación jurisprudencial prácticamente unánime de los tribunales y juzgados penales de nuestra Provincia- se ha entendido esencial la compatibilización del instituto de las salidas transitorias con el esquema normativo nacional, de modo que no sólo se recepta en el texto proyectado la regulación de la Ley 24.660 relativa a los motivos y condiciones de otorgamiento, sino también en lo referente a los tiempos para la obtención del beneficio, aspecto éste en el que se observan notorias diferencias con la normativa vigente en la Provincia"

Se agrega asimismo, en orden a al instituto de la "Libertad Asistida" que **"... se propone avanzar en la consolidación del sistema local en lo que atañe a la libertad asistida, manteniendo en este caso la amplitud que históricamente tuvo la regulación provincial que permite la obtención del beneficio no sólo seis meses antes del vencimiento de la condena, sino también con idéntica anticipación temporal a la libertad condicional. En este caso, no obstante, se introduce una modificación que recepta la interpretación sistemática que ha elaborado la jurisprudencia provincial, en el sentido de que deben exigirse para el segundo de los supuestos recaudos mayores que para la procedencia del instituto regulado por el Código Penal, por cuanto lo contrario importaría la aceptación de regímenes paralelos de contenido contradictorio en lo que hace a los plazos de procedencia"**. Este mismo enfoque ha sido canalizado por la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia Provincial, órgano que se ha pronunciado dictaminando

"Entiendo, además, que la particular regulación del instituto de la libertad asistida en la ley 12.256 (Ejecución Penal. Asistencia y tratamiento de condenados y procesados) no importa una inadmisibile intromisión de la Legislatura provincial en una materia expresamente delegada al Gobierno federal, en particular al Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12 CN), pues es este último órgano legisferante el que ha decidido, reconociendo la preexistencia de normas provinciales y la tradición legislativa en la materia, fijar una orientación clara y un piso mínimo en la reglamentación de la forma de ejecución de las penas restrictivas de la libertad a los que tendrán que ajustarse las legislaciones provinciales correspondientes (art. 228 ley 24.660).

Puede apreciarse, entonces, que es la propia ley nacional que se hace prevalecer en las resoluciones atacadas la que reconoce la vigencia de normativa provincial vinculada y pone de ese modo el punto de partida para que la interpretación propuesta por el impugnante - sosteniendo la validez y vigencia de la regla provincial más beneficiosa para el condenado- sea razonable y se imponga en virtud de aquel principio que "impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (CSJN causa A. 2186.XLI "Acosta", sent. del 23/4/2008 cons. 6°). (Cfr. Dictamen P.116.968 "ALI, Diego Alejandro s/recurso de casación", del 5 de junio de 2012).

Con este agregado, adhiero a la propuesta del voto del doctor Borinsky, en lo que es materia de discusión en este plenario, razonada en el ***considerando undécimo de su voto.***

A la cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Sal Llargués, dijo:

Adhiero en igual sentido y por los mismos fundamentos al voto del Dr. Carral.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Mancini, dijo:

Es sabido que las sentencias no tienen fuerza de ley.

Los jueces votantes en un plenario quedan sometidos al resultado de la encuesta, sin que tenga ninguna importancia lo que estimen al respecto de su vinculación con lo decidido.

Igualmente es imposible no advertir la paradoja cuando, por un lado se anuncia independencia de lo que se decida, y por otro lado, se funda la ponencia exclusivamente en lo que sostiene un fallo anterior de la corte. Ello aunque sea muy respetable la modesta genuflexión ante el poder convictivo del superior.

Caben ahora algunas ideas sobre la libertad asistida y la ley aplicable al asunto.

La pena de prisión es una quita de la libertad ambulatoria (y de otras que de ella necesitan) cuya identidad se percibe necesariamente con el complemento de su dimensión en el tiempo. Así entendida, la pena pertenece al derecho de fondo que por manda de la Constitución Nacional corresponde dictar al Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12 C.N.)

La libertad asistida, precisamente suprime en determinado tiempo la quita ambulatoria antes mencionada. Entonces, con su alusión a lo ambulatorio y a lo temporal, no puede sino ser materia que corresponde sea regulada por el Congreso Nacional.

