



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Expte. N° 23159/A - 4356/1/C

“GENOVESI OLIVERA EBER EMANUEL p/ Ejecución de Sentencia”

Mendoza, 22 de octubre de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa arriba intitulada, y;

CONSIDERANDO:

A - Conforme al orden establecido, el Dr. Luis Rafael Correa Llano dice:

I. Que a fs. 53/57vta. se presenta el Dr. Víctor Hugo Banco, Defensor Oficial de la Primera Defensoría de Pobres y Ausentes, en carácter de subrogante, por el interno Eber Emanuel Genovesi Olivera, e interpone Recurso de Apelación en contra del auto obrante a fs. 39 y vta. dictado por la Dra. Milagros Noli, Conjuenza de Ejecución, mediante el cual resuelve denegar la incorporación del interno al régimen de libertad asistida.

El Sr. Defensor expresa que la resolución atacada causa un gravamen irreparable a su asistido, en tanto considera se ha analizado la pieza administrativa bajo el marco legal que establece la ley provincial n° 8465, pasando por sobre las disposiciones de la ley nacional n° 24660, de rango y jerarquía constitucional superior.

Manifiesta que en el art. 1 de la ley 6513 la provincia adhiere a la ley 24660, en todo aquello que sea materia de legislación provincial. Advierte que en el art. 229 de la ley 24660 se establece que esta ley es complementaria del Código Penal, por tanto, parte integrante del mismo, norma de fondo, dictada por el Congreso de la Nación, de cumplimiento obligatorio en todo el territorio del país. De esta manera, no debe adherirse en la provincia a ella, sino a aquellas normas de tinte procesal o administrativo que contengan la ley 24660 y, que son materia de legislación provincial.

Sostiene que la ley 8.465, en algunas de sus normas, resulta contradictoria con la legislación nacional y más perjudicial para los penados. Tal es el caso de la libertad asistida, cuyo requisito temporal en la ley provincial está fijado en tres meses antes del cumplimiento de la pena impuesta y, en cambio, en la ley nacional este momento está previsto seis meses antes del cumplimiento de la condena. Es decir, en el presente caso el plazo temporal que exige el art. 54 de la ley 24.660 se encuentra satisfecho.

Afirma que el argumento que proponga la aplicación de la ley 8.465 en su totalidad por haberse dictado en virtud de las facultades no delegadas por las provincias a la Nación debe ser rechazado. Indica que la materia referida a las penas es de exclusiva competencia de la Nación, por expresa delegación de las provincias (conf. art. 75 inc. 12 y 121 del C.N.), por lo que las etapas del régimen de ejecución de la pena, las salidas transitorias, la semilibertad, la libertad condicional, la libertad asistida y las modalidades especiales como la semi detención, entre otros aspectos, forman parte de la pena.

Entiende que el intérprete no puede arrasar con las garantías consagradas a nivel nacional y debe desaplicar, en el presente caso, una norma - art. 68 de la ley provincial 8.465 - que en los hechos resulta restrictiva de un derecho o garantía con el que cuentan los ciudadanos.

Advierte que si bien las provincias, en virtud del art. 121 de la C.N., son libres de dictar leyes de ejecución de las penas, no podrán apartarse de ese marco garantizador mínimo que resulta ser la ley 24.660, fijando normas que resultan accesorias de la pena misma.

Cita jurisprudencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, referida a salidas transitorias, dictada por la Sala Primera en autos n° 396 caratulados "Tabari, Juan Antonio", en fecha 27/06/2000, y autos n° 598 caratulados "Jaque, Pablo Rubio", en fecha 09/03/2000.

Indica que las leyes provinciales de ejecución de las penas deben ajustarse a la ley nacional, que resulta ser el marco de garantías mínimas de los condenados, lo contrario es violatoria de la misma e inconstitucional, por apartarse del art. 31 de la Carta Magna.

