

El Plenario “Tobar Coca” de la Casación Federal y la compatibilidad de las prohibiciones a las libertades anticipadas al cumplimiento de la pena para condenados por delitos de gravedad^(*)

*Por Gabriel Gonzalez Da Silva^(**)*

1. Introducción.

Previo a comenzar con el análisis del fallo motivo de este comentario, considero conveniente hacer algunas aclaraciones de Perogrullo y refrescar algunos conceptos y problemas relacionados con la jurisprudencia plenaria.

1.1. ¿En qué consisten los fallos plenarios?

Un fallo plenario es una resolución dictada por un tribunal colegiado en pleno (con participación de la mayoría o la totalidad de sus miembros), con el objetivo de unificar la interpretación de normas jurídicas ante divergencias entre salas u órganos judiciales de igual jerarquía. Su finalidad es asegurar la uniformidad jurisprudencial, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.¹ Los jueces, que mantienen un criterio diverso sobre una cuestión en particular, lo que podría dar lugar a casos manifiestos de desigualdad jurídica, son convocados a opinar y votar sobre una premisa, siendo que la doctrina del fallo plenario es la que se obtiene de la mayoría alcanzada, sobre una u otra posición y, a partir de allí esta pasa a ser obligatoria tanto para todo el Tribunal como para los juzgados inferiores.

En 2013, la ley 26.853 (dentro del paquete de “democratización de la justicia”) eliminó la fuerza obligatoria de los plenarios en el ámbito nacional, generando incertidumbre sobre si estos precedentes debían ser acatados o solo valorados como orientativos. Esta situación se revirtió con la ley 27.500 (B.O. 10/01/2019), que restableció expresamente la obligatoriedad de los fallos plenarios en todos los fueros de la Justicia Nacional y Federal.² En adelante, la interpretación

^(*) Acuerdo N° 7/2025 – Plenario N° 16 - “TOBAR COCA, Néstor s/ inaplicabilidad de ley” - CAMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL – 08/04/2025 ([elDial.com](https://www.eldial.com) - [AAE7D6](#))

^(**) Abogado. Profesor en Ciencias Jurídicas. Doctor en Derecho Penal. Magister en Política Criminal, investigador y docente de grado y posgrado en la UBA, UAI y la UNLZ. Fiscal General Adjunto de la Procuración General de la Nación Argentina.

¹ Conf. Aráoz de Lamadrid, Octavio, *Los fallos plenarios... ¿son constitucionales?*, LL 2008-F, pp. 297 y ss.

² Lo hizo, concretamente en el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando sustituyó la rúbrica “Recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión” correspondiente a la de la sección 8a del capítulo IV, título IV del libro primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la siguiente: “Sección 8a - Recurso de inaplicabilidad de la ley”. En

jurídica fijada en un plenario volvió a ser vinculante para la misma Cámara y para los inferiores, hasta que otro plenario o la Corte Suprema la modifique.

De forma que, en el fuero penal nacional argentino, los plenarios permiten que la Cámara Federal de Casación Penal fije una *doctrina legal obligatoria* para sus propias salas y para todos los tribunales inferiores (arts. 10 y 11, Ley 24.050, texto según Ley 26.371).

1.2. ¿Quiénes están autorizados a dictarlos en la jurisdicción nacional?

En lo que respecta a la justicia federal del país, el órgano habilitado por la ley para hacerlo es la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP). Este es el único tribunal autorizado a dictar fallos plenarios vinculantes en materia penal federal, investido de tal potestad por la ley nº 24.050, modificada por la nº 26.371 (B.O. 30/5/2008), especialmente en sus arts. 10, 11 y 11 bis.

Dicho tribunal tiene competencia nacional y actúa como máximo órgano de interpretación penal federal, por encima de las cámaras federales de apelaciones y tribunales orales federales de todo el territorio.

A su turno, en lo que hace a la justicia nacional ordinaria con asiento en la Capital Federal, se presenta una situación curiosa. Si bien la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNCCC) fue conformada para alivianar la tarea de la actual CFCP (antes denominada Cámara Nacional de Casación Penal), pasando a intervenir en los casos de delitos comunes u ordinarios no traspasados a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según considero, no se encuentra habilitada a dictar fallos plenarios, pese a que el origen de la casación, en general, además de la anulación de un fallo por no encontrarse ajustado a derecho es la unificación de la interpretación de este.³ Lo expuesto surge de la exégesis de la citada ley 24.050, en cuanto presenta una diferencia normativa y estructural entre las dos cámaras de casación penal nacionales que existen en Argentina, y no con una imposibilidad absoluta de emitir fallos en pleno.

consecuencia, se modificaron los arts. 288 a 301, reestableciendo el art. 303 que categóricamente determina: “La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”. No cabe duda de que esta misma obligación, es extrapolable al resto de los fueros nacionales (incluyendo, obviamente a la justicia federal del país en todos sus ámbitos de conocimiento), al área penal.

³ El término casación en el lenguaje jurídico moderno proviene del francés “*cassation*”, que a su vez deriva del verbo francés antiguo “*casser*”, que significa romper, anular o quebrar. Ese verbo francés “*casser*” proviene directamente del latín “*cassare*” (anular, invalidar). La palabra “*cassation*” se consagró formalmente en Francia en el siglo XVIII con la creación de la *Cour de Cassation* (1790), el tribunal más alto del sistema judicial francés en lo que respecta a la legalidad de las sentencias. Su misión era y es “romper” o “anular” las decisiones de los tribunales inferiores cuando no se ajustan al derecho. Por eso, incluso hoy en Francia, cuando la Corte de Casación anula una sentencia, se habla de que la “rompe” (*casse le jugement*), lo que tiene un fuerte simbolismo: no corrige, no modifica, sino que quiebra el fallo viciado de legalidad.

La CNCCC fue creada por la ley 26.371 (la misma que modificó la 24.050) para atender causas penales ordinarias de la Justicia Nacional con sede en CABA. Comenzó a funcionar efectivamente en 2014. No tiene una ley orgánica propia con artículos equivalentes a los 10 a 11 bis de la ley 24.050. Su formación y funcionamiento se organizaron más bien a través de resoluciones de la Corte Suprema y del Consejo de la Magistratura (por ejemplo, Acordada CSJN 22/2013). No está expresamente facultada por ley para dictar plenarios obligatorios, aunque puede reunirse en pleno y emitir decisiones con valor interpretativo (pero no vinculante en los mismos términos que los de la CFCP).

De manera que no tiene una norma legal que le otorgue carácter obligatorio o vinculante a esos votos o acuerdos plenarios vinculados con la interpretación de la ley, ni con relación a sus propias salas ni tampoco a los tribunales inferiores, con lo que sus eventuales fallos en pleno podrían revestir el valor de precedente importante o “doctrina judicial”, pero no constituirían “doctrina legal obligatoria” como la de los plenarios de la CFCP.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ya no dicta fallos plenarios obligatorios desde la creación de la Casación en 1992, junto con la implementación del Código de Levene (h.), actualmente en vigencia en ciertos distritos del país hasta que sea reemplazado en todo el territorio a nivel federal por el Código Procesal Penal Federal (CPPF) de las leyes 27.063, 27.272, 27.482 y sus restantes modificatorias. Porque todo hace pensar que la justicia ordinaria de la Capital Federal tenderá a desaparecer cuando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueda ejercer plenamente los derechos de jurisdicción y legislación que le acuerdan el art. 129, CN.

1.3. Normas que autorizan a la CFCP a dictar fallos plenarios.

La fuente principal es la Ley 24.050, que creó a la Cámara Nacional de Casación Penal (ahora CFCP). Esta norma fue modificada por la ley 26.371, que reorganizó el sistema de plenarios. Los artículos relevantes son:

- a) El artículo 10 (modificado), en cuanto autoriza la reunión en pleno para unificar jurisprudencia y fijar doctrina legal obligatoria para sí misma y los órganos jurisdiccionales que dependen de la Cámara;
- b) El Artículo 11 (modificado) que regula el *recurso de inaplicabilidad de ley*, cuando una sala quiera apartarse de un plenario vigente; y el
- c) Artículo 11 bis (nuevo): que permite a las partes interponer directamente dicho recurso ante el pleno cuando una sala no lo habilita.

Estas reformas establecieron un sistema formalizado de emisión, revisión y control de los fallos plenarios, con jerarquía legal. La normativa se complementa con el Reglamento Interno de la Cámara Federal de Casación Penal y con la Ley 27.146 (B.O. 29/6/2015), que ratifica la potestad de unificación jurisprudencial (art. 18, *in fine*) y con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN), al que volverá a hacerse referencia sobre este mismo tema.

1.4. Inconstitucionalidad de los fallos plenarios: criterios a favor y en contra.

Entre quienes consideran que los plenarios son contrarios a la norma constitucional, suelen apoyar sus argumentos en tres ejes.

En primer lugar, sostienen que estos violan el principio de división de poderes. Básicamente, sostienen que permitir al Poder Judicial dictar interpretaciones obligatorias de leyes equivale a una forma de “legislar”, función reservada al Congreso (arts. 1° y 75 inc. 12 CN). Zaffaroni, Alagia y Slokar (este último, que incluso intervino en el plenario objeto de este comentario), por ejemplo, entienden que “(...) la autonomía de criterio de los jueces no puede ser limitada legalmente, dado el vigente y tradicional sistema de control difuso de constitucionalidad, por lo cual toda pretensión de jurisprudencia obligatoria es inconstitucional, a condición de no confundir a ésta con cualquier mecanismo que tienda a proporcionar cierta unidad de criterio jurisprudencial por meras razones de economía procesal”.⁴

También se observa que este tipo de fallos afecta la independencia judicial al imponer a los jueces inferiores una doctrina legal previa que coarta su libertad de juzgar conforme a su conciencia jurídica. Vélez Mariconde aseveraba que los jueces no están obligados a seguir ningún fallo plenario de tribunales superiores, puesto que solo están sometidos a la ley. Y, en este sentido, agregaba: “(...) las leyes que establecen esa obligatoriedad son inconstitucionales por una razón inversa a la independencia institucional: porque ninguna sentencia (decisión concreta), por eminente que sea el órgano que la dictó puede llevar en sí la virtud necesaria para convertirse en ley (previsión abstracta); es decir, la sentencia no puede tener valor para otros casos futuros, por idénticos que sean con el que ella resolvió, porque el Poder Legislativo tiene el monopolio de la función de dictar normas generales y abstractas. Sólo podría admitirse, sin embargo, que un determinado criterio jurisprudencial sea obligatorio para los jueces que constituyen el Tribunal que lo consagró, pero esto por otra razón: por la ley de la mayoría”.⁵

Por último, se subraya su incompatibilidad con el control de constitucionalidad y convencionalidad difuso ya que, al imponer una interpretación obligatoria, los plenarios dificultan el ejercicio del control judicial individual. Este criterio se ha visto expuesto, de forma no tan lejana en el tiempo, con tribunales que decidieron declarar inconstitucional el art. 10 de la ley 24.050 para poder apartarse de un plenario de la Casación, “Kosuta”,⁶ en cuanto había impuesto un criterio

⁴ Conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 125. En sentido similar: Arce, Enrique A. y Díaz Cantón, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios: su inconstitucionalidad*, NDP, 1996/A, pp. 189 y ss.

⁵ Conf. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, 2ª reimpresión, t. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 74. Véase específicamente la nota al pie nº 42.

⁶ CNCP, 17/8/1999, Plenario “Kosuta, Teresa R.”.

restrictivo para conceder la suspensión del juicio a prueba, siendo luego superado por el fallo de la Corte, “Acosta”.⁷

Desde otra perspectiva, quienes consideran la validez de los fallos plenarios, argumentan que la doctrina legal obligatoria no nace de una autoatribución judicial, sino de una ley formal del Congreso (ley 24.050 y modif.). Por tanto, se encuadra dentro del marco republicano.⁸ Se apoyan en la necesidad de la nomofilaxis (protección de la norma jurídica) y de la seguridad jurídica, toda vez que los plenarios evitan fallos contradictorios en casos similares, fortalecen la igualdad ante la ley y permiten a los justiciables anticipar criterios. Esto se vincula con el principio de legalidad penal (art. 18, CN), concretamente con el mandato de *lex certa*.

Añaden, que es posible aplicar mecanismos internos de revisión ya que el recurso de inaplicabilidad de ley permite actualizar o modificar la doctrina legal, por lo que la doctrina plenaria no es inmutable.

Finalmente, que los plenarios no sustituyen la ley, sino que únicamente la interpretan. Esto último por cuanto no crean nuevas normas, sino que fijan el sentido de leyes existentes y, de este modo, no suplantán al Poder Legislativo, sino que cumplen una función jurisdiccional de interpretación.⁹

1.5. Efectos de los fallos plenarios en la práctica.

En principio, para los magistrados que no consideran inconstitucional la doctrina de los fallos plenarios, en los casos que tienen a cargo revisten un efecto vinculante inmediato. De hecho, obligan a todos los tribunales inferiores al momento de su dictado.

La unificación efectiva de criterios, en principio, logra homogeneizar la jurisprudencia y deriva en una reducción de litigiosidad, pues, al fijar criterios claros, muchos conflictos dejan de reiterarse. Por lo demás, desarticula toda posibilidad de incurrir en el “*fórum shopping*”, que en su forma no delictual implica una estrategia de los litigantes para elegir intencionalmente el tribunal o la jurisdicción que le resulta más favorable para sus intereses, en lugar de acudir al juez natural o al que correspondería de forma objetiva. En su variante ilícita, aún cuando la designación del juez o del tribunal se haga por sorteo, aunque digital, podría alterarse ese mecanismo de selección. Finalmente, en lo que hace al control de la ejecución penal, sobre todo en los tribunales orales federales del interior del país (a donde no existen juzgados de ejecución penal como en la Capital Federal), previene el sistema poco claro que aquellos poseen para

⁷ CSJN, 23/4/2008, *Fallos*, 331:858. Allí el Máximo Tribunal nacional sostuvo que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis, CP, a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios de legalidad y *pro homine*, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante.

⁸ Aráoz de Lamadrid, cit. pp. 297 y ss.

⁹ Conf. el *óbiter dictum* de la Cámara Federal de Casación Penal en el Plenario “Carbone”, 3/12/2019.

designar cuál de los tres integrantes habrá de hacerse cargo de esa tarea. En lo que hace concretamente al Plenario “Tobar Coca”, por ejemplo, ya no importaría a quién le toque ejercer esa actividad, puesto que todos los integrantes estarían compelidos a seguir su doctrina y ya no sería posible (ni aun en donde el accionar judicial se desarrolle acorde a la ley) que ningún condenado por un delito grave, tenga la suerte de que su caso, en la etapa de ejecución, le sea asignado a un juez que considera inconstitucionales las prohibiciones a las salidas anticipadas al cumplimiento total de la condena, obteniendo así un beneficio liberatorio que la leyes no autorizan.

