



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

FBB 13/2020/TO1/22

Iriarte, Ariel Omar s/Incidente
de Salidas Transitorias

**INTERPONE RECURSOS DE CASACIÓN E
INCONSTITUCIONALIDAD. SOLICITA LA REUNIÓN DEL
TRIBUNAL DE CASACIÓN FEDERAL EN PLENO PARA
FIJAR CRITERIO**

Señor Juez Federal:

Gabriel González Da Silva, Fiscal General Adjunto de la Procuración General de la Nación interinamente a cargo de la Fiscalía General ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, en el incidente referido en el epígrafe digo:

I. OBJETO

Que vengo en tiempo y forma a:

1) Interponer recurso de casación, en los términos y con los alcances contemplados en los arts. 456, incs. 1ero. y 2do., 457, 463 y 491 del C.P.P.N., contra la resolución del 23 de septiembre de 2022, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad al presente del artículo 56 bis de la ley 24.660 (texto según ley 27.375) y, a partir de ello, se concedió el instituto de salidas transitorias al condenado Ariel Omar IRIARTE, a razón de una salida mensual de veinticuatro horas (arts. 16 a 26 de la ley 24.660 y 28 a 38 del Decr. Regl. 396/99), conforme a lo ordenado en los apartados dispositivos primero y segundo de la sentencia.

2) Asimismo vengo a interponer recurso de casación e inconstitucionalidad, en los términos y con los alcances contemplados en los arts. 30 bis; 456, incs. 1ero. y 2do.; 457; 463 y 474 del CPPN, contra la parte del resolutorio que dispuso prescindir de la colocación del dispositivo electrónico de control, dispensándoselo de éste con fundamento en lo establecido en la Resolución 808/16 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (conf. apartado dispositivo cuarto de la sentencia).

Concretamente esta resolución (res. 808/2016) resulta violatoria prácticamente de todo el catálogo de mandas supremas del Bloque de Constitucionalidad Federal y, por derivación, del propio régimen nacional de la ejecución penal. Así se da de bruce con lo que establecen:

- El propio **Preámbulo de la Constitución Nacional** en cuanto exige “consolidar la paz interior, proveer la defensa común [y] promover el bienestar general”; **el art. 16 CN** que garantiza el derecho a la igualdad (en circunstancias iguales) y **el art. 75, inc. 23 CN** en cuanto faculta al Congreso Nacional a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real (...) de trato” (lo mismo, en circunstancias iguales).

Por otra parte, también infringe a las siguientes disposiciones convencionales con jerarquía constitucional (art. 75. Inc. 22 CN):

- **Los arts. I y XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, que respectivamente exigen que “todo ser humano tiene derecho a la vida (...) y a la seguridad de su persona” y que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general (...)”.

- **El art. 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos**, que lo mismo determina que “todo individuo tiene



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

derecho a la vida (...) y a la seguridad de su persona”, al igual que los arts. 9° y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- **De los arts. 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, que en forma idéntica a los anteriores establece que toda persona tiene derecho a la seguridad personal; 22.3 que establece que los derechos de circulación y residencia y no pueden ser restringidos sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás y el 32.2 en cuanto dispone que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

- **Del artículo 5.b de la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial** que previene el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.

- **De los artículos 11 y 14 de la Convención sobre las personas con discapacidad** en cuanto prevén que los Estados Parte adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo.

- Y en general **de la Declaración sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer**, que, específicamente y en durante el desarrollo de sus textos procuran prevenir cualquier atentado contra sus derechos, integridades físicas y mentales y en tal sentido evitar cualquier tipo de acto que atente contra tales o sus propias vidas.

Y yendo a lo que se verifica a nivel doméstico, resulta absolutamente palmario que lo decidido vulneró las disposiciones expresamente previstas en la **Ley N° 24.660 de Ejecución Penal**, por lo que se solicita **se declare la inconstitucionalidad tal resolución ministerial o, en su defecto, la interpretación que le ha dado el Tribunal**, así como también, encontrándose a su vez el fallo viciado de arbitrariedad y gravedad institucional, **se decrete la nulidad absoluta del decisorio impugnado** en cuanto a estas cuestiones respecta (