Destaca que todo intento tendiente a deslegitimar la validez constitucional de una norma impone, a quien lo pretende, el deber de demostrar



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

con claridad de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional y cuál sería el perjuicio efectivamente irrogado. Agrega que eso es lo que se pretende justificar en el presente.

Reitera que lo normado en el art. 68 de la ley 8465 resulta contario a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional, los Tratados Internacionales que comparten su rango supra legal y la ley nacional 24660.

Respecto a la legislación que se encarga de regular la ejecución de la pena en el ámbito nacional, el Sr. Defensor refiere 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.

Cita los art. 18 y 19 de la C.N.

Menciona la opinión de la Dra. Ángela Ledesma, en el voto emitido en los autos caratulados "Godoy Cañete, Alcides J. s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad", de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal.

Peticiona se declare la inconstitucionalidad del art. 68 de la ley provincial n° 8465 y se haga lugar al recurso de apelación incoado.

II - Concedido el recurso impetrado y, venidos los autos a esta Cámara de Apelaciones en lo Criminal, se dispuso el tratamiento del recurso en Tribunal Colegiado, emplazándose a las partes al cumplimiento de lo previsto por el art. 468 del C.P.P..

III – A fs. 75/77 comparece la Dra. Verónica Bajbuj, Defensora de Pobres y Ausentes sustituta, a cargo de la Defensoría de Ejecución Penal, a fin de presentar el correspondiente informe, y así dar los fundamentos del agravio expresado, en cumplimiento con lo normado por el art. 471 del cuerpo legal referido.

La Sra. Defensora mantiene y reitera los agravios canalizados en el recurso de apelación interpuesto a fs. 53/57 por el Defensor subrogante.

Agrega que si bien las provincias poseen facultades para dictar reglamentaciones en materia de ejecución, éstas no pueden restringir derechos fundamentales que constituyen materia de fondo establecidos por la ley nacional 24.660.

Refiere que la ley provincial n° 8.465 ha excedido la competencia que le fuera atribuida por el art. 228 de la ley 24.660 - que autoriza a revisar la legislación y reglamentaciones penitenciarias provinciales a efectos de concordarlas con la ley marco n° 24660 - al restringir que dentro del tipo de normas que estatuye la ley nacional, es de derecho penal material o de fondo.

Indica que lo antedicho surge del art. 229 de la ley 24.660.

Afirma que la ley nacional posee igual jerarquía que el Código Penal y legisla esencialmente sobre cuestiones de fondo, acerca de derechos inherentes a todas las personas que cumplen su condena bajo su ámbito de aplicación, agregando algunas normas que pueden caracterizarse como procesales, o bien, administrativas y, ello no es un dato menor, en tanto sería la única materia que podría ser reglado por la provincia, en ejercicio de las facultades no delegadas al Congreso Nacional.

En cuanto al caso de autos, estima que la resolución cuestionada agregada a fs. 39, advierte que la misma resuelve con la aplicación de un artículo de la ley provincial que ha legislado sobre una materia que no le corresponde. Entiende que al aplicar el art. 68 de la ley provincial 8.465 para decidir sobre el derecho de la libertad asistida, se ha violando el principio republicado de gobierno y el de igualdad ante la ley, dejando de lado una norma emanada del Congreso de la Nación, que ha dispuesto derechos en cabeza de quienes cumplen una pena privativa de libertad y, ha aplicado en su lugar una norma de menor jerarquía - ley provincial - que ha excedido sus posibilidades de legislación, restringiendo además, el marco de garantías y derecho fijado por el la ley 24.660.

Considera que la Sra. Conjuez, al disponer que su defendido sólo puede egresar anticipadamente tres meses antes del agotamiento de su pena,



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

conforme al art. 68 de la ley provincial 8.465 y no seis meses como lo establece el art. 54 de la ley nacional 24.660, violenta de modo flagrante, principios constitucionales basales, como lo son el régimen republicano de gobierno con su atribución de competencias y facultades entre la Nación y las provincias, la igualdad ante la ley y, el principio de resocialización de la pena receptado por los tratados internacionales de Derechos Humanos con magna jerarquía.