Ciertamente, debe reconocerse que los plenarios, si bien no eliminan drásticamente el control de constitucionalidad y convencionalidad difuso (esto es, precisamente lo que sucedió con “Kosuta”, en donde, quienes no estaban de acuerdo con su doctrina, empezaron a declararlo inconstitucional), no hay duda de que generan tensión.

Así, en principio, todo juez conserva la facultad de ejercer el control difuso (arts. 31 y 116 CN; art. 8.2 CADH; jurisprudencia americana “Marbury v. Madison”, adaptada por la CSJN desde el siglo XIX). Los jueces, de este modo, pueden declarar inaplicable el art. 10 de la ley 24.050 si estiman que seguir el plenario vulnera derechos constitucionales o convencionales por resultar, en general, o en el caso concreto, violatorio del principio de legalidad y del derecho de defensa del imputado.

En torno a cómo articulan los plenarios con la jurisprudencia de la Corte Suprema, primero hay que recordar que los fallos de la Corte no son formalmente obligatorios, pero los tribunales deben seguirlos bajo la doctrina del “leal acatamiento”.¹⁰ Quienes han tenido la oportunidad de escuchar los discursos del actual presidente del Máximo Tribunal Argentino (Horacio Rosatti), habrán podido apreciar su insistencia, por economía procesal, para que los jueces apliquen la doctrina sustentada en un “*leading case*”, evitando de este modo que lleguen a conocimiento de esos estrados planteos análogos que ya tienen una posición tomada.

Los plenarios no pueden contradecir la doctrina de la Corte Suprema. Si lo hacen, se debe seguir a la Corte. La Casación puede convocar un nuevo plenario (inaplicabilidad de ley) para adecuarse o directamente aplicar el fallo de la Corte (*v.gr.*, lo que ocurrió entre el plenario de la casación “Kosuta” y el posterior fallo de la Corte “Acosta”).

Ello, no solo porque la Casación es un órgano inferior y tribunal intermedio de la Corte Suprema sino, porque, además, esta fija una interpretación constitucional; mientras que la Casación, tiene a su cargo la interpretación legal del Derecho Penal, el Procesal Penal y el de la Ejecución Penal, más allá que se vincule con cuestiones constitucionales. Se da así una complementariedad jerárquica, de modo que los plenarios operan en tanto no exista doctrina previa (cuanto menos reciente o reiterada) o contradictoria de la Corte Suprema.

¹⁰ Conf. CSJN, *Fallos*, 312:1157 y 341:127, entre otros.

La Casación, finalmente, también está sujeta al leal acatamiento y sus plenarios pueden ser corregidos si la Corte fija un nuevo criterio.¹¹

Finalmente, ya que estamos aludiendo al Máximo Tribunal nacional y su relación con la Cámara Federal de Casación Penal, no está de más recordar el “reto” que esta recibió en el precedente “Vidal”¹², precisamente por no haberle ahorrado el trabajo de definir sobre una materia que podría haberse resuelto a través de un plenario.

La Corte allí señaló que, en la actualidad, el máximo tribunal penal del orden federal del sistema de organización judicial detenta, por un lado, una competencia amplia del recurso de casación que hace posible –sin alterar ni exceder la resistencia semántica de las normas que rigen su competencia– la intervención de ese tribunal intermedio con un alcance que garantice el derecho al recurso. De otra parte y al propio tiempo, que el legislador le haya asignado la unificación interpretativa en el ámbito de la justicia federal, en tanto competencia que, aun cuando tenga la finalidad de dotar a la jurisprudencia de uniformidad, lejos está de identificarse con el objetivo político propio del recurso de casación en su concepción originaria. Por el contrario, responde a una impronta propia del sistema argentino en tanto mecanismo seleccionado por el legislador para restaurar la unidad del tribunal, cuya división en salas solo apunta, en el derecho argentino, al cúmulo de la labor judicial.

Asimismo, que la adecuada aplicación de las reglas y principios que rigen la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal adquiere especial significación en circunstancias como las que se verificaron en el caso concreto, en tanto la sala interviniente no impulsó la convocatoria a plenario –ni previo al dictado de la primera sentencia que dio origen a la jurisprudencia contradictoria en ese ámbito, ni luego de ello–. Por lo que, según el Máximo Tribunal del país, es arbitraria la sentencia que rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley por no configurarse las exigencias reglamentarias. Tampoco por no revestir el auto apelado el carácter de definitivo bajo una fórmula cuyo contenido y alcance fue precisado por cada uno de los jueces del tribunal apelado, al intervenir en otros casos, ya sea señalando que una decisión de ese tenor no reflejaba ni arbitrariedad ni error jurídico o, expresamente –por mayoría– al sostener que la resolución atacada no reviste la calidad de sentencia definitiva, pero luego de ello consideró reunidas las exigencias para conceder el remedio federal atento a la existencia de cuestión federal y auto equiparable a sentencia definitiva.

2. ¿Cuál era el problema que derivó en la convocatoria al Plenario “Tobar Coca”?

Todo se relaciona con una cuestión vinculada con el régimen de la ejecución penal. Parte de este está reglamentado en el propio Código Penal y el resto, o en su mayoría, en la denominada “Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad”, n° 24.660 y sus modificatorias.

¹¹ Conf. CSJN, *Fallos*, 318:514 y 319:1069, entre otros.

¹² Conf. CSJN, *Fallos*, 344:3156 del 28/10/2021.

Tanto algunas disposiciones de la ley específica, como las concernientes al Código Penal, fueron cambiadas por la denominada “Ley Petri”, nº 27.375. Una iniciativa parlamentaria presentada en 2016 por el entonces diputado nacional de la Unión Cívica Radical (del bloque oficialista, en el contexto de la extinta alianza “Juntos por el Cambio”) y actual ministro de Defensa, Luis Petri, que logró su sanción definitiva en julio de 2017.

La gestación y sanción de la ley 27.375 ocurrieron en un contexto de búsqueda de consensos en Política criminal frente a delitos graves, reflejando la voluntad del legislador de responder a reclamos sociales de mayor firmeza en el cumplimiento de las condenas. Así apareció a dar respuesta el Congreso, actuando siempre frente a la emergencia y el clamor social, en lugar de ponerse a debatir con seriedad y el tiempo necesario una Política criminal coherente y compatible con los mandatos del Bloque de Constitucionalidad Federal.

Pero dejando de lado esta observación, no por ello poco relevante, la idea retomó propuestas previas sobre limitar las excarcelaciones en ciertos casos.¹³ En noviembre de 2016 obtuvo media sanción en Diputados. Durante su debate, se expusieron fundamentos similares a los de la ley 25.892 (una reforma anterior del año 2004 sobre todo respecto de la reincidencia y la imposibilidad de otorgar la libertad condicional a quienes incurrir en ella y en unos pocos delitos puntuales), enfatizando “que en determinados tipos de delitos –los violentos y graves que nos laceran como sociedad– las personas cumplan la totalidad de la condena dentro de las cárceles”. Recordemos que pervive en la norma esta previsión respecto de los reincidentes, que no son merecedores de la libertad condicional y ahora, merced a la reciente modificación sobre el instituto de la reincidencia, es muchísimo más fácil recaer en ese estado.¹⁴

Petri, al defender el proyecto, subrayó que “simplemente estamos exigiendo que las condenas que impone un tribunal sean cumplidas. No pretendemos agravar las condiciones de detención; por el contrario, queremos establecimientos penitenciarios capaces de resocializar (...)”, pero “queremos que en

¹³ Conf. Exptes., 0090-CD-2016, 3805-CD-2016 y 4829-CD-2016 en Diputados y 1040-S-2016 y 90-CD-2016 en Senadores. El proyecto luego fue atribuido al Frente Renovador, ya que a la postre fue presentado por Sergio Massa, Carlos Américo Selva y Raúl Joaquín Pérez.

¹⁴ Antes, se exigía que el delincuente hubiese sido condenado a prisión de efectivo cumplimiento y que, en efecto hubiese transcurrido un período en encierro como condenado. Ahora, merced a la reforma de la ley 27.785 del 7/3/2025, el art. 50, CP, establece: “Se considerará reincidente a toda persona que haya sido condenada dos (2) o más veces a una pena privativa de libertad, siempre que la primera condena se encuentre firme”. Es decir, ya no es necesario que la anterior condena haya sido de cumplimiento efectivo, ni que la persona haya cumplido un tiempo de esta, en prisión, como condenado. Da lugar a la reincidencia un único antecedente condenatorio computable, cuya ejecución haya sido dejada a modo de cumplimiento condicional (a que no cometa un nuevo delito dentro de los cuatro años posterior a su dictado). En otras palabras, se puede ser reincidente, si se comete un nuevo delito con un antecedente de una pena en suspenso anterior. Esto si desde, desde su cumplimiento, o, aunque la ley no lo establece expresamente, desde que se agotó el término de la sanción impuesta en carácter condicional (porque, en rigor de verdad el condenado no cumplió ninguna pena de prisión, al haber sido esta dejada esta, en carácter condicional), no hubiera transcurrido un término igual a aquel por el que fuera impuesta, que nunca puede exceder diez años ni puede ser inferior a cinco años (conf. art. 50, CP).

determinados delitos graves las personas cumplan toda la condena en prisión”. Asimismo, respondió a las críticas sobre la resocialización citando el Pacto de San José de Costa Rica y las Reglas Mandela. Negó así que el fin resocializador implicara necesariamente libertades anticipadas, arguyendo que “esa atadura es antojadiza, porque la resocialización también se puede hacer dentro de los establecimientos penitenciarios”, mediante tratamientos adecuados, y destacó que las Reglas Mandela recomendaban un régimen preparatorio para la liberación antes del egreso, lo cual el proyecto contemplaba sin necesidad de otorgar la libertad condicional a mitad de la pena.¹⁵

Estos argumentos muestran cómo los impulsores del proyecto buscaron conciliar la protección a la sociedad y a las víctimas –mediante el cumplimiento íntegro de penas en casos atroces– con las obligaciones humanitarias internacionales, implementando formas alternativas de reinserción dentro de la estructura penitenciaria.

El consenso de los diferentes bloques políticos fue prácticamente absoluto, pues, luego de idas y vueltas con el Senado, el proyecto fue votado por 170 legisladores por la afirmativa, 8 por la negativa y 7 abstenciones,¹⁶ siendo que el diputado opositor Recalde aclaró expresamente que su bloque, el Frente para la Victoria en relación con este proyecto había decidido otorgar libertad de conciencia a sus integrantes a la hora de la votación.¹⁷

Guste o no, salvo una limitada representación de un sector de la sociedad, y en el medio de la denominada “grieta social”, los políticos se pusieron de acuerdo para la construcción de una Política criminal de Estado consensuada (algo impensado en los días que corren), más allá de banderas partidarias, buscando equilibrar justicia, seguridad y derechos. En efecto, la reforma se inscribe en una serie de cambios legales orientados a endurecer la respuesta penal frente a delitos violentos (como la Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Víctimas, sancionada en paralelo), mostrando la voluntad estatal de dar prioridad a la

¹⁵ Conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 21ª Reunión, 20ª Sesión Ordinaria (Especial), noviembre 23 de 2016, Período 134º, pp. 106 y ss.

¹⁶ De un total de 257 miembros del cuerpo, 186 diputados identificados ese día ocuparon sus bancas y votaron arrojando el resultado arriba indicado. Hubo 70 miembros ausentes y uno que no se identificó. Por razones de honestidad intelectual, debo reconocer que los legisladores de algunos partidos se opusieron a la sanción del proyecto, pero no por cuestiones basadas en su supuesta inconstitucionalidad, sino porque manifestaron su disconformidad con el “endurecimiento” de las leyes penales. La diputada Victoria Donda Pérez, por entonces representante del Movimiento Libres del Sur, a su vez se opuso, pero anunció que presentarían un proyecto “a fin de que la limitación a los beneficios dentro del cumplimiento de la condena y la sanción únicamente se aplique para los delitos contra la integridad sexual y los delitos considerados graves” (p. 132). Esto es, nadie planteó una supuesta contraposición de lo que se votaba con el Bloque de Constitucionalidad Federal. Votaron negativamente los siguientes diputados: Alicia Argumedo (Proyecto Sur); Araceli Ferreyra (Peronismo para la Victoria); Juan Carlos Giordano (Izquierda Socialista); Nathalia González Seligra (PTS-Frente de Izquierda); Pablo López y Soledad Sosa (Fte. de Izquierda y de los Trabajadores); Julio Raffo (Diálogo y Trabajo); Jorge Taboada (Chubut Somos Todos). Se abstuvieron: Guillermo Carmona (Frente para la Victoria); Graciela Cousinet, Victoria Donda Pérez y Federico Masso (Libres del Sur); Lucila Duré y Gabriela Troiano (Partido Socialista); Silvia Horne (Peronismo para la Victoria).

¹⁷ Conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 12ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria (Especial), Julio 5 de 2017, Período 135º, p. 128.

protección de la sociedad ante delitos atroces, con el debido resguardo de estándares legales. Todo ello brinda un contexto de legitimidad democrática a la ley 27.375 que, lejos de ser una medida aislada o intempestiva, fue el resultado de un proceso legislativo exhaustivo y concertado, que buscó sintetizar las lecciones de experiencias previas con las demandas contemporáneas de la ciudadanía en materia de seguridad y justicia.

No obstante, las modificaciones concretamente del art. 14, CP, como las referidas al art. 56 bis de la ley 24.660 forman parte de un proceso de progresivas reformas al régimen penal y de ejecución penal que acotaron el acceso a distintos institutos de libertad anticipada para personas condenadas por algunos delitos en particular.

Así, la ley 27.375 en su artículo 30 modificó el art. 56 bis de la ley 24.660, que claramente estableció que, si excepciones, “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados” por delitos puntuales. Concretamente, infracciones penales que el legislador considera delitos sumamente graves e, incluso, algunos “aberrantes” (textual del debate parlamentario) por su naturaleza. Durante el trámite en el Senado (que dio sanción definitiva en 2017), se introdujeron algunas modificaciones para afinar el catálogo: por ejemplo, se eliminó el homicidio simple de la lista, entendiendo que no todas las muertes violentas debían conllevar la exclusión de beneficios. Finalmente, la Ley 27.375 estableció que no podrán otorgarse salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional ni asistida a condenados por los siguientes delitos (art. 56 bis incorporado a la Ley 24.660):

1) Homicidios agravados previstos en el art. 80 del Código Penal (parricidio, femicidio, homicidio *criminis causa*, por precio o alevosía, entre otros). Estos son asesinatos con circunstancias especialmente reprochables que ya de por sí conllevan pena de prisión perpetua o largas penas temporalmente graves.