Las provincias, en origen dadoras a la Nación de la facultad de legislar sobre las penas, no perdieron por ello, por supuesto, su prerrogativa de legislar en tantas otras materias. De allí que nada impide que cada provincia dicte su ley de ejecución mientras con ella no se invada ámbito cedido.

La coexistencia de leyes (provinciales y nacionales) sobre ejecución, si no deseable, es absolutamente posible sin alteración del régimen constitucional.

De haberse legislado mejor, se habrían evitado conflictos de interpretación. No se entiende la razón por la cual los legisladores provinciales, sin necesidad que haya sido debidamente explicitada, anticiparon a seis meses de la libertad condicional, al comienzo del plazo para la obtención de la libertad asistida. Eso por un lado. Por el otro lado, tampoco se entiende fácilmente el contenido de los arts. 228 y 229 de la ley 24.660. El innecesario art. 229 de la ley 24.660 que con seguridad reconoce ancestrales precedentes, no tiene ningún efecto útil, es decir, que su ausencia nada cambiaría. Y el simpático (éste es el vocablo menos agresivo para calificarlo) art. 228 que con tono imperativo (“procederán”) pretende darle un plazo a las provincias para que revisen sus legislaciones y reglamentaciones penitenciarias y las hagan concordar con la ley 24.660, olvida que las provincias no están obligadas constitucionalmente a ello; y termina mostrando que el mejor modo de dar órdenes es no darlas donde no hacen falta.

Lo superfluo de éstas dos disposiciones no les quita capacidad dañina, puesto que sobre ellas se han edificado obras interpretativas cuyos esfuerzos hubieran merecido causas más nobles.

Con cita de loables principios que no se ajustan al caso, el voto de la mayoría adhiere a una tesis proveniente de la Corte Suprema de la Nación que menciona a la ley nacional como piso por debajo del cual no puede irse en perjuicio del condenado. Se la denomina la teoría del marco mínimo, pero en ella lo único que es mínimo es el fundamento.

Asterisco: si en concreto (no es éste el caso traído), alguna vez debiera decidirse sobre una libertad asistida cuyas condiciones de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

cumplimiento muestren verdaderas y entitativas quitas de la libertad ambulatoria, tales como por ejemplo podrían ser presentaciones diarias en dependencias policiales, libertades diurnas con pernoctaciones carcelarias u otras similares, bien podrían entenderse los argumentos que equiparan dichas situaciones a la prisión misma, con lo cual, en ese tiempo, no se estaría modificando la pena, asunto éste en cuyo análisis de nada sirve la comparación con la regulación de la libertad condicional, al menos mientras una ley nacional sobre libertad asistida no refiera al punto como lo hace en orden a la libertad condicional.

Con estas aclaraciones y repitiendo lo que con mayor énfasis y motivación ya sostuve en el plenario anterior (suspensión de juicio a prueba) acerca de que los jueces deben respaldar sus posiciones de justicia en las leyes que las consagren, y no en sus buenos deseos generados en un principio de omnipotencia que se desinteresa del respeto a las leyes y a la marcha del ordenamiento jurídico existente, y termina descalabrando el funcionamiento de la política, la que, concebida desde la soberanía popular, no es una mala palabra, sino todo lo contrario; con estas aclaraciones –decía- adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Mahiques, por sus fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo Plenario y vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión planteada, por mayoría, el Tribunal de Casación Penal,

RESUELVE:

El régimen legal aplicable en materia de ejecución de las penas privativas de libertad es la Ley Provincial N° 12.256, en cuanto resulte mas beneficioso, para el condenado, que la ley marco N° 24.660 del ordenamiento nacional.

Regístrese en el Libro de Acuerdos Plenarios, notifíquese y, oportunamente, archívese.

FDO.: DR. RICARDO BORINSKY - DR. CARLOS ALBERTO MAHIQUES - DR. HORACIO DANIEL PIOMBO - DR. RICARDO RAMON MAIDANA - DR. JORGE HUGO CELESIA - DR. MARIO EDUARDO KOHAN - DR. VÍCTOR HORACIO VIOLINI - DR. CARLOS ANGEL NATIELLO - DR. MARTÍN MANUEL ORDOQUI - DR. DANIEL ALFREDO CARRAL - DR. BENJAMÍN RAMÓN SAL LLARGUES - DR. FERNANDO LUÍS MARÍA MANCINI

Ante mí: Dra. María Julieta Battistotti