Esgrime que no puede justificarse de modo alguno que la situación de Genovesi resulte más gravosa en cuanto a las posibilidades de reintegro al medio libre, que aquéllas con las cuenta cualquier otro condenado que cumpla su pena en el país.

Pone de manifiesto que le ley provincial exige calificaciones de conducta y concepto como requisitos de procedencia que en el Código Penal tampoco se encuentran establecidos y, que aunque puedan ser considerados como propios de las facultades legislativas provinciales, deben pasar el test de racionalidad, lo que no acontece en el caso concreto.

Agrega que el código de fondo, a través de su ley complementaria, establece que la denegatoria del beneficio es excepcional y sólo procede siempre y cuando se acredite el grave riesgo de concederla.

Entiende que restringir el tiempo dispuesto para habilitar la libertad asistida equivale a restringir el requisito temporal para gozar del derecho a la libertad condicional, cuyos términos también constituyen una materia de fondo.

Hace hincapié en que la regulación efectuada por la ley 8.465 evidencia un claro y arbitrario desequilibrio, como así también un apartamiento de la finalidad establecida en la ley 24.660 (resocialización), finalidad que persigue la ejecución de la pena y, que por otra parte, goza de jerarquía constitucional.

Alude al principio de progresividad de la pena y estima que el mismo se encuentra afectado por el auto atacado, dado que la finalidad resocializadora enunciada no se lleva a cabo de un momento a otro, en la cual el penado pasa del encierro total a la libertad total.

Sostiene que el principio de igualdad también se ha visto afectado.

Concluye que la diferencia en el trato a un penado en nuestra provincia con relación a los condenados en otros distritos provinciales no posee una justificación racional y violenta de modo palmario las garantías constitucionales más caras a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente la igualdad ante la ley.

IV - Remitidos los autos a la Fiscalía de Cámara de Apelaciones en lo Criminal, con motivo del recurso interpuesto y a los fines del ejercicio de las facultades por ley otorgadas, la Sra. Fiscal emite su dictamen a fs. 79/80.

La Sra. Fiscal expresa que en cuanto al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa, todo lo atinente a la ejecución de la pena es competencia exclusiva del Congreso de la Nación y ajeno, por lo tanto, a la legislación provincial.

Cita un comentario emitido por ella en el libro “Código Procesal Penal, comentado de la Provincia de Mendoza”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo II, p. 690 y ss..

Estima que en el caso de autos, al momento de dictar la resolución, la Sra. Conjuez debió aclarar la inconstitucionalidad de la norma provincial, en cuanto establece un plazo de tiempo más gravoso para el condenado, a los fines de obtener la libertad asistida.

Entiende que, no obstante lo expuesto, el planteo de inconstitucionalidad deviene en abstracto, dado que Genovesi cumple su condena en un plazo de dos meses, por lo que, aún, aplicando la ley n° 8.465 ya se está condiciones de analizar la procedencia o no de la libertad asistida. Recuerda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, como un acto de suma gravedad.

Advierte que si el Tribunal decidiera ingresar en el análisis de otras exigencias previstas en el art. 68 de la ley 8.465, sí corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo en cuestión, en tanto contiene exigencias



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

vinculadas a la calificación de la conducta no contempladas en la ley 24.660 que resultarían más gravosas para el condenado.

Sostiene que en base a los argumentos vertidos, sólo corresponde analizar si el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad. Agrega que a tal efecto se habilita considerar las calificaciones del condenado a fin de determinar si el comportamiento asumido por el interno resulta o no demostrativo de una progresiva evolución personal del mismo, pero no en forma independiente de este análisis.

V - En los considerandos del auto puesto en crisis obrante a fs. 39 y vta., la magistrada actuante comienza refiriéndose a la condena dictada por la Excma. Séptima Cámara del Crimen, mediante sentencia de unificación n° 4141 de fecha 06/05/2013, condenando al interno a la pena de dos años de prisión, con fecha de cumplimiento el día 19/11/2014.