2) Delitos contra la integridad sexual de extrema gravedad, incluyendo violación y abusos sexuales agravados (arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis CP), la corrupción de menores (art. 125 CP), la prostitución forzada o infantil (arts. 126, 127 CP), la pornografía infantil (art. 128 CP, párrafos 1° y 2°) y la trata de personas con fines de explotación sexual (art. 130 CP). Todos estos delitos sexuales, especialmente aquellos contra niños o con resultado de grave daño, fueron incluidos por su alto impacto en la víctima y en la sociedad.

3) Privación ilegítima de la libertad coactiva seguida de muerte (secuestro simple con resultado de muerte, art. 142 bis CP, último párrafo). También el secuestro extorsivo seguido de muerte de la víctima (art. 170 CP, agravado). En otros términos, los delitos de secuestro fueron contemplados solo en sus formas más gravosas (cuando el captor causa intencionalmente la muerte del cautivo).

4) Tortura seguida de muerte (art. 144 ter CP, inc. 2) y también los tormentos agravados que encuadren en esa figura. Dado el antecedente histórico de nuestro país en materia de torturas, se consideró que estos delitos –muchas veces cometidos por agentes estatales o en contextos aberrantes– justifican la exclusión de todo beneficio anticipado.

5) Robos agravados que causan la muerte de una persona, o cometidos con armas de fuego de guerra u otros medios especialmente peligrosos (arts. 165 y 166 inc. 2°, CP). En particular, el homicidio en ocasión de robo (robo seguido de muerte, art. 165) quedó comprendido, al igual que ciertas formas de robo calificado por el uso de armas. Estos delitos combinan la violencia contra las personas con el ataque a la propiedad, alcanzando un nivel de gravedad tal que el legislador decidió su inclusión.

6) Trata de personas en todas sus modalidades (arts. 145 bis y 145 ter CP). La trata –sea con fines de explotación sexual, laboral o de esclavitud– fue incorporada al catálogo por tratarse de delitos que lesionan gravemente la dignidad humana y suelen implicar redes organizadas.

7) Delitos con participación de menores o con motivaciones particulares agravantes abarcados por el art. 41 quinquies CP. Este artículo, introducido en años previos, agrava las penas cuando mayores de edad utilizan menores para cometer delitos, entre otras circunstancias de peligrosidad. La ley prevé que en “casos en que sea aplicable el art. 41 quinquies” tampoco proceden las libertades anticipadas, reforzando la política de reproche en escenarios especialmente sensibles.

8) Delitos de terrorismo y financiamiento del terrorismo (por ejemplo, art. 306 CP sobre financiamiento). Dado que la legislación argentina desde 2011 tipifica figuras relacionadas al terrorismo, se decidió incluirlas en la restricción por el altísimo riesgo que estos actos implican para la población.

9) Delitos graves de narcotráfico, específicamente los contemplados en los arts. 5°, 6° y 7° de la Ley 23.737 (comercialización y tráfico de estupefacientes a gran escala, producción y transporte ilegales, etc.). Se buscó así abarcar a los grandes traficantes y organizadores del comercio de drogas, por considerarlos delitos que fomentan violencia y la destrucción de la salud social, comparables a los demás del catálogo.

10) Contrabando agravado de estupefacientes, armas u otros bienes peligrosos (arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero). Esta cláusula extiende la restricción a conductas de contrabando cuando involucran sustancias ilícitas o armamento, equiparándolas en la práctica al narcotráfico y al tráfico de armas por su impacto.

En suma, la lista cubre los delitos que el legislador calificó como más graves y lesivos para la sociedad. A mi modo de ver se “quedaron cortos”, pues, para determinar esas características de gravedad e impacto social se limitaron únicamente en las escalas punitivas previstas para tales infracciones penales. Pero considero que también debieron hacerlo con relación a otros tipos delictivos, que generan desigualdades sociales, pobreza y endeudamiento tales como resultan ser los de corrupción pública y privada. Estos delincuentes, por más que no afronten una pena gravísima (porque el legislador tampoco se preocupa en aumentarlas, pese a sus consecuencias), lo mismo deberían ser incluidos en el régimen diferenciado, pues si bien no cometen delitos con violencia, esta, muchas veces, termina derivando de las maniobras que llevan a

cabo y que afectan a toda la población, sobre todo la más vulnerable. Por lo demás, estas personas que perpetran delitos de “cuello blanco”, difícilmente vayan a “resocializarse”, porque, además, en su inmensa mayoría piensan que lo que hicieron no estuvo tan mal o que su accionar reviste menos gravedad que un robo o un abuso sexual; de forma que no se autoperciben como delincuentes. Salen (cuando son raramente condenados a una pena de encierro efectivo), inclusive antes de tiempo, y difícilmente vayan a conseguirse un “trabajo honesto”, al decir de uno de los mejores guitarristas que tuvo la Argentina. Incluso, dificultan el rastreo de los bienes producto del delito, que cuesta tiempo detectarlos y pueden seguir siendo determinados también luego de la culminación del proceso penal.

Lo cierto es que, la consecuencia legal es que los condenados por aquéllos ilícitos expresamente consignados por la ley no pueden acceder a salidas anticipadas bajo ningún régimen ordinario. Es importante destacar que la propia ley también dispuso que estos condenados tampoco gocen de otras modalidades atenuadas como la prisión discontinua, semidetención o la libertad asistida al cumplir las tres cuartas partes de la pena, reforzando la idea de un cumplimiento efectivo continuo de la condena impuesta.

Otro aspecto que merece especial destacado es que la ley, de manera alguna vedó la concesión de la prisión o detención domiciliaria en los supuestos que esta proceda. Criterio judicial y no derecho del condenado, que procede, siempre que no existan los riesgos procesales de fuga o entorpecimiento de otras investigaciones, a lo que cabe sumar uno de carácter sustancial, que procede cuando una persona ha sido condenada (según entiendo, sin que se verifique la necesidad de una sentencia firme porque ya hubo un pronunciamiento jurisdiccional que si bien no quebró definitivamente el estado de inocencia, agravó la presunción de culpabilidad), que es el peligro de reiterancia o de que resulte, en este sentido, un peligro potencial para la sociedad.

Así, según el art. 32 de la Ley de Ejecución Penal cuando: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Los beneficios comprendidos en el período de prueba a los que alude la manda citada se vinculan con el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprende, sucesivamente: a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; y c) La incorporación al régimen de semilibertad (art. 15 de la Ley 24660).

En el artículo 28, la referida Ley 27.375 sustituyó el art 54 de la ley 24.660 estableciendo que “La libertad asistida permitirá al condenado por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre tres (3) meses antes del agotamiento de la pena temporal. En los supuestos comprendidos en el artículo 56 bis se procederá de acuerdo con las disposiciones del 56 quater”. De esto puede deducirse que la libertad asistida puede ser concedida a los reincidentes, que no gozan del beneficio de obtener la libertad condicional, salvo que hayan cometido alguno de los delitos a los que alude el art. 56 bis de la ley de ejecución.

Precisamente, se modificó también el régimen de la libertad condicional previsto en el art. 14 del Código Penal, al preceptuar que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes y tampoco cuando la condena fuera por los mismos delitos estipulados en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Del análisis de los preceptos mencionados surge con claridad que la finalidad del legislador ha sido acotar la aplicación de los institutos de la libertad condicional, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, como así también los beneficios derivados de la incorporación del condenado al período de prueba como son las salidas transitorias o la semilibertad a las personas condenadas por alguno de los delitos enumerados en aquéllos.

Esto que parecía tan sencillo, sin embargo derivó en posiciones enfrentadas en la jurisprudencia: los que considerábamos que la ley era claramente constitucional y los que no, apoyándose fundamentalmente en criterios relacionados con la resocialización del condenado; porque, según ellos, el encierro entorpece el régimen de progresividad en el cumplimiento de la pena¹⁸ y en la aplicación de criterios de igualdad frente a personas que habían cometido otra clase de delitos y que eran beneficiados con esas liberaciones anticipadas para poder llevar adelante ese régimen. Paradójico, porque lo que terminó sucediendo es que el condenado por alguno de los delitos “prohibidos” estipulados por las normas, quedaba atado a la suerte del criterio del tribunal que le tocara en suerte que bien podía hacerle cumplir la pena de encierro en su totalidad, o bien consentía a que accediese a los beneficios con los jueces que consideraban inconstitucional la norma. Aquí la verdadera desigualdad ante la ley frente a situaciones análogas.

El tema, al menos en mi función, me trajo y le generó a otros colegas, innumerables dolores de cabeza y consecuencias indeseadas del criterio restrictivo aplicado. Porque si un tribunal disponía la inconstitucionalidad de las disposiciones legales en cuestión, debía recurrirse el caso en Casación. Pero ello, ya con el condenado gozando del beneficio. Y allí la mayoría de los jueces (como se puede ver del resultado del plenario comentado), no la consideraban

¹⁸ Según el art. 6° de la ley de ejecución penal: “El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”.

atentatoria de la Carta Magna. Por lo que revocaban la decisión y, como los recursos extraordinarios no prosperaban en la Corte (que, hasta ahora, jamás tomó las riendas para pronunciarse sobre el fondo del asunto, limitándose a desestimar los recursos o las quejas por aplicación del art. 280 del CPCyCN), había que salir a buscar al condenado en donde estuviese, para volverlo a meter en prisión. Muchas veces, obviamente, sin éxito. Ni que hablar de los que volvían a cometer delitos durante esas liberaciones.

Así transcurrieron años, en donde muchas veces procuré impulsar el dictado de un plenario, pero como las causas recaían en salas de la Casación que, cuanto menos por mayoría, decidían convalidar la ley, entonces no entendían necesario someter el caso a discusión del pleno.

El asunto es que quienes mantienen el criterio de inconstitucionalidad de las normas eran y son los jueces Ledesma, Slokar y Gemignani. Los dos primeros, mientras compartían la Sala II de la Cámara, disponían, por mayoría tal decisión extrema. Pero la Sala cambió de composición cuando Slokar asumió la presidencia del Tribunal y a partir de allí siempre quedaron en minoría.

Esto hasta la última feria judicial, que reunió a los jueces Ledesma y Gemignani en una sala temporaria, prevista para cuestiones urgentes, durante el período de receso estival. El 28 de enero dichos magistrados, por mayoría (el juez Barroetaveña se pronunció en disidencia), resolvieron en el sentido del criterio de inconstitucionalidad de las mandas sostenido por ellos y le otorgó la libertad condicional a un condenado a seis años de prisión por integrar una banda que vendía drogas en el municipio de Moreno, bajo la fachada de una remisería.

La situación trascendió, vaya a saber por qué, ya que son múltiples los casos en los que se verificó la misma circunstancia y esto generó por un lado una amplia difusión del periodismo y, por otro, un reproche del actual gobierno nacional que consideró afectada su Política criminal.

En definitiva, el Fiscal General ante la Casación Raúl Pleé (que, vale la pena resaltar, en mi carácter de superior jerárquico ante la Casación, siempre mantuvo las impugnaciones que interpuse en ese sentido) presentó un recurso solicitando la anulación del fallo y la convocatoria a un plenario de la Cámara de Casación para unificar la jurisprudencia y, a la par, solicitó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que emita un fallo definitivo sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas. El plenario se resolvió primero y es esto lo que aquí se van a analizar.

Sin embargo, es de presuponer que ríos de tinta y varios caracteres en las redes, se derramarán sobre el fondo de este tema, por lo que aquí opté, sin perjuicio de explicar algo del tema principal resuelto, concentrarme en algunos aspectos que considero relevantes de los votos de los jueces que se pronunciaron en el plenario y que guardan vinculación con aristas constitucionales; con matices que no tornaron uniformes los votos de los magistrados que se pronunciaron en favor de la constitucionalidad de las leyes y con algunos pasajes que algunos jueces dejaron traslucir, que permiten presagiar lo que se vendrá con la implementación en todo el país del CPPF.

El interrogante sobre el que debían pronunciarse los jueces de la Casación Federal fue el siguiente: “Si resultan compatibles con el régimen de progresividad de la pena, con el principio de igualdad ante la ley y el principio de razonabilidad de los actos de gobierno los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660 (así como otras disposiciones concordantes en la materia) en cuanto estipulan que no corresponde conceder los beneficios allí referidos a quienes fueran condenados en orden a los delitos previstos en los arts. 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o a la que en el futuro la reemplace”.

Cabe aclarar que si bien la convocatoria versó sobre la aplicación o no de tales mandas para los condenados por narcotráfico (ley 23.737), no cabe duda de que resulta extensiva para los otros supuestos previstos por aquellas, pues lo discutido versó sobre tal compatibilidad con el régimen de la ejecución penal, en general, más allá de que hayan ingresado al caso específico del delito de tráfico de estupefacientes, en sus distintos supuestos, lo que incluso generó pronunciamientos que consideraron que aceptaban como regla la aplicación de las mandas, pero que ello dependía del caso concreto y de la cantidad de droga incautada o sujeta a investigación, entre otros extremos.

3. Trasfondo de lo analizado en el Plenario “Tobar Coca”.

Como se adelantó, la ley 27.375 de la República Argentina, sancionada en 2017, introdujo modificaciones a la Ley de Ejecución Penal n° 24.660 con el objetivo de restringir las salidas anticipadas (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y asistida) para condenados por ciertos delitos graves.¹⁹ En esencia, la reforma establece que quienes cometan determinados delitos catalogados por el legislador en su discurso como “aberrantes”, cumplan la totalidad de su pena en prisión, exceptuando únicamente un régimen especial de pre-egreso cercano al final de la condena.

Esta Política criminal más estricta generó un intenso debate sobre su constitucionalidad. Por un lado, juristas y sectores de los Derechos Humanos han cuestionado la ley por supuesta violación de principios fundamentales del derecho penal ejecutivo (como la progresividad del régimen penitenciario y la finalidad de reinserción social de la pena) y por la posible contradicción con obligaciones internacionales de aquella materia. Por otro, muchos defendemos su constitucionalidad, invocando la presunción de validez de las leyes, la legitimidad del Congreso para fijar políticas penales, la razonabilidad de diferenciar delitos especialmente graves y el aval mayoritario de los tribunales argentinos a estas restricciones. En los apartados siguientes se analizarán en detalle ambos conjuntos de argumentos –tanto los planteos de inconstitucionalidad como las defensas de la norma–, seguidos del contexto legislativo en que se sancionó la ley y, finalmente, mi criterio al respecto, que resultó concordante con lo resuelto en el plenario comentado.