Considera que analizada la información obrante en autos, advierte que el hecho por el que resultare condenado el interno fue cometido el 19/11/2012, fecha para la cual ya se encontraba en vigencia la ley provincial 8.465.

Refiere que, conforme los requisitos establecidos por ley provincial en su art. 68, en tanto, el interno no ha alcanzado el tiempo de cumplimiento necesario y tampoco la calificación exigida por la normativa vigente. Menciona la constancia de fs. 15 de las actuaciones administrativas, de la que surge que el interno durante el cuarto trimestre del año 2.013 fue calificado en conducta con "regular", calificación inferior a los trimestres anteriores.

Concluye que a su entender no se encuentran cumplidos los extremos exigidos por la legislación para el otorgamiento de la libertad asistida.

VI - Señalados los agravios vertidos por la recurrente, como así también efectuada la reseña de la resolución atacada, corresponde entrar en el análisis del tema traído a consideración.

En primer lugar, resulta oportuno señalar que –como lo hemos sostenido en anteriores pronunciamientos- la declaración de inconstitucio-

nalidad de una norma es una materia en la que rige un criterio restrictivo, siendo una medida de “última ratio”, sólo cuando surja evidente su oposición con los principios regulados por la ley fundamental.

En este sentido *“Es inveterada la jurisprudencia de la corte Suprema en relación a que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando al repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CSJN, Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 314:424 y conf. Sala III de esta Cámara in re “Bellizán, Rodolfo s/recurso de inconstitucionalidad”, rta. El 15/3/94, entre otras).*

El ejercicio de la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de normas o actos exige el coraje de la medida y la sabiduría de los límites. Resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos 11:405; 191:245; 275:89) y asimismo aumentar o disminuir la escala penal, de tal suerte que los tribunales no se pueden inmiscuir en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador (Fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341) (CNCP, Sala III, 4/10/2007, “García, Hugo Amadeo s/recurso de casación” –Ledesma, Riggi y Tragant-) (Maximiliano Hairabedian-Federico Zurueta, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara Nacional de Casación”, Ed. Mediterránea, Cba. 2011, p. 271).

Efectuada esta primera salvedad corresponde ingresar en el concreto planteo efectuado por la defensa en cuanto a que lo normado en el art. 68 de la ley Provincial N° 8.465 resulta contraria a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales que comparten su rango supralegal y la ley Nacional N° 24.660.

En este caso, considero que la marcada incompatibilidad existente entre las normas en conflicto (art. 68, ley 8.465 y art. 54, ley 24.660), y el hecho de que la negativa a la concesión de la libertad anticipada solicitada por Genovesi Olivera fue resuelta a la luz de la normativa provincial, que resulta más restrictiva, en cuanto autoriza el acceso a ella tres meses antes del cumpli-



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

miento y no seis meses antes como lo establece la ley 24.660, y que por otra exige además que posea el condenado el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación (art. 68), la declaración de su inconstitucionalidad se impone como un deber para este órgano jurisdiccional, en tanto la mencionada situación no permite en este caso fijar un criterio de interpretación que resguarde la validez de la ley provincial, por lo que ello pueda ser interpretado como una indebida intromisión en las facultades del Poder Legislativo Provincial.

La declaración de inconstitucionalidad de lo regulado por el art. 68 de la ley N° 8.465, peticionada por la defensa en su recurso y avalada por la representante del Ministerio Público Fiscal al emitir su dictamen a fs. 79/80, se fundamenta principalmente –según ellos- en que la materia que pretende regular la Provincia, constituye una competencia delegada por los estados provinciales al gobierno central.

De acuerdo con el planteo que se formula, hay que preguntarse ineludiblemente, si el sistema normativo que regula la ejecución de las penas privativas de libertad constituye una materia delegada al gobierno nacional, o, por el contrario, se trata de una facultad reservada a los estados provinciales.