¹⁹ La previsión del concepto de delitos graves está establecida por la propia Constitución Nacional cuando determina la obligatoriedad de la implementación del juicio por jurados para juzgar los “crímenes”, lo que para ese momento histórico eran considerados como los delitos de mayor lesividad (art. 118, CN).

3.1. Argumentos de inconstitucionalidad de la Ley 27.375

Quienes sostienen que las restricciones a las salidas anticipadas establecidas por la ley 27.375 son inconstitucionales fundamentan su postura, principalmente, en consideraciones relativas al régimen progresivo de ejecución de la pena, al principio de resocialización del penado y el posible conflicto con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto aparece reflejado también en los votos de los camaristas de la Casación que se pronunciaron en el entendimiento de que la norma resultaba inconstitucional.

En cuanto a la afectación del principio de progresividad penitenciaria señalan que la 24.660 consagra un régimen progresivo, orientado a limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y propiciar gradualmente su tránsito a instituciones abiertas o semilibertad, conforme su evolución y conducta.

Este sistema escalonado incluye beneficios tales como, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y asistida, concebidos como etapas para la reintegración paulatina. Los detractores de la Ley 27.375 afirman que prohibir tales beneficios a ciertos condenados quiebra la progresividad de la ejecución penal, imponiendo un régimen rígido que impide cualquier egreso anticipado supervisado. Según esta visión, la reforma constituye un retroceso (“regresión”) en materia de derechos del condenado, al desechar un elemento esencial del tratamiento penitenciario progresivo previsto por la legislación vigente y la práctica internacional.

Por otro lado, argumentan una falta de compromiso de la finalidad resocializadora de la pena. Fundamentalmente los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sobre Derechos Humanos equiparados jerárquicamente a la Constitución (aunque se llega a señalar que incluso esta, cuando no es así) reconocen que la reinserción social del penado es un objetivo central de las penas privativas de la libertad. En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6) disponen que el sistema penitenciario debe tener por finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

Desde esta perspectiva, negar la posibilidad de libertad condicional o salidas anticipadas a una persona –sin importar cuán ejemplar sea su comportamiento intramuros– entorpece su reinserción, al privarla de etapas graduales de preparación para el retorno a la sociedad. Se alega que la resocialización efectiva requiere oportunidades de prueba y rehabilitación *extramuros* antes del cumplimiento íntegro de la pena y que la ley 27.375, al eliminar esas etapas, compromete dicho fin resocializador en detrimento, tanto del individuo, como de la seguridad social a largo plazo.

Además, se denuncia una contradicción con normas internacionales de Derechos Humanos, pues se sostiene que la ley 27.375 vulnera obligaciones asumidas por la Nación Argentina en instrumentos internacionales de aquel carácter, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Argumentan que

excluir a ciertos condenados de todo beneficio anticipado choca con estándares internacionales como las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas Mandela)*, que promueven que antes de finalizar la pena se adopten medios para asegurar un retorno progresivo a la vida libre.

De igual modo, mencionan la observación general de la Corte Interamericana y del propio orden jurídico argentino (yo diría, de su mayoría, pero no de su totalidad) respecto a que las penas privativas de libertad no deben consistir en un mero encierro retributivo sino en un tratamiento orientado a la rehabilitación (v.gr., fallo “Verbitsky” de la CSJN).²⁰

Desde esta óptica, la reforma sería un “retroceso en materia de Derechos Humanos”, al contravenir los estándares de resocialización y trato humano de reclusos reconocidos por la CIDH y la Corte Suprema argentina. En suma, no prevé el equilibrio necesario entre seguridad y dignidad del condenado, ni las vías para su readaptación, lo que podría traducirse en un incumplimiento de los deberes convencionales del Estado en materia penitenciaria.

Cabe señalar que los fallos de tribunales inferiores que declararon la inconstitucionalidad de la ley 27.375 muchas veces se hicieron eco de estos razonamientos.

En esas decisiones se afirmó la existencia de un “derecho del condenado” a que el Estado prevea mecanismos legales de liberación anticipada como parte del cumplimiento de la pena, deduciendo tal derecho de los principios de progresividad y resocialización antes mencionados.

También se invocó el principio de humanidad de las penas y la necesidad de individualizar el tratamiento penitenciario, principios que –según esta postura– se verían afectados por la imposición legal de un cumplimiento íntegro sin posibilidad alguna de egreso anticipado. En definitiva, la tesis de la inconstitucionalidad ve en la ley 27.375 una medida desproporcionada y contraria al espíritu de la Constitución y los tratados, por sacrificar en demasía los objetivos resocializadores en pos de una finalidad puramente retributiva o de seguridad.

3.2. Argumentos de constitucionalidad de la Ley 27.375

Frente a las impugnaciones anteriores, numerosos juristas, fiscales y jueces (así como los propios legisladores que impulsaron la norma) defienden la constitucionalidad de la ley 27.375. También estos conceptos aparecen recogidos por los jueces de la Casación que se pronunciaron a favor de la constitucionalidad de la norma. Sus fundamentos destacan la legitimidad democrática de la decisión legislativa y la razonabilidad intrínseca de la distinción normativa, afirmando que no existe violación manifiesta de garantías constitucionales ni convencionales. Entre los principales argumentos a favor de la validez de la ley, cabe mencionar:

²⁰ CSJN, *Fallos*, 328:1146 y su sucedáneo, 344:1102.

a) Presunción de legitimidad de las leyes y deferencia judicial: Se parte del principio general de que toda ley sancionada regularmente goza de presunción de constitucionalidad, y que declarar la invalidez de una norma debe ser el *último recurso* ante una contradicción indudable con la Carta Magna.

La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de “suma gravedad institucional” que debe ser considerado como *ultima ratio*,²¹ por cuanto desequilibra la relación entre poderes, de manera que, los jueces, deben ejercer tal facultad con mesura, sólo cuando la incompatibilidad con la Constitución sea clara y manifiesta. En este caso, los defensores de la ley sostienen que no concurre tal contradicción palmaria con ningún precepto constitucional o tratado: la ley 27.375 persigue fines legítimos de Política criminal y se mantiene dentro del marco de discrecionalidad legislativa. Por lo tanto, aplicar la presunción de validez resulta obligado, máxime cuando invalidarla implicaría interferir en decisiones propias del Poder Legislativo.

b) Facultad del Congreso para fijar la Política criminal: Se enfatiza que la determinación de las penas y sus modalidades de cumplimiento es una atribución propia del Poder Legislativo, derivada de su competencia en materia penal (art. 75 inc. 12, CN). Son los legisladores parlamentarios (diputados y senadores) quienes están habilitados para valorar la gravedad de ciertas conductas y decidir el tratamiento punitivo que consideren adecuado para proteger bienes jurídicos y el orden social. En palabras de la Corte, “el Poder Legislativo es el único órgano que tiene la potestad de valorar conductas (...) y decidir sobre la pena que estima adecuada a la actividad que se considera socialmente dañosa”²², y además que “es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones”.²³

Bajo esta premisa, la ley 27.375 constituye una decisión legislativa válida sobre Política criminal, consistente en negar ciertos beneficios (no derechos) penitenciarios a quienes cometieron delitos sumamente graves. Dicha decisión se apoya en razones de Política criminal del Estado, vinculadas a la peligrosidad de esos delitos y al interés público en un cumplimiento efectivo de penas en esos casos. Los partidarios de la ley sostienen que, así como el Congreso puede agravar o atenuar penas dentro de lo constitucional, también puede legítimamente modular los regímenes de ejecución en función de la naturaleza del delito, sin que ello implique per se una violación de derechos, sino el ejercicio de su rol en la definición de la Política criminal nacional.

c) Razonabilidad y no arbitrariedad de la distinción legal: Un punto medular en defensa de la norma es que la diferenciación entre tipos de delitos que realiza la ley 27.375 se basa en un criterio razonable y no en una discriminación arbitraria. Esta establece un *catálogo de delitos* excepcionales –seleccionados por su

²¹ CSJN, *Fallos*, 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349, entre otros.

²² CSJN, *Fallos*, 209:342.

²³ CSJN, *Fallos*, 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424, entre otros.

gravedad extrema o naturaleza aberrante– cuyas consecuencias jurídico–penales se tornan más rígidas (sin acceso a libertad anticipada).

Esta selección objetiva responde a la mayor lesividad social de tales crímenes (homicidios agravados, violaciones, secuestros extorsivos con muerte, torturas seguidas de muerte, terrorismo, narcotráfico, etc.). Y, en comparación con otros delitos comunes, no impone una igualdad absoluta o “rígida”, sino que autoriza al legislador a establecer distinciones y categorías cuando exista un fundamento razonable para hacerlo.

Aquí el fundamento es claro ya que la gravedad “en abstracto” del delito –es decir, su categoría de máxima severidad en el ordenamiento– justifica un régimen de ejecución más estricto. Lo que luego, además, se termina por traducir en el caso concreto, pues el imputado es condenado específicamente por alguno de los delitos estipulados en la manda.

La jurisprudencia de la Casación que ya sostuvo con anterioridad al dictado del plenario la constitucionalidad de la ley, apoyándose en precedentes de la propia CSJN, al advertir que normas como el art. 14 CP modificado y el 56 bis de la ley 24.660 “responden a un criterio razonable de distinción (...) propio de las facultades [legislativas] dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal”,²⁴ y por ello “no resultan prima facie inconstitucionales”.²⁵ En síntesis, se arguye que la ley no vulnera el principio de igualdad ni otro derecho, dado que trata de modo diferente a quienes se encuentran en situación diferente (perpetradores de delitos gravísimos vs. resto de los penados), siguiendo una lógica de Política criminal legítima y proporcional a la gravedad del caso.

d) Conservación de la finalidad de reinserción social bajo un régimen alternativo: Contrariamente a lo que afirman los detractores, los defensores subrayan que la ley 27.375 no descarta la reinserción social, sino que la canaliza por vías distintas a la libertad condicional tradicional. Es decir, no se niega el objetivo resocializador, sino que se adapta su implementación para ciertos condenados.

De hecho, la misma ley incorporó el artículo 56 *quater* a la Ley 24.660, creando el “régimen preparatorio para la liberación” específico para quienes cumplen condena por los delitos enumerados en el 56 *bis*.

A través de este régimen especial se asegura que, “*un año antes del cumplimiento de la condena*”, el interno pueda acceder a una modalidad progresiva de pre–libertad –sujeta a estrictos informes y supervisión– que incluye una preparación intramuros, salidas con acompañamiento durante los meses previos al egreso y otras medidas tendientes a facilitar su reinserción final en la sociedad. En otras palabras, las etapas de resocialización y de avance en el período probatorio se concretan intramuros y, de este modo, se mantiene el carácter progresivo del sistema, pero concentrado el tiempo en que el condenado puede comenzar a salir de la cárcel en la etapa final de la pena y bajo controles más rigurosos.

²⁴ CSJN, Fallos, 311:1451.

²⁵ CSJN, Fallos, 182:355; 184:398; 236:168; 264:185; entre muchos otros.

Esta modalidad cumple con las Reglas Mandela citadas en el debate legislativo, las cuales recomiendan adoptar medios para un retorno progresivo antes de la liberación definitiva. Los legisladores entendieron al respecto –y así lo manifestaron– que resocializar no es sinónimo de excarcelar tempranamente, pues la resocialización también se puede hacer dentro de los establecimientos penitenciarios mediante programas educativos, laborales y de tratamientos psicológicos y psiquiátricos durante la detención, complementados por un régimen preparatorio cercano al egreso.²⁶ Por tanto, la finalidad de rehabilitación permanece vigente: el condenado por delitos graves debe cumplir su pena completa, pero durante el tramo final accede a un proceso intensivo de preparación para su vida en libertad, lo cual refuta la idea de un encierro puramente estanco sin miras a la reinserción.

e) Aval de la jurisprudencia y postura de la mayoría de los órganos judiciales: Un elemento contundente en favor de la constitucionalidad es que la gran mayoría de los tribunales competentes han convalidado la ley 27.375. Tras la reforma, muchos condenados interpusieron recursos alegando inconstitucionalidad; sin embargo, todas las Salas de la Cámara Federal de Casación Penal (a excepción de cuando hubo mayorías entre los disidentes) han confirmado la validez de las disposiciones que impiden las libertades anticipadas, pronunciándose en favor de su constitucionalidad y convencionalidad.

²⁶ Esta es la respuesta que puede darse al interrogante de cómo se socializa intramuros. Ciertamente, el legislador no ha considerado prudente que, durante el cumplimiento de la pena, al menos hasta un año antes de su agotamiento, el condenado salga a interactuar con la sociedad, movilizándose en medios de transporte, acudiendo a asientos laborales en los que interactúe con otras personas “inocentes” y llevando un medido de vida medianamente normal, incluso a nivel intrafamiliar. Está claro que no es exactamente lo mismo, a los fines de la “reinserción social”, desarrollar estas actividades fuera de la cárcel que dentro de ellas. Pero lo cierto es que deben ponderarse los bienes en juego, esto es, la posibilidad del condenado de empezar a reinsertarse antes del agotamiento de la pena, con los intereses generales de la sociedad y su seguridad. Porque aquí estamos hablando de un sujeto que cometió un delito grave, condenado por sentencia firme. Y no aplicando, las máximas del Positivismo Criminológico del Derecho Penal de autor, o de encierro sin delito, por meras cuestiones de seguridad. A lo que no debe restarse el ingrediente retributivo de la pena, que lo tiene, por más que hace más de cincuenta años buena parte de la doctrina nos haya creído hacer creer lo contrario. La resocialización intramuros puede lograrse (ciertamente no en todos los casos, porque hay que aceptar que hay gente que no quiere cambiar de rumbo) con condiciones dignas de alojamiento, tratamientos contra las violencias y las adicciones, promoviendo el estudio en todos sus niveles, enseñando oficios y permitiendo trabajar en cosas que puedan hacer desde adentro, percibiendo un salario proporcional al que el interno recibiría llevando esa tarea afuera. Incluso tenemos internos que han formado grupos solidarios para elaborar productos para quienes sufrieron tragedias climáticas. Y, con deporte, como los “Espartanos” del rugby. Luego, tanto en el período anual previo al agotamiento de la pena, como finalizada esta, no resulta adecuado dejar librado a su suerte a esa persona. Deben preverse mecanismos efectivos para que aquel pueda acceder a un empleo concreto (nadie o pocos toman a una persona que registra antecedentes condenatorios, máxime si son de gravedad) y la posibilidad de respaldar su acceso a una vivienda. Aquí sí veo una obligación estatal, tanto en miras del exconvicto, como de la propia sociedad que no puede quedar sometida a la posibilidad de que ese sujeto reincida por no poder acceder a ningún tipo de recurso, luego de que salió de un encierro prolongado. Y lo que propongo, no es propio de los gobiernos “populistas” o “soviéticos”. Lo hace Estados Unidos de América.