“Desde antiguo (ya durante el proceso de gestación del decreto-ley 412/1958 [ratificado por ley 14.467], antecesor directo de la actual ley 24.660), nuestra doctrina desarrolló dos posturas al respecto:

1) Existe un grupo de autores que sostuvo, decididamente, que todo lo atinente a la ejecución debía ser materia propia de los Estados provinciales. Quizás uno de los exponentes más compiscuos de esta postura haya sido Italo A. Luder, quien argumentaba: “[...] en nuestra organización federativa el gobierno central es un gobierno de poderes enumerados y los gobiernos provinciales de poderes remanentes; los primeros son limitados y excepcionales, los últimos generales y comunes. Los sostenedores de la tesis que venimos combatiendo invocan en su apoyo que corresponde a la Nación dictar los códigos de fondo y a las provincias los de forma, pretendiendo derivar de esta argumentación el carácter nacional de la legislación penitenciaria. El argumento es totalmente inconsistente puesto que los únicos códigos que corresponde dic-

tar a la Nación son los enumerados en el artículo 67, inciso 11 [actual artículo 75, inciso 12], de la Constitución Nacional, y los demás, sean de forma o de fondo, corresponden a las provincias (código rural, código de faltas, etcétera).

2) *En relación con la normativa penitenciaria anterior, otro sector de la doctrina nacional se enfrentó con la postura precedentemente descripta sosteniendo que la competencia, en esta materia, le pertenece al Congreso de la Nación. Como exponente de este criterio, resulta ilustrativo el razonamiento que efectuó Ricardo C. Núñez: “ constitucionalmente la unidad del régimen de ejecución penitenciaria deriva de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal [...]. Esta facultad involucra la de regular todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de la pena que se impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando la vigencia de la garantía nulla pena sine lege [...]. Esta se viola tanto si el reglamento local de ejecución se aparta de la estructura de la pena determinada por la ley del Congreso, como si esa estructura se desfigura en la práctica. A las provincias les compete ejecutar las instituciones de la ley de fondo [...] pero esta jurisdicción ejecutiva no involucra la potestad de establecer, destruir o alterar la institución nacional” (José Daniel Cesano, “Derecho Penitenciario: aproximación a sus fundamentos”, Ed. Alveroni, Cba. 2.007, p. 281/282).*

Con posterioridad a la sanción de la ley Nacional N° 24.660 (Ejecución de la pena privativa de la libertad), lo regulado por ella en los arts. 228 y 229 originó la controversia acerca de si esta ley constituye una materia privativa del Congreso federal que se equipara al dictado del Código Penal en los términos del art. 75, inc. 12 CN, o si, por el contrario, su dictado es una facultad reservada por las autonomías provinciales, ello en tanto en la primera de las normas mencionadas instaba a las provincias a revisar la legislación y las reglamentaciones existentes a efectos de concordarlas con las disposiciones de la citada ley, mientras que el art. 229 establecía expresamente que este cuerpo normativo es complementario del Código Penal.

Considero como lo hace la mayoría de la jurisprudencia y doctrina que las normas que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad constituyen ley de fondo, y por lo tanto, se encuentran naturalmente incorpo-



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

radas al Código Penal, puesto que no puede escindirse la pena de la manera en que esta podrá cumplirse.

“Resulta irrazonable que todos los habitantes de la Nación sean conminados por la aplicación de una misma pena que pueda ejecutarse de manera diferente conforme sea la jurisdicción que la imponga. Tal supuesto, conllevaría la desigualdad en el trato que, ante similares situaciones, proscribiera el art. 16 de la Carta Magna” (Axel López-Ricardo Machado, “Análisis del Régimen de Ejecución Penal”, Ed. Fabián Di Plácido, Bs. As. 2.004, p. 528).

Podemos ilustrarnos con un ejemplo, *“Imaginemos el sencillo caso de dos tribunales, uno de la provincia de Buenos Aires y el otro nacional de la Capital Federal, que imponen a cada uno de sus procesados la misma pena de quince años de prisión en orden al delito de homicidio simple (art. 79 del Código Penal). En el primer caso, el condenado podrá acceder al régimen de la libertad asistida a los nueve años y seis meses de detención (art. 104 de la ley provincial 12.256), en el segundo podrá hacerlo a los catorce años y seis meses (art. 54 de la ley 24.660). Si se tratara del régimen de las salidas transitorias, el condenado provincial podrá ser incorporado a dicho instituto a los catorce años y seis meses (art. 146 de la ley provincial 12.256) y el condenado en sede nacional se encontrará temporalmente habilitado a los siete años y seis meses (art. 17, inc. I, de la ley 24.660). La doble situación resulta insostenible, desde que no obstante de tratarse de la imposición de dos penas iguales en orden a idéntico delito, su ejecución es absolutamente diferente conforme sea el lugar en que se hayan dictado las condenas”* (Axel López-Ricardo Machado, ob.cit., nota 14 p. 528).

Esta postura que sostenemos, es expuesta con solidez en el voto de la Sra. Jueza, Dra. Celia Margarita Vázquez, al expedirse en un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones y Garantías de la Ciudad de San Isidro, que debía resolver sobre si resultaba aplicable la ley nacional N° 24.660 en la Provincia de Buenos Aires, y en tal caso, cómo debía armonizarse con el régimen previsto en la ley provincial N° 12.256.

La mencionada magistrada que integró la mayoría que resolvió la aplicación de la ley 24.660 en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires,

sostuvo: “...puede afirmarse sobradamente que era voluntad del constituyente asignar tal competencia al Congreso Federal. Como fue señalado ya, los “códigos penales” de la época contenían la regulación de los institutos que hoy denominaríamos propios de la ejecución penal y no veo modo, luego, de asignar otra intención al constituyente original. Por supuesto, una interpretación constitucional que sólo recurra a la voluntad del legislador resulta insuficiente, pero la circunstancia apuntada no es menor si se considera que desde entonces y hasta la actualidad la inmensa mayoría de las opiniones ha resaltado el valor de tal decisión. Es decir, existe un altísimo grado de consenso, sostenido, por cierto, a través del tiempo, acerca del acierto de la opción del constituyente de asignar a un único órgano legislativo la regulación de la ejecución, a fin de favorecer su uniformidad.

Ello se advierte de manera prístina en la circunstancia de que, incluso en aquellos momentos en los cuales se omitió legislar en tal sentido, fueron razones concurrentes las que determinaron la ausencia de regulaciones, mas no una opinión adversa a la uniformación de la ejecución.

La importante opinión de Ítalo Argentino Luder, en sentido adverso, se funda en un argumento (el carácter administrativo de esta etapa procesal) que hoy, según entiendo, ha sido firmemente abandonado por la comunidad jurídica, y no encuentro dificultades para apartarme de su solución, sin que resulte necesario ahondar la cuestión (sirva remitirme aquí a las opiniones, que comparto, de Clariá Olmedo y de Núñez...).

Por último, cabe señalar también, que en el sentido que expongo concurren también las decisiones de la jurisprudencia local y de la doctrina penitenciaria. Evidentemente entonces, la doctrina jurídica que estimo correcta, sostenida por numerosos autores, es compartida también por los principales actores para su puesta en marcha, las autoridades penitenciarias y los jueces encargados del contralor de su actuación.

En síntesis, la interpretación originalista se ve enriquecida y ratificada por las voces de juristas, jueces y autoridades penitenciarias, todo lo cual me indica la presencia de un punto altamente compartido.

El segundo argumento que creo decisivo, es el que entrega una interpretación sistemática de las normas en juego. Desde esta perspectiva



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

resulta necesaria la conclusión favorable a la competencia legislativa federal, pues es altamente plausible que la sanción del Código Penal comprenda la determinación de las modalidades de ejecución de las sanciones que allí se establezcan, sin que ninguna interpretación distinta implique consecuencias más atractivas.