Ciertamente hubo votos en disidencia de los tres de jueces que ahora, en el plenario, se pronunciaron en contra la ley. La jueza Ángela Ledesma y el Dr. Slokar, fundamentalmente, aunque este último no ingresó, como tampoco lo hizo en el plenario, al desarrollo puntual del tema en crisis. Los votos del juez Gemignani, en comparación al resto de los integrantes de la Casación, no son tantos, teniendo en cuenta la licencia que se tomó por largo tiempo y la jueza Ana María Figueroa, también opinaba como estos tres magistrados, pero se jubiló.

De forma que la posición dominante en Casación ha sido declarar constitucional la ley.

Del mismo modo, tres de las cuatro fiscalías generales ante Casación comparten el criterio de respaldar la norma (siendo el fiscal De Luca la única excepción). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de revisar la cuestión a través de recursos extraordinarios presentados por las defensas, y en al menos tres casos decidió rechazar *in limine* dichas impugnaciones (art. 280 CPCyC).²⁷

Si bien el rechazo por tecnicidad no sienta jurisprudencia explícita, los observadores señalan que, tratándose de una “*cuestión constitucional directa y compleja*” (conflicto entre ley y tratados), la Corte hubiera admitido el caso si advirtiera una violación manifiesta. Al desechar los recursos, el Alto Tribunal marcó implícitamente que no considera que la ley adolezca de inconstitucionalidad. Este fuerte aval judicial –que incluye tanto decisiones de la Casación como la actitud de la Corte– refuerza la idea de que la ley 27.375 se mantiene dentro de los márgenes constitucionales. De hecho, a la luz de la doctrina de la “*armonía entre poderes*”; del “*leal acatamiento*” a la jurisprudencia de la Corte y de lo que ahora se sostuvo en el Plenario “Tobar Coca”, cabría esperar que los jueces de todos los tribunales federales argentinos que aún duden de la ley revisen su criterio en consonancia con la pauta marcada por los tribunales superiores. En suma, desde la óptica constitucionalista, el amplio consenso judicial en favor de la norma evidencia su compatibilidad con el Bloque de Constitucionalidad Federal, disipando las objeciones de inconvencionalidad o violación de derechos fundamentales.

4. Los votos de los jueces de la Casación en “Tobar Coca”.

Emitieron opinión diez jueces, por cuanto la CFCP cuenta con varias vacantes. De los diez, siete se pronunciaron sobre la “compatibilidad” de las disposiciones de la ley 27.375 con el régimen de progresividad de la pena, con el principio de igualdad ante la ley y el principio de razonabilidad de los actos de gobierno. Los jueces Petrone, Barroetaveña, Yacobucci, Mahiques, Borisnky, Carabajo y Hornos. Aunque veremos que dos de esos siete (Petrone y Hornos) lo hicieron de forma condicionada, por lo que este resultado, podría restringirse a cinco

²⁷ CSJN, en causas, FPA 1460/2017/TO1/22/1/1/1/RH2 “Buchanan, Ariel Oscar s/ incidente de recurso extraordinario” del 4/11/2021; CFP 5032/2016/2/1/1/RH3 “Ramírez Lebrón, Rafael Orlando s/ incidente de excarcelación” del 9/11/2021 y causa FCR 1863/2018/TO1/24/3/1/1/1/RH1 “Gálvez, Yovanni s/ incidente de recurso extraordinario”, del 15/3/22.

absolutamente a favor y dos también, “pero depende”. Por su parte, se pronunciaron en contra tres. Ledesma, Slokar y Gemignani, uno de los cuales no ingresó sobre el fondo de lo discutido (el Juez Slokar).

Así, por mayoría, sentaron la siguiente doctrina plenaria que, en más, debería ser acatada por ellos y por los tribunales inferiores (aunque veremos que esto no es tan así): “Declarar como Doctrina Plenaria que resultan compatibles con el régimen de progresividad de la pena, con el principio de igualdad ante la ley y el principio de razonabilidad de los actos de gobierno los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660 (así como otras disposiciones concordantes en la materia) en cuanto estipulan que no corresponde conceder los beneficios allí referidos a quienes fueran condenados en orden a los delitos previstos en los arts. 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o a la que en el futuro la reemplace”.

Como puede apreciarse, cómo el plenario fue convocado en el marco de un caso de drogas, la Cámara se limitó, por mayoría, a habilitarlo, restringiendo la interpretación únicamente al narcotráfico. Pero insisto, no cabe duda, de lo que se desprende de los votos de los jueces, que lo mismo resulta aplicable esa doctrina para el resto de los delitos que las leyes prohíben acordarles beneficios de salidas anticipadas al cumplimiento total de la condena.

Todos los jueces no hicieron más que reiterar el criterio que tenían sobre el punto. En este aspecto no hubo nada nuevo bajo el sol. Lo que sí nos deja el plenario, es la forma en que cada uno de ellos actuará en lo sucesivo que, lejos de inferirse que lo aplicarán literalmente a rajatabla no es lo que va a suceder, acorde a lo que manifestaron en sus votos.

Pasemos entonces al examen de lo que, sobre esto último, planteó cada juez.

4.1. Jueces que acatarán el plenario.

De los votos de los magistrados que se pronunciaron de manera categórica favorablemente sobre el asunto por el que fueron convocados, aparecen los magistrados Barroetaveña,²⁸ Yacobucci, Borinsky, Carbajo (estos dos emitieron un voto conjunto) y Mahiques.

²⁸ Barroetaveña efectuó una síntesis del criterio que considera que los plenarios son obligatorios y constitucionales, cuyos párrafos principales aquí se transcriben. Afirmó que “(...) más allá de haber sido superada la discusión sobre la incumbencia de esta Cámara para arribar a este acuerdo plenario habida cuenta de la decisión que, en definitiva, por mayoría, se adoptó por el tribunal de admisibilidad primero y luego por el pleno de esta cámara, nos parece oportuno recordar brevemente que, por sobre las ya conocidas críticas en torno a la obligatoriedad de los acuerdos plenarios, su alcance y contenido, la Corte Suprema de Justicia al referirse a la creación de la casación argentina, su evolución y sus funciones en la actualidad ha profundizado sobre la cuestión explicando que ‘(L)o expuesto explica que, en la actualidad, el máximo tribunal penal del orden federal del sistema de organización judicial [detente], por un lado, una competencia amplia del recurso de casación que hace posible –sin alterar ni exceder la resistencia semántica de las normas que rigen su competencia- la intervención de ese tribunal intermedio con un alcance que garantice el ‘derecho al recurso’ (considerando 21 de ‘Casal’). Y, de otra parte y al propio tiempo, que el legislador le haya asignado la unificación interpretativa en el ámbito de la justicia federal, en tanto competencia que, aun cuando tenga la finalidad de dotar a la jurisprudencia de uniformidad, lejos está de identificarse con el objetivo político propio del recurso de casación en su concepción originaria [...] Lo expuesto devenía por demás exigible, a la luz

Este último magistrado agregó una observación que me resultó interesante. Dijo que “Nuestra constitución tampoco impone en su letra la obligación de un sistema progresivo, sino que es justamente la ley 24.660 la que determina ese horizonte. Entonces, puede afirmarse que es una ley común, emanada del Congreso de la Nación la que fijó el sistema que debe regir para cumplir con el principio de reinserción social de la pena de carácter constitucional, y que es el mismo cuerpo legislativo el que puede modificar las características de aquel siempre que no se aparte de dicho fin”.

No sólo coincido con esta afirmación, sino que agrego que, de la letra de la Constitución, no se desprende una sola disposición que establezca que la pena tiene un fin y mucho menos que ese fin debe ser la resocialización del delincuente.

Esto la doctrina que afirma que esa es la meta de la sanción penal lo deduce del artículo 18 CN *in fine*, en cuanto establece que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Habría que recordarles que quienes vinieron a proponer categóricamente a la idea de la resocialización del delincuente como finalidad principal de la pena, mal que les pese, fueron los positivistas de fines del siglo XIX y principios del Siglo XX. Y la Constitución data de 1853/60, con lo que, si bien los constituyentes pudieron conocer los principios de la Ilustración (siglo XVIII), encabezados por Beccaria y Bentham, que propusieron un modelo penal más racional y humano, jamás hablaron de “resocialización”. Sí defendían penas útiles, proporcionales y con finalidad preventiva, sentando las bases del pensamiento moderno, pero a ese concepto ni lo mencionaron. También la Escuela Clásica (siglo XIX), aunque centrada en la responsabilidad moral del autor y en la pena como retribución y prevención, ya empezaron discutir el papel del sistema penal en la prevención especial, es decir, en evitar que el condenado vuelva a delinquir. Pero de “resocialización”, nada.

Los que traen esa noción son los instrumentos internacionales de Derechos Humanos jerarquizados a nivel constitucional, que se refieren a la resocialización pero no a la progresividad del cumplimiento de la pena –en libertad–. Que deben ser obedecidos y cumplidos es una propuesta que nadie cuestiona toda vez que, por el contrario, es loable. Pero basta de hacerle “decir” a la Constitución, cosas que ella no “dice” ni establece. Todo esto para concluir que el régimen de progresividad, contemplando, además, situaciones de libertad,

del principio del máximo rendimiento de la competencia que [detenta] la Cámara Federal de Casación Penal en tanto tribunal intermedio que la obliga a garantizar que una eventual habilitación de la competencia federal de esta Corte Suprema solo tenga lugar, previo agotamiento de la propia en los términos expuestos, toda vez que fue creado para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante aquella pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a esta sede, sea porque el objeto a revisar ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 328:1108 ‘Di Nunzio’ considerandos 8° y 10 con cita de Fallos: 318:514 ‘Girolidi’) (Fallos: 344:3156)’.

de ningún modo puede ser considerado como una potestad constitucional del condenado.

4.2. Jueces que sí, pero no.

En esta categoría pueden ubicarse los votos de los magistrados Petrone y Hornos. Ambos dijeron que las disposiciones de la ley son compatibles con el régimen de progresividad del cumplimiento de la pena. Pero terminaron dejando una ventana abierta, para los casos menos lesivos, en los cuales, las libertades anticipadas resultarían viables.

No se comprende muy bien cómo resultaría la aplicación de este criterio en términos técnicos. Pues la norma es constitucional para todos los casos o directamente no lo es. Analizarla parcialmente y decretar su invalidez en supuestos específicos apareja, en mi criterio, restarle eficacia. Porque estaríamos hablando de una ley que *a priori* es constitucional, pero que, en casos específicos, gozaría de una presunción de ilegitimidad y de invalidez.

La aplicación selectiva de una norma —que en ciertos casos se observa como obligatoria y en otros se deja de lado sin fundamento claro— no solo resiente el principio de igualdad ante la ley, sino que compromete gravemente la seguridad jurídica, socavando la validez y estabilidad del orden normativo. Tal práctica erosiona la previsibilidad del derecho y debilita la confianza en el sistema de justicia, al permitir que una ley formalmente vigente pierda eficacia real por la vía de su aplicación fragmentaria o arbitraria.

Pero lo cierto es que ambos jueces justificaron este criterio, según ellos, para casos sumamente excepcionales y vinculados a supuestos de narcotráfico menor. Ello, téngase en cuenta en una suerte de nueva “revisión” del caso que ya tiene sentencia firme y, por ende, durante el juicio se ponderó en los términos de los arts. 40 y 41 la pena que correspondía aplicar. Es esperable que no vayan a emplear entonces este concepto con relación a los otros delitos prohibidos, porque, por ejemplo, bien podría ser considerada esta tesis para quien fue responsabilizado por haber sido partícipe secundario de uno de esos ilícitos graves.

Dijo el Juez Daniel Antonio Petrone: “Deben evaluarse pautas propias de la comisión del hecho como la modalidad de ejecución y las condiciones en las que se realizó, la cantidad de estupefaciente secuestrado y cualquier otro aspecto de relevancia vinculado a la conducta reprochada que haya sido valorado por el Tribunal al momento del dictado de la sentencia y que permita evaluar si se afectó de manera sensible y especialmente grave el bien jurídico tutelado, según la finalidad buscada por el legislador al introducir el catálogo de delitos previsto en el inc. 10 del art. 56 bis de la ley 24.660 e inc. 10 del art. 14 del CP, criterio que guarda correspondencia con el respeto al principio de culpabilidad por el acto.

Desde esa perspectiva, la adecuación de cada caso a los fines perseguidos por el legislador debe ser analizado, reitero, según los singulares supuestos de hecho que se presenten, tomando como norte la doctrina del Tribunal cimero a

partir de la cual se ha indicado que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas –esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental– gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia.

Con estos alcances sobre el juicio de compatibilidad, especialmente a la luz del test basado en el principio de razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 1 y 28 de la CN, y en sintonía con el art. 30 de la CADH), dejo a salvo el criterio expuesto en orden a que sólo ante casos extremos (los cuales no pueden ser abarcados ni previstos por la vía de interpretación general obligatoria de una decisión de esta naturaleza –cfr. doctrina de la CSJN, Fallos: 302:980–, y sin que esta convocatoria tenga esa pretensión), bajo las condiciones señaladas, podrán efectuarse reparos de naturaleza constitucional y convencional”.

Por su parte, el magistrado Hornos destacó que: “(...) para abordar el análisis y valoración de los casos traídos a estudio a esta Cámara, se deberá prestar particular atención a las circunstancias de cada caso –modo de comisión, cantidad de estupefaciente, así como cualquier otro aspecto vinculado a la conducta reprochada– y la concreta afectación al bien jurídico.

En esos términos, resulta de aplicación la solución prevista por el art. 11, segundo párrafo, de la Ley 24050 que establece que ‘[la] Cámara [Federal de Casación Penal] establecerá la doctrina aplicable y si la del fallo impugnado no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y dictará sentencia acorde con la doctrina establecida’.

En efecto, el objeto del presente fallo plenario no puede consistir en el dictado de una doctrina ‘en abstracto’. Es que la exigencia de que el Poder Judicial actúe sólo en el marco de un ‘caso’ o ‘controversia’ se erige en un imperativo que se desprende, necesariamente, del diseño institucional delimitado por la Constitución Nacional y, sobre todo, del sistema de división de poderes entre los departamentos del Estado, principio basal de la Constitución Argentina (cfr. su aplicación en Fallos: 343:195).

El control encomendado a la justicia sobre la actividad legislativa requiere inexorablemente el requisito de la existencia de un ‘caso’, que en el marco de esta convocatoria existe y, tal como señala la ley, debe ser resuelto de acuerdo a la doctrina aquí establecida”.

4.3. Jueces que no.

4.3.1. “Se acata, pero no se cumple”: voto de la jueza Ángela E. Ledesma.