Como señaló el juez Petracchi, no puede afirmarse que cuando el derecho restringido es la libertad ambulatoria de una persona, su limitación no puede más que graduarse temporalmente, sin posibilidad de evaluar también la intensidad de la interferencia.

Luego, establecer qué pena privativa de la libertad corresponde a una conducta, consiste necesariamente, en determinar cuánto dura ésta y en qué consiste, es decir, las modalidades básicas de su ejecución.

Por ello, me parece que la conclusión que mejor satisface la vocación uniformadora que funda la delegación de facultades legislativas en el Congreso Federal, es entender que el Código Penal es un cuerpo integrado por la descripción de las conductas prohibidas y por la determinación de la naturaleza, cantidad y calidad de sus consecuentes sanciones, así como por lo demás dispositivos que deban considerarse también ínsitos en esta unidad (vgs. el instituto de la prescripción de la acción).

Lo contrario importaría habilitar un mecanismo susceptible de desarticular el régimen de uniformidad legal constitucionalmente establecido ya que no podría afirmarse que el mismo “Código Penal” rige en todo el país (art. 75, inc. 12, Const. Nac.), si a consecuencia de una conducta idéntica una persona, en jurisdicción de una provincia, recibe efectivo encierro en un establecimiento penitenciario, mientras que la vecina de otra purga su infracción en arresto domiciliario o con la realización de tareas comunitarias.

Esta heterogeneidad, según entiendo, es precisamente aquella que el constituyente tuvo en miras minimizar al conferir a un único órgano la sanción del Código Penal” (Causa 52.112/IIa: “Baistrocchi, Gualberto A. s/Solicitud de acuerdo plenario en causa 50.156/IIa –Inc. de exc. Enfavor de Seoane, Roberto D.-”).

En comentario al citado fallo plenario, Javier Esteban de la Fuente señala que la posición adoptada por la mayoría, “...*resulta coherente con lo dispuesto en el art.229 de la ley 24.660 en el sentido de que la ley es [...] complementaria del Código Penal. Si bien el artículo 228 del mismo cuerpo establece que “La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo un plazo de un 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”, ello no puede significar que se autorice a cada provincia a dictar su propia ley de ejecución, sino que únicamente permite la sanción de las normas procesales o administrativas que sean necesarias para la aplicación del régimen nacional.*

En consonancia con este criterio, ninguna provincia debería dictar disposiciones que hagan al contenido mismo de la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo que se traduce fundamentalmente en lo siguiente:

1. *El régimen de ejecución de la pena debe estar regulado por la legislación nacional. No es posible que cada provincia establezca su propio sistema de progresividad, contemplando periodos o fases diferentes a las previstas en la ley nacional. El régimen de progresividad es el eje central de toda la ejecución de la pena privativa de libertad y constituye el indicador más importante para la concesión de los diferentes beneficios. Si aceptamos que los institutos fundamentales como las salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, prisión discontinua, semidetención o libertad asistida, previstos en la ley 24.660, resultan aplicables en todas las provincias, necesariamente, debemos admitir que debe regir uniformemente, y para todo el país, un mismo sistema de progresividad.*

2. *Todo instituto que impone una alteración de la modalidad de cumplimiento de la pena, o bien –con mayor razón– de su duración, debe estar necesariamente regulado por la legislación nacional. Me refiero concretamente al régimen de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional o libertad asistida. La aplicación uniforme del Código Penal en todo el país se vería seriamente afectada si cada provincia modificara estos institutos, sea suprimiéndolos, estableciendo otras condiciones (a favor o en contra del interno), o bien, agregando beneficios no previstos en la ley nacional.*



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

3. *También debe vedarse a las provincias la facultad de legislar en materia de penas sustitutas, como la prisión domiciliaria, el régimen de semidetención o prisión discontinua. De otra forma, se permitiría alterar fácilmente la legislación nacional, estableciendo nuevos institutos, o bien, suprimiendo o modificando los existentes.*

De acuerdo a lo expuesto, la facultad de las provincias para legislar en materia de ejecución de penas privativas de libertad debería quedar limitada a lo siguiente:

1. *Disposiciones de tipo procesal, imprescindibles para la ejecución de la pena, como, por ejemplo, las atinentes al trámite de los distintos beneficios, al órgano judicial encargado de la ejecución de la pena, a los recursos contra decisiones de la autoridad administrativa, etcétera.*

2. *Normas de carácter administrativo, que sean necesarias para aplicar las instituciones previstas en la ley nacional, como las relacionadas con la organización de los establecimientos carcelarios, del personal penitenciario y de los organismos técnicos que deben evaluar a los internos.*

3. *Reglas que regulan cómo debe ser la vida del interno dentro del establecimiento carcelario, como las concernientes al trato, condiciones de alojamiento, disciplina, trabajo, educación, asistencia médica, espiritual y social, en la medida que cumplan con las garantías mínimas previstas en la legislación nacional” (“La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados”, en “Revista de Derecho Penal-Garantías Constitucionales y nulidades procesales-II”, N° 2001-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pgs. 576/578).*

Esta posición por otro lado, se compadece con lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Verbitsky”, del cual puede extraerse la necesidad de una legislación de carácter nacional en todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria.

En el apartado 59) del fallo de mencionado, se hace referencia como una cuestión clara en materia penitenciaria, la posición de Rodolfo Moreno (h) en el despacho de la comisión acerca del Código Penal, cuando afirma la necesidad de “...que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se

establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República, y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia, y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país”.

Luego, se expone que tras un largo camino se llegó a la ley 24.660, señalando que el artículo 228 dispone: “La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un 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”, para concluir en que: “...Esta disposición es mucho más sabia y respetuosa del principio federal que la consagrada en el decreto-ley precedente, pues, a diferencia de aquél, que se consideraba complementario del Código Penal y por ende, pretendía desconocer la competencia legislativa provincial, en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución 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”.

Así las cosas, es posible interpretar que la CSJN ha entendido la necesidad de que se proceda a concordar las legislaciones provinciales a la ley 24.660 y que el marco mínimo que debe respetarse está relacionado con todo aquello que es competencia local, esto es, lo procesal y lo administrativo.

Por las consideraciones antes expuestas es que entiendo corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 68 de la ley provincial N° 8.465 por resultar contraria a lo dispuesto por los arts. 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, al regular sobre materia delegada por las provincias a la Nación, y en consecuencia revocar el auto apelado por haberse expedido sobre la libertad anticipada del condenado fundado en la normativa invalidada.

En lo que se refiere al pedido de libertad asistida formulado por el interno, no habiéndose expedido el A Quo a la luz de la normativa nacional, y no habiendo tampoco efectuado ninguna consideración al respecto el recu-



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

rente, es que estimo necesario remitir la causa a origen a los fines de que se expida el Juzgado de Ejecución Penal conforme a lo antes concluido.

Así Voto.

B) Que el Dr. Ramiro Salinas, dijo: Adhiero al voto del magistrado preopinante. Así Voto.

C) Que el Dr. Alejandro José Miguel, dijo: Adhiero al voto del magistrado preopinante. Así Voto.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE:

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación incoado a fs. 53/57 y, DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 68 de la ley provincial N° 8.465, por resultar contrario a lo dispuesto por los arts. 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, al regular sobre materia delegada por las provincias a la Nación.

II- REVOCAR en consecuencia el auto obrante a fs. 39, dictado por la Sra. Conjeza a cargo del Segundo Juzgado de Ejecución Penal.

III- VUELVAN las actuaciones a origen a efectos de que se emita nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto.

COPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFIQUESE y BAJEN.