Con esta frase asignada localmente al peronismo frente a las disposiciones ilegítimas dictadas por la Revolución Libertadora podemos ejemplificar el voto de la magistrada Ledesma.

Reconociendo que su opinión no haría variar la mayoría alcanzada, la cual considera que las disposiciones de la ley son inconstitucionales, no cuestionó la legitimidad constitucional de los plenarios, aunque en el caso concreto sí, porque atañía a una cuestión de constitucionalidad y de convencionalidad, por lo que, lo mismo, cualquiera fuese su resultado, adelantó que no la obligaba a seguir la doctrina triunfante del plenario, en el marco del control de constitucional difuso que impera en el sistema argentino.

Estas fueron, en prieta síntesis, sus palabras: “a. (...) Previo a todo he de señalar, tal como lo hice oportunamente, que la convocatoria y la reunión de este pleno se basan en un mecanismo no previsto en la ley y son contrarios a nuestro modelo constitucional pues se intenta reunir en una doctrina única una decisión que recae sobre el análisis de la constitucionalidad y convencionalidad de una norma, lo cual se encuentra por fuera de las potestades plenarias, aspecto que resaltó especialmente la Procuración Penitenciaria como *amicus curiae* durante la audiencia.

La vía resulta contraria a nuestro ordenamiento por encontrarse involucrado un planteo eminentemente constitucional. En nuestro país rige el control difuso de constitucionalidad y ello impide que el cuerpo se arroge facultades de unificar la jurisprudencia limitando tal control, máxime cuando dicho análisis siempre se realiza en el caso concreto y, por ende, no puede quedar subordinado a una doctrina plenaria general y abstracta.

Por otra parte, el recurso de inaplicabilidad de ley, el recurso de casación y las auto convocatorias (tal como se los concibe y aplica entre nosotros en concordancia con el modelo mixto), resultan modalidades ajenas a nuestro sistema constitucional de precedentes heredero de la tradición norteamericana que consagra la Constitución Nacional y a los postulados del nuevo ordenamiento procesal acusatorio adversarial inspirado en el *common law*.

Si tenemos en cuenta los fundamentos que otorgan sustento al recurso de inaplicabilidad de ley en términos de unificación de la jurisprudencia con motivo de la división en salas de las Cámaras nacionales y federales, no cabe sino concluir que el nuevo modelo de colegio de jueces y las integraciones unipersonales, dejan sin basamento alguno a este instituto.

Los modelos acusatorios adversariales a cuya implementación nos encaminamos se basan en un sistema de precedentes que resulta incompatible con las modalidades de trabajo de este tipo de recursos, tan propios del sistema continental.

Y es en este sentido en que deben interpretarse los fallos de la Corte Suprema que aluden al sistema constitucional de precedentes (cfr. CSJN, ‘Espíndola’, Fallos 342:584, ‘Farina’, Fallos 342:2344, y ‘Vidal’, Fallos 344:3156, entre muchos otros”).

b. Como segunda cuestión preliminar, he de realizar algunas aclaraciones con relación a la pregunta formulada, pues presenta importantes déficits, tal como lo adelanté en el resolutorio del 11 de marzo de este año.

En primer lugar, a través de eufemismos se intentó disimular el carácter eminentemente constitucional del planteo, probablemente con miras a sortear los impedimentos a los que me referí en el punto “a”. La interrogación se formula en términos de “compatibilidad” entre normas y principios, aunque se omite encuadrar la cuestión por lo que realmente es: un tema de invalidez constitucional de las normas (...).

c. Al respecto, adelanto que hago expresa reserva de no aplicar la doctrina que fije el pleno y de mantener la posición que he venido sosteniendo en numerosos precedentes, cuando el caso así lo requiera (...). Por todo ello, he de dejar asentado que 1. Este plenario, por su contenido, resulta ajeno al modelo de control difuso de constitucionalidad que rige en nuestro país; 2. La pregunta presenta déficits e imprecisiones que relativizan la cuestión constitucional implicada; 3. Mi posición al intervenir en este caso concreto (situación del imputado Néstor Tobar Coca –cfr.reg. 88/25) y en otros análogos es que los artículos 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 y 14 inciso 10 del Código Penal –incorporados respectivamente por los artículos 30 y 38 de la ley 27.375–, son contrarios a los arts. 16, 18, 75 inc. 22, CN, 5.6, CADH 10.3, PIDCyP; por lo cual, hago expresa reserva de sostener este mismo criterio en casos similares y de no aplicar la fórmula general y abstracta que surja de este pleno”.

Aquí me interesa destacar la reflexión de la jueza Ledesma a la que, tal vez, no se le preste atención en los análisis que vayan a hacerse sobre este plenario, porque no hacen al fondo importante de lo resuelto. Quiero destacar lo que dicha magistrada sostuvo que ocurrirá frente a la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Es sabido que este código, más allá de sus amplias virtudes, terminó siendo un engendro que emparentó el sistema de enjuiciamiento americano con la tradición jurídica argentina continental europea. La pregunta que subsiste es si realmente, con su aplicación, pasaremos directamente a basarnos en el *common law*, decisión que, *per se*, no resulta cuestionable, pero que se da de bruces con todo lo que hemos venido aprendiendo, sosteniendo y aplicando en la práctica sobre sus diferencias.

Y este es el cariz que se observa en las capacitaciones que se brindan sobre la aplicación del nuevo modelo. Nada es formal, nada se ordena por auto fundado que pueda ser sometido a control de la defensa o se documenta guardando mínimos recaudos; todo queda en la palabra y esto podrá estar bien (o mal) pero, de lo que no cabe duda es de la cantidad de nulidades que habrán de plantearse y admitirse en el marco, sobre todo, de las investigaciones preliminares. Sin un consenso de los jueces, sin una unificación de criterios para sostener las raíces de lo que se dice que el nuevo régimen pretende incursionar, sin duda todo resultará en un festival de opiniones disímiles que derivarán en consecuencias nefastas para la realización de la justicia.

4.3.2. Voto del juez Alejandro W. Slokar.

El magistrado Slokar, en su pronunciamiento, volvió a realizar un razonamiento que no termina de ingresar sobre el fondo del asunto, aunque todo daría a pensar que no se encontraría de acuerdo con los postulados de la ley. Aquí hizo lo propio que en los anteriores casos puntuales en los que le tocó intervenir frente a la concesión de libertades anticipadas en supuestos de delitos prohibidos y se quedó en lo formal de la viabilidad del plenario, no por ello debiendo restarle mérito a sus expresiones que contienen definiciones sumamente interesantes.

Dijo que “Encontrándose sellada la suerte del recurso, sólo me cabe recordar – y reafirmar, en brevísimas consideraciones– la opinión oportunamente vertida en el sufragio de la resolución que habilitó –por mayoría– su tratamiento.

Resulta innegable que la función nomofiláctica de uniformidad jurisprudencial tiene por soportes los artículos 1º y 16 constitucionales por mandato de los principios republicano y de igualdad. El primero, en tanto exige la racionalidad de las decisiones, mientras el restante por cuanto obliga a tratar casos iguales de manera semejante. Ciertamente, el derecho de la organización judicial, en rango infraconstitucional, autoriza a este cuerpo a dictar jurisprudencia unificada a través de un fallo plenario, en donde la vocación obligatoria no deriva de su calidad o peso, sino antes de una razón externa: la ley (Ley nº 24.050, arts. 10 y 11).

Con ello se estatuye una finalidad mediata: que la ratio de la decisión pueda operar y extenderse hacia el universo de casos sustancialmente análogos, en el sentido de un modelo o prototipo para solucionar futuras controversias que tengan relación con la misma cuestión, en aras a la siempre mentada seguridad jurídica. Empero, el desenvolvimiento de más de 30 años de este cuerpo ha demostrado la escasa utilización de la herramienta, con una frecuencia que tampoco atendió aquellas hipótesis mayormente problemáticas para el ejercicio jurisdiccional, sea en aspectos sustantivos o procesales, mucho menos los supuestos en donde se demanda la irrestricta vigencia de los derechos humanos. Sobre ello, tanto tuvo que ver la verificación de las exigencias del recurso legalmente establecido y su falta de concurrencia, como trasunta la hipótesis bajo análisis (...).

Ad eventum, no es ocioso recordar que la pretensión sobre la materia atendida (art. 56 bis de la Ley nº 24.660, reformada por la Ley nº 27.375), mediando declaración expresa de inconstitucionalidad de la norma –más allá de su acierto, o no– resulta ajena a la potestad plenaria de fijar una interpretación general obligatoria, conforme lo establece la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Fallos: 302:980) (...).

Por lo demás, sería deseable que desde el principio de unidad de actuación que gobierna el ejercicio del Ministerio Público Fiscal (art. 9 de la Ley nº 27.148) frente a la heterogeneidad de criterios dentro de la misma órbita, que expresa una deriva político–criminal cuyo costo no puede redundar en perjuicio de los justiciables, con el sacrificio de sus derechos y en menoscabo de la seguridad de respuesta por parte de los titulares de la acción penal, sea el procurador general interino que en ejercicio de sus atribuciones formule la síntesis sobre la materia dentro de ese ámbito (...).

Se vincula en la especie a la ausencia de obligatoriedad de una sentencia plenaria que verse sobre la ríña constitucional –o no– en la interpretación de un precepto legal. Porque la demanda, tal aparece formulada en el interrogante traído al acuerdo, no se limita a desentrañar el sentido de un texto infraconstitucional sino, en sus términos, conlleva a impedir el control difuso de constitucionalidad al pretender consagrar un estándar jusfundamental.

Con el respeto que merecen tantos ínclitos colegas, la invalidez de la obligatoriedad es de tamaña evidencia que me exime de extenderme en fundamentos, tanto como me impide de cualquier desarrollo original (...).

Por cierto, cien años después, en 1888 (Fallos: 33:162), nuestra Corte Suprema adoptó un esquema de control de constitucionalidad difuso (repartido), copiado de los Estados Unidos, más en donde la doctrina constitucional de la Corte no resulta obligatoria para el resto de la magistratura sino respecto al caso concreto, de adverso al *stare decisis* norteamericano. En definitiva, todo tribunal de cualquier jerarquía o fuero guarda la potestad de pronunciarse sobre las cuestiones constitucionales que pudiesen resultar en los asuntos sometidos a su juzgamiento, en tanto la obligatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema sólo opera para el caso concreto (...).

De tal suerte, una cámara de casación no puede llevar adelante algo que siquiera la Corte Suprema puede realizar, toda vez que la Constitución vigente no dejó a librado a ningún tribunal –más allá del máximo y por razones utilitarias de economía procesal– una interpretación constitucional de alcance obligatorio. Resulta un contrasentido que la jurisprudencia casatoria que se pretende tenga fuerza vinculante, mientras la del cimero tribunal del país no la reúne, por cuanto ni la Constitución otorga tal calidad a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni la jurisprudencia del cimero tribunal nacional predica tal alcance de sus precedentes (...).

La obligación de observar por el resto de los tribunales un fallo plenario de la naturaleza que se procura deviene decididamente contraria a la Constitución Nacional por vía de la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Imponer una doctrina en los términos del temario convocante resulta antagónica con la organización judicial establecida por el esquema constitucional vigente. Los magistrados no pueden estar sometidos imperativamente a un pronunciamiento de las características formuladas, toda vez que un fallo plenario en el sentido establecido no puede suprimir la posibilidad de control constitucional de cualquier juez. Ello por cuanto los jueces de la República están vinculados primariamente a la Constitución Nacional, resolviendo de manera independiente (arts. 116 CN, 10 DUDH, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, 1.4 de los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial) y según los cánones de interpretación reconocidos, para fijar el sentido y alcance de una norma inferior, en adecuada garantía de los derechos humanos, fundamento y fin de todo sistema jurídico”.

Lo dicho por Slokar es claro. Para él ni la Corte, ni mucho menos la Casación pueden fijar criterios obligatorios en cuanto a la interpretación sobre la

constitucionalidad de las normas, por lo que va de suyo, tampoco se considerará compelido a aplicar su doctrina en los casos que le toquen a futuro.

Sin embargo, no puede soslayarse que una de las funciones de la Casación es actuar como “tribunal superior e intermedio” del caso (en los términos de los fallos “Strada”,²⁹ y “Girolodi”,³⁰ entre muchos otros, antes de la actuación de la Corte), a nivel federal, admitiendo o desechando recursos extraordinarios que, precisamente no demuestren el interés de una cuestión federal para habilitar la concesión o no de un recurso extraordinario. Y ese ejercicio presupone, ingresar en el análisis constitucional de los agravios planteados.

Lo propio, la tarea ínsita de la Corte es, ante todo, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los supuestos que llegan a su conocimiento. De seguir entonces el razonamiento del magistrado, como los jueces de todas las instancias y fueros, de todo el país, tienen el control difuso de las normas, nada de lo dicho por la Casación, ni por la Corte en estos términos, más allá de oficiarles como una suerte de guía de interpretación, podría surtir efectos para reeditar cuestiones ya superadas, incluso sin la necesidad de ofrecer nuevos argumentos o pruebas que mejoren esa fundamentación contraria a lo dicho por aquellos tribunales. Nadie le quita, ni le niega a esta potestad de control difuso a los jueces, pero, de lo cabe duda es que no es de buena praxis judicial, volver atender agravios constitucionales cuando los máximos tribunales (la Casación, en orden a los casos penales federales) y la Corte, ya se han pronunciado al respecto.

Lo que sin duda redundaría en una innecesaria en términos de economía procesal y de aplicación de los criterios de igualdad ante la ley— reedición de estándares que ya afianzaron una posición tomada por parte del último intérprete de la Constitución. Los planteos se repetirán de a cientos de miles y en el caso que nos ocupa, ello incluso significará una afectación no sólo del imputado (que es encarcelado, excarcelado y vuelto a encarcelar) de acuerdo con el criterio que tenga cada juez, cuando el final del cuento ya se conoce de antemano.

Veámoslo de otro modo, pues aquí la afirmación de que se puede volver a controlar lo controlado, es apoyado por quienes sostienen este criterio, en un caso que resultará, en general, desfavorable para el condenado. Pero a nadie se le ha ocurrido desdeñar, y salir a rasgarse las vestiduras por no poder ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad, cuando, por ejemplo, la Corte fijó criterio sobre la tenencia simple de estupefacientes para consumo

²⁹ CSJN, *Fallos*: 308:490.

³⁰ CSJN, *Fallos*: 318:514. Lo dicho, incluso ha quedado reforzado en el reciente fallo “Chacón” (“Chacón, Luis Gustavo s/audiencia de sustanciación de impugnación –art. 362 CPPF–), *Fallos*: 347:1434, del 15/10/2024. Allí el Máximo Tribunal declaró inconstitucional al tercer párrafo del art. 350 del CCPF que omitía en el canal impugnatorio a la Casación, enfatizando que “en un régimen legal que mantiene la existencia de la Cámara Federal de Casación Penal, no se puede excluir su intervención como ‘instancia útil’ para habilitar la jurisdicción extraordinaria”, quedando reservada la competencia de la Corte solo una vez que la Casación agote su jurisdicción en la causa. Véase al respecto, González Da Silva, Gabriel, *La Corte y el Código Procesal Penal*, diario Clarín, edición del 25/10/24, también disponible en: <https://dccprocesalpenal.com.ar/la-corte-y-el-codigo-procesal-penal/>.

personal en “Arriola”,³¹ declarando inconstitucional el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley 23.737, al considerar que criminalizar la tenencia de drogas para uso personal en el ámbito privado viola el principio de reserva del art. 19, CN. El fallo “Arriola” fue dictado el 25/8/2009 y, hasta donde llega mi conocimiento, desde entonces no han llegado a instancias superiores causas en la que los jueces reexaminaran esa doctrina, en aplicación del sistema de constitucionalidad difuso, argumentando que, para ellos, la manda era válida.

Ni que hablar del controversial fallo “Rodríguez, Héctor Ismael”³² que desestimó un recurso extraordinario planteado en el marco de una investigación de una tenencia de estupefacientes para consumo personal, precisamente, en un establecimiento penitenciario. Allí la Corte declaró inadmisibile el recurso contra una sentencia absolutoria por aplicación del art. 280 del CPCyCN, pero, además de Lorenzzetti, el juez Rosenkrantz decidió pronunciarse señalando que el art. 14 de la ley 23.737 era, en las circunstancias de la causa, inconstitucional y por el respeto debido a la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional, la Corte no puede justificar la criminalización de la conducta imputada por el mero hecho de que haya ocurrido dentro de un establecimiento carcelario, toda vez que no hay prueba alguna de que haya habido terceros que, por ejemplo, hubiesen advertido que el imputado consumió estupefacientes o que tenía estupefacientes en su poder y por otro lado, ni el Ministerio Público Fiscal ni el tribunal a quo han acercado argumentos para mostrar por qué la tenencia de estupefacientes en este caso afectaría la salud o la seguridad pública o estaría vinculada al combate al narcotráfico, lo que sin duda podría suceder si quien posee estupefacientes en pequeña cantidad es un eslabón más de una cadena de comercialización que opera dentro del penal.

Un año después, en “Salvini”,³³ la Casación desoyó esta tesitura y, haciendo su propio test de constitucionalidad, confirmó una condena por hechos análogos. La Corte, obviamente observó que no habían atendido las consideraciones de su precedente “Rodríguez” y la dejó sin efecto.

4.3.2. Voto del juez Juan Carlos Gemignani.

La postura contraria a la validez de la ley que mantiene Gemignani ya era conocida por todos, pues, además, fue su voto con la magistrada Ledesma, en el caso que se suscitó durante la feria de 2025, cuando coincidieron en la misma sala, lo que despertó el *strepitus fori* (ruido en el foro o escándalo público generado en torno a un proceso judicial), que dio lugar al planteo del plenario comentado. Gemignani considera que la normativa bajo examen viola el principio de igualdad ante la ley dado que el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado, según entiende, no está justificado objetiva y razonablemente.

³¹ CSJN, Fallos: 332:1963.

³² CSJN, Fallos: 344:2402.

³³ CSJN, Fallos: 345:869. Acá Rosatti y Maqueda quedaron en minoría postulando la aplicación del art. 280, CPCyCN. La Mayoría se pronunció sobre el fondo y remitió al precedente Rodríguez (jueces Rosenkrantz, Lorenzzetti y conjuez Antelo).

Lo que creo que es importante es desentrañar es si este magistrado, que como Ledesma y Slokar, quedaron en minoría, habrá de acatar, en más, la doctrina sentada por la mayoría o no.

Porque Geningnani se circunscribió a señalar, en otras palabras, que la norma inconstitucional; citó precedentes en donde había opinado lo mismo y luego se limitó a agregar el siguiente párrafo: “La temática establecida a este plenario excede la competencia de esta Cámara Federal de Casación en los términos de los artículos 10 y 11 de la ley 24.050, puesto que la consideración de la validez constitucional de una norma se encuentra asignado en nuestro sistema constitucional de manera difusa a todos los jueces de la Nación”. Fin.

En otras palabras, Gemignani marcó un límite al alcance material de los fallos plenarios, considerando que la última palabra sobre la validez constitucional no la tiene un plenario de Casación (ni puede tenerla, so pena de cercenar la independencia judicial difusa), sino, eventualmente, la Corte Suprema. Esto no implica que Gemignani niegue a la Casación la facultad de declarar inconstitucionalidades (él mismo lo ha hecho reiteradamente en fallos de sala); pero, lo que postula, es que una doctrina plenaria no puede “atar las manos” de otros jueces en materia constitucional. De hecho, en *Tobar Coca* Gemignani enfatizó que él sostenía desde 2013, caso a caso, la inconstitucionalidad de la norma en cuestión –citó más de una decena de fallos suyos de sala en ese sentido– y que mantenía ese criterio por convicción jurídica. Su disidencia, por ende, respeta la posibilidad de disentir cuando está en juego el control de constitucionalidad, aun frente a la voluntad unificadora de sus colegas. Esta postura denota un fino equilibrio en el pensamiento de Gemignani: apoya la autoridad de los plenarios para uniformar la interpretación legal ordinaria, pero defiende la esencia del sistema constitucional difuso, según la cual ningún acuerdo plenario puede impedir que un juez plantee una interpretación constitucional distinta, con los fundamentos apropiados.

De manera que, lo que constituye un verdadero enigma, es cual será la postura que asumirá en los próximos casos similares en los que le toque intervenir, pues señaló categóricamente que el motivo de la convocatoria del plenario versaba sobre un tema de control de constitucionalidad, lo que no resultaba viable por tratarse de una atribución que, por regla general, tienen todos los jueces del país (y aquí habría que aclarar, no solo los nacionales, sino también los provinciales) y nada más añadió.

En principio, el juez Juan Carlos Gemignani, integrante de la Cámara Federal de Casación Penal desde sus primeros años, ha intervenido en numerosos fallos plenarios y sentencias relevantes, dejando entrever su pensamiento sobre el valor, efectos y límites de estos precedentes. En líneas generales, Gemignani reconoce la función unificadora y la autoridad doctrinaria de los fallos plenarios, aunque con matices importantes en cuanto a su alcance. Gemignani adhiere a la idea de que la Casación Penal tiene el deber de unificar criterios jurisprudenciales. En decisiones que ha firmado, se destaca que cuando todas las Salas de la Cámara han sostenido el mismo criterio, esa posición uniforme

adquiere “la fuerza de un fallo de carácter plenario, que conlleva su obligatoriedad vinculante” para los tribunales correspondientes.³⁴

En efecto, en el citado precedente “Rocha”, co–firmado por Gemignani, se remarcó que la reiteración concordante de criterios por todas las salas equivale materialmente a un plenario y debe ser seguida en casos futuros. Asimismo, se citó que “sin diversidad de intecciones y merced a la unánime doctrina adoptada, se arriba a la finalidad política [de] unificar la jurisprudencia y asegurar la unidad del derecho objetivo”. Estas expresiones, avaladas por Gemignani, reflejan que posee una alta valoración del fallo plenario como instrumento de coherencia legal y de respeto al principio de igualdad ante la ley.

En lo que hace a la obligatoriedad de los plenarios y sus efectos jurídicos, Gemignani ha considerado que estos tienen efecto vinculante mientras no sean dejados sin efecto por una instancia superior. De hecho, ha sido partícipe de la evolución jurisprudencial en donde un plenario vigente cede ante un nuevo criterio de la Corte Suprema. Un ejemplo claro es el caso “Hermann”³⁵, donde Gemignani –junto a Mariano Borinsky y Gustavo Hornos– dejaron sin aplicación la doctrina sentada en el fallo plenario nº 8 “Agüero” del año 2002 (relacionado con la ejecutabilidad de las sentencias), porque la Corte Suprema, en el caso “Olariaga” de 2007,³⁶ adoptó un criterio distinto sobre la materia.

De ello podría extraerse que, para Gegminani, los fallos plenarios rigen con fuerza obligatoria –incluso frente a reticencias de tribunales inferiores–, pero no son inmutables, por cuanto sus efectos jurídicos decaen si otro plenario los modifica o si la Corte Suprema los revoca o supera con su doctrina.

Cabe señalar que en épocas en que la obligatoriedad legal de los plenarios estuvo en entredicho (2013–2019), Gemignani y sus colegas de Casación continuaron apelando a la autoridad persuasiva de la doctrina plenaria. Diversos tribunales de grado llegaron a plantear la inconstitucionalidad de la obligación de acatar plenarios –alegando afectación de la independencia judicial–, lo que derivó en que muchos jueces inferiores se negaran a aplicar ciertos plenarios históricos (v.gr. el plenario “Kosuta”) y resolvieran conforme a su propio criterio.

Gemignani nunca ha avalado abiertamente esa “rebeldía” de los jueces inferiores. Al contrario, la Casación (incluyendo a Gemignani) ha advertido que la negativa infundada a seguir una doctrina plenaria consolidada puede tornar arbitraria una sentencia de grado. Por ejemplo, en una decisión de 2020 en la

³⁴ Conf. CFCP, 20/10/2020, Sala III, c. nº FPA 3986/2018/TO1/CFC1, “Rocha, Valeria Regina s/recurso de casación”.

³⁵ CFCP, Sala IV, 10/10/2013, c. nº 1259/2013, “Hermann, Elida Reneé s/recurso de casación”, reg. 1946.13.4.

³⁶ Conf. CSJN, *Fallos*, 330:2826. Allí la Corte señaló que correspondía dejar sin efecto el pronunciamiento que, al denegar la aplicación de la ley 24.390, entendió que la sentencia condenatoria había quedado firme una vez agotadas las vías recursivas locales –al declararse improcedente el recurso de casación–, pues lo resuelto confundió la suspensión de los efectos –que hace a la ejecutabilidad de las sentencias– con la inmutabilidad –propia de la cosa juzgada– que recién adquirió el fallo condenatorio con la desestimación de la queja dispuesta por la Corte Suprema.

causa “Távora Huamán”,³⁷ si bien Gemignani no integró ese fallo, la Sala II, por unanimidad respondió a tales críticas, surgiendo incluso del voto del juez Slokar que la integró (los otros magistrados intervinientes fueron Hornos y Mahíques) al afirmar que “desde una perspectiva responsable, distante aparece la hipótesis de la invalidez constitucional que importa la obligatoriedad de los fallos plenarios, denostada como ‘dictadura de los jueces’”.³⁸

Siguiendo esta línea, en la práctica, al menos hasta donde ha podido llegar mi conocimiento, no se registra que Gemignani haya incumplido un plenario vigente; por el contrario, cuando discrepó de una mayoría plenaria, lo hizo dentro del mismo fallo plenario mediante voto en disidencia, respetando la institucionalidad del mecanismo.

En algunos casos, ha aprovechado fallos plenarios para afirmar principios de alto nivel de discusión constitucional. Por ejemplo, en el fallo plenario de la Casación Federal n° 11 “Zichy Thyssen” (23/6/2006) –referido a los derechos de las víctimas y alcance de la acción penal– Gemignani formuló consideraciones sobre el rol del Derecho Penal dentro del Estado de Derecho. “Allí expresé que el Derecho Penal (...) debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación: la Constitución Nacional, de la que es apéndice”, recordó Gemignani en un voto posterior de 2018, citando su propia opinión en aquel plenario.³⁹ En el mismo sentido, destacó que el Estado debe a todos “justicia, protección y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad”, subrayando el deber de garantizar seguridad jurídica sin exceder los cauces constitucionales. Estas reflexiones –emitidas en el marco de un fallo plenario– revelan que Gemignani concibe dichos plenarios también como una

³⁷ CFCP, Sala II, 3/6/2020, c. n° CFP 15405/2017/TO1/5/CFC1, “Távora Huamán, Ana Lucía s/ recurso de casación”. Una particularidad, que no puede dejar de soslayarse, con relación en este fallo, es que en él intervino el juez Slokar. Se trataba de una libertad de una persona durante la pandemia de COVID-19, que desoyó no un plenario, sino una Acordada de la CFCP, la n° 2/20 (9/3/2020), que recomendaba ciertas flexibilidades en la detención carcelaria de las personas, debido al hacinamiento carcelario y los peligros de contagio. De lo que se desprende del fallo, un juez cuestionó su constitucionalidad y Slokar en su voto le respondió: “(...) menester es señalar que los criterios de los tribunales superiores en la organización judicial deben ser seguidos por los jueces de grado sólo en razón de su fuerza argumental, de la altura moral que representen tales precedentes y de su rigor científico (jurídico), como también por motivos de economía procesal. Y el alcance de esta obligación moral se limita a la necesidad de que los jueces brinden mayores razones que justifiquen una interpretación distinta, de modo tal que se planteen nuevas reflexiones que puedan conmovir los fundamentos otorgados. Cuando, como ocurre en el *sub lite*, ello no tiene lugar ni necesidad, la sentencia resulta arbitraria también en ese aspecto -por falta de fundamentos- y traslada en ese aspecto un dispendio jurisdiccional (Fallos: 212:51; 212:160; 307:1094), toda vez que habilita a los justiciables a recurrirla y genera la sobrecarga y litigiosidad de la que el magistrado solapadamente se molesta. De tal suerte, acierta el judicante en destacar la importancia de preservar la independencia –cuanto menos, interna- de cualquier juez. Ciertamente, tal debe ser su mayor virtud. Empero, deviene preocupante la fragilidad que se asume de esa suprema cualidad de intérprete, si acaso puede verse perturbada -según lo indica el magistrado- por las meras recomendaciones de este tribunal”.

³⁸ En el Plenario “Tobar Coca”, Slokar volvió a cuestionar este concepto, pero señaló que el caso no versaba sobre una interpretación del derecho, sino en un aspecto de control de constitucionalidad para lo cual no se podía establecer una doctrina obligatoria.

³⁹ Conf. CFCP, Sala IV, c. CFP 4591/2010/7/CFC2, “Salmerón, Rubén Amor Benedicto s/ recurso de casación”, reg. 656/18.

oportunidad para desarrollar doctrina con fundamento constitucional, integrando consideraciones de orden público y derechos fundamentales en la interpretación penal unificada.

Por otro lado, en sus votos, Gemignani suele citar abundante jurisprudencia y doctrina, mostrando un enfoque respetuoso de los precedentes verticales (de la Corte Suprema) y horizontales (de la propia Casación). Su inclinación es equilibrada: valora la seguridad jurídica que brindan los criterios consolidados, pero sin caer en un seguidismo ciego. Es ilustrativo que en ciertas controversias (por ejemplo, la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, en casos de violencia de género, objeto del plenario “Góngora, Cristian” del 2014), Gemignani integró la Sala que inicialmente declaró inadmisibile la concesión de ese beneficio en delitos de violencia de género, anticipando la necesidad de un criterio uniforme estricto. Cuando dicho criterio se volvió doctrina plenaria (“Góngora” estableció la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, Plenario CFPP n° 13/2014), tribunales orales citaron la “obligatoriedad de aplicar el fallo ‘Góngora’” en esos supuestos. Gemignani, alineado con esa postura, nunca la objetó –al punto de que la mantuvo incluso luego de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal Federal, que ya no prevé la suspensión del juicio a prueba en delitos con “violencia doméstica” (art. 30, segundo párrafo, CPPF)–. Esto refuerza la idea de que concibe los plenarios como herramientas válidas de política judicial criminal, cuyo resultado (p.ej., criterios más rígidos ante violencia de género) él apoya si se aviene a la Constitución y ley.

Este *racconto* de sus decisiones judiciales y de su proceder, sin embargo, no alcanzan para aseverar que seguirá en la misma línea de acatamiento de los plenarios, en supuestos que se asimilen a lo discutido en “Tobar Coca”, pues bien aquí, lo mismo, pudo aparecer un nuevo criterio, según el cual podría entenderlo no vinculante, merced a su interpretación sobre el control difuso de constitucionalidad.

De modo que el resultado que todo esto nos arrojaría son tres jueces los que no van a seguir tal doctrina (Ledesma, Slokar y Gemignani) y dos que lo aplicarán con excepciones suscitadas de los casos puntuales en los que les toque intervenir (Petrone y Hornos). La conclusión es que el resultado del plenario no fue 7 a 3 como parecería desprenderse de una primera lectura del fallo, sino de 5 a 5 (un empate), que se traducirá en probables fallos futuros en que no se apliquen las restricciones de la “Ley Petri”, n° 27.375, cuando alguno de esos cinco jueces coincida, al menos dos de ellos, en la conformación de alguna sala de la Casación. De modo, que desde mi perspectiva el plenario sirvió para poco, salvo para los jueces inferiores, que más allá de la puerta que les dejaron abierta para aplicar el control difuso, consideren que esta decisión les resulta de obligatoria aplicación.

Colofón.

Aún mucho tiempo antes del dictado del plenario comentado he defendido la constitucionalidad de las restricciones impuestas por la Ley 27.375. Los

argumentos a favor de la validez de la norma resultan más sólidos en el examen del marco constitucional argentino y de los estándares internacionales aplicables, por las siguientes razones principales:

a) Decisión legislativa legítima dentro de las competencias constitucionales: La Ley 27.375 es expresión de una Política criminal delineada por el Congreso Nacional en ejercicio de atribuciones que la Constitución le confiere explícitamente (art. 75 inc. 12). No se advierte en ella una extralimitación que vulnere la división de poderes; por el contrario, responde a la clásica función legislativa de establecer penas y regular su cumplimiento según la gravedad de los delitos. Interferir judicialmente con esa decisión requeriría constatar una clara infracción constitucional, lo que, a mi juicio, no ocurre en este caso. La reforma persiguió fines legítimos (proteger a la sociedad de autores de delitos especialmente graves, asegurar el principio de cumplimiento de la pena impuesta) y lo hizo mediante medios previstos en la propia ley (un régimen de ejecución específico), sin abolir garantías procesales ni imponer penas crueles. En tal sentido, la presunción de constitucionalidad se mantiene incólume: no hay contradicción manifiesta con ningún derecho fundamental que obligue a invalidar la norma.

b) Razonabilidad y proporcionalidad de la medida: Lejos de ser arbitraria, la ley realiza una distinción proporcionada: identifica una categoría excepcional de delitos —seleccionados por su enorme lesividad y reproche social— y adapta el régimen penitenciario a esa situación excepcional. Esta diferenciación está objetivamente justificada en función de la gravedad, tal como lo han reconocido los tribunales al afirmar que la reforma “responde a un criterio razonable... que el legislador puede aplicar” dentro de su amplio margen en Política criminal. La igualdad ante la ley no se vulnera, pues casos distintos, pero todos relacionados con una misma clase de delitos, reciben trato distinto con fundamento válido. Además, la medida guarda proporción con el daño involucrado: quienes han cometido, por ejemplo, un homicidio agravado o una violación brutal, enfrentan simplemente el cumplimiento íntegro de la sanción que ya de por sí prevé el Código Penal para esos casos (muchas veces prisión perpetua o penas muy elevadas). No se les impone castigo adicional alguno, sino que se les niega una gracia penitenciaria que el Estado no está obligado a conceder *ipso iure*. En otras palabras, la ley no agrava la pena (no aumenta años de condena ni endurece condiciones más allá de lo sentenciado), sino que condiciona los beneficios sobre la ejecución de esa pena, lo cual es legítimo mientras no se traspasen límites de humanidad o dignidad. Y la dignidad del penado permanece resguardada: seguirá teniendo todos los derechos intracarcelarios, tratamiento, e incluso un plan preparatorio de liberación. Por ende, la reforma aparece como razonable y proporcionada a los fines que busca lograr.

c) Compatibilidad con el Bloque de Constitucionalidad Federal: Si bien se ha alegado una tensión con el principio resocializador de los tratados, en realidad la ley 27.375 no infringe las obligaciones internacionales de la Argentina. Ni el PIDCP ni la CADH establecen un derecho concreto a la libertad condicional en determinado punto de la condena; lo que exigen es que el sistema penitenciario tenga la rehabilitación como norte y que el trato a los presos sea humano. Es perfectamente posible cumplir con ese mandato aun cuando ciertos condenados

no accedan a salidas anticipadas, siempre y cuando el Estado les brinde oportunidades de educación, trabajo, tratamiento psicológico, etc., durante la detención, y prevea mecanismos de transición al egreso. La propia ley, al crear el régimen del art. 56 quater, demuestra voluntad de cumplimiento de esos estándares, procurando “asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad” antes de la liberación final. En consecuencia, no hay violación necesaria del art. 5.6 CADH ni del 10.3 PIDCP; la diferencia es de enfoque: la resocialización se realiza principalmente intramuros, con un breve periodo final extramuros supervisado, en vez de conceder libertades largas con mucha antelación. Esta elección de Política criminal no está prohibida por los tratados, que dejan cierto margen a cada Estado para organizar su régimen penitenciario mientras respete la dignidad y no imponga penas inhumanas. Vale recordar que la Corte IDH tampoco ha establecido un estándar que obligue a otorgar libertad condicional indiscriminadamente, sino que analiza caso por caso la razonabilidad de las medidas. Dado que aquí la medida se justifica en la excepcional gravedad de ciertos delitos, difícilmente podría tildarse de contraria *per se* a la Convención Americana. Es más, la Corte Suprema argentina al no acoger las quejas de inconveniencia, de manera indirecta insinuó, justamente, que no veía una violación ostensible de ningún estándar internacional para someter el caso a análisis.

d) Resultados del control judicial concreto: Un indicio fáctico importante es que, sometida la ley al escrutinio judicial, ha prevalecido su constitucionalidad. La mayoría de los integrantes de la Cámara Federal de Casación, aun con matices, se expresaron en el sentido de sostener la norma, y el guiño del Máximo Tribunal al dejar firmes esos fallos, constituyen un aval institucional que no puede ignorarse. Esto significa que juristas de diversos estamentos (jueces y fiscales) han examinado los planteos de progresividad y tratados y han concluido mayoritariamente que la ley es válida y razonable. Desde mi perspectiva, esta convergencia jurisprudencial refuerza la confianza en la solidez constitucional de la reforma. Si bien la opinión académica crítica es respetable por remarcar los derechos de los condenados, corresponde ponderar que ningún derecho es absoluto y que el sistema jurídico admite restricciones justificadas en pos de otros bienes jurídicos. Aquí se balancean, por un lado, el derecho del penado a la reinserción y, por otro, el derecho de la sociedad (y de las víctimas) a que delitos extremadamente graves reciban una respuesta penal plena y efectiva. La Ley 27.375 plasma ese balance de forma deliberada y medida, sin caer en excesos (no reinstaura la pena de muerte ni el trabajo forzado, por ejemplo, lo que sí sería claramente inconveniente).

En conclusión, entiendo que la norma representa una decisión legislativa legítima, absolutamente democrática (fue aprobada por una inmensa mayoría de todo el arco político) y fundada, situada dentro del amplio espectro de políticas penales racionales que un Estado constitucional puede adoptar. No hay en ella tacha de irracionalidad ni violación flagrante de garantías, motivo por el cual su constitucionalidad debe sostenerse. En todo caso, eventuales ajustes o matices (por ejemplo, asegurar que el régimen preparatorio de liberación se implemente efectivamente y con recursos adecuados, para cumplir su rol resocializador) pertenecen al terreno de la política pública y la ejecución de la ley, más que a su validez intrínseca. La última palabra sobre la conveniencia de la solución

adoptada corresponde al legislador, y sólo a él, mientras no se trasgreda el piso de derechos fundamentales, extremo que, a criterio de este análisis, no ocurre con la Ley 27.375.

e) En suma, la discusión en torno a la Ley 27.375 refleja la tensión clásica entre seguridad y rehabilitación en el Derecho penal. Por un lado, se alzan voces que advierten sobre los peligros de sacrificar principios humanitarios y de tratamiento progresivo de los condenados; por otro, se reivindica la potestad estatal de fijar lineamientos estrictos para casos excepcionales que conmueven el orden social. Tras el recorrido analítico efectuado, puede concluirse que ambas posturas presentan fundamentos de peso, pero la balanza se inclina en favor de la constitucionalidad de la norma cuando se consideran la presunción de validez legislativa, la razonabilidad de sus criterios distintivos y el aval dado por los jueces en la aplicación concreta.

La Ley 27.375, fruto de un consenso democrático y orientada a delitos puntuales de extrema gravedad, se erige como una decisión legítima del legislador nacional en el marco de sus competencias. Siempre que su ejecución práctica respete los derechos básicos de los internos (proveyendo condiciones dignas y preparando su egreso de modo adecuado), dicha ley no contradice el texto constitucional ni los compromisos internacionales asumidos por la Argentina, sino que representa una opción de Política criminal racional para dar respuesta al clamor social de justicia frente a los crímenes más atroces.

En definitiva, con base en todo lo expuesto, las restricciones a las salidas anticipadas instituidas por la ley 27.375 son constitucionalmente válidas, constituyendo una herramienta legítima del Estado para abordar, con prudente rigor, la ejecución de penas en casos de delincuencia gravísima, sin por ello abdicar de los fines de resocialización que informan nuestro sistema penal.

Para finalizar, no pueden soslayarse los atendibles planteos que han puesto de manifiesto, sobre todo, quienes se presentaron como *amicus curiae* de la Casación. Si el Estado opta por este régimen que implica más detenidos por mucho más tiempo, entonces no puede hacerlo a cualquier costo y, aquí sí, por imposición del art. 18 *in fine* de la Constitución Nacional, debe suministrarles a los condenados condiciones de alojamiento dignas en sitios que no pueden ser comisarías ni alcaidías (menos aún en *containers*), incluso en regímenes de máxima seguridad que, además, les dispensen especial atención a los problemas de salud física y mental que los internos padecen, tratamientos efectivos contra las adicciones, contra la violencia y que estimulen programas de readaptación social, de aprendizaje de oficios, de educación en todos los niveles.

La valoración de las etapas de evolución del condenado, deben ser públicas y permitir el acceso de profesionales de otras áreas del Estado, sobre todo del Ministerio Público Fiscal, de la Defensa, o de los letrados particulares del individuo y de la propia víctima con representación, para evitar los posibles actos de corrupción, arbitrarios o incluso maliciosos que impidan la progresividad del régimen impuesto que, a nivel intramuros, al condenado también le representan mayores desenvolvimientos dentro del ámbito carcelario y mejores condiciones para acceder a los programas de rehabilitación, educación y trabajo.

También no puede desatenderse la conexión del imputado con el mundo exterior que se desmantela cuando es enviado a cumplir la condena a establecimientos carcelarios que quedan a cientos o miles de kilómetros de donde se encuentran sus afectos y familia imposibilitando, de este modo, sobre todo a los más vulnerables, un régimen de visitas que resulte viable y sostenible en el tiempo.

El fallo Plenario “Tobar Coca” nos deja sabor a poco, por cuanto no está garantizada su aplicabilidad en el futuro, lo que demanda un pronunciamiento categórico, que ingrese sobre el fondo del problema del Máximo Tribunal de la Nación. También aparece prudente, como lo ha sostenido el Juez Slokar, que la decisión de Política Criminal que el propio Procurador General de la Nación ha manifestado en sus intervenciones en los casos que llegaron a la Corte (en favor de la constitucionalidad de la ley), pueda ser expresada en el marco de una Instrucción General, que lo habilitan a dictar los arts. 9.a y 12.h de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, nº 27.148.

Esto último, sobre todo, porque los fallos plenarios de los tribunales no son vinculantes para el Ministerio Público Fiscal, órgano extrapoder y, además, ya se ha visto que no todos los fiscales que actúan ante la Casación Federal en su representación están de acuerdo con la validez de las prohibiciones anticipadas.

Mientras tanto, quienes vayamos a aplicar o desechar la doctrina de este plenario, más allá de las potestades del control de constitucionalidad y de convencionalidad difuso de los jueces; y de las obligaciones de los fiscales de velar por el cumplimiento de las leyes, en general, no podemos darnos el lujo de plantear, casi a modo experimental, un criterio que tendrá un efecto meramente dogmático. Porque en la práctica, lo que va a suceder es que, en definitiva, aquellos que hayan sido liberados en contravención con las prohibiciones dispuestas por la ley 27.375, en algún momento, posiblemente deban volver a ser encerrados hasta agotar su pena. La pregunta es de qué se van a disfrazar aquellos que no acaten ni la ley ni el plenario, si ese sujeto –condenado con sentencia firme por un delito grave– en el interregno vuelve a cometer otro delito grave. Pero eso no es lo más grave, sino cuál va a ser la respuesta que se les brindará a las potenciales víctimas o a sus familiares frente a un ataque violento que derive en posibles lesiones, afectaciones contra su integridad sexual o incluso su fallecimiento. La argumentación de una postura teórica ya rechazada por la mayoría, ciertamente, no les devolverá la vida.

Citar: elDial DC35EE

copyright © 1997 - 2025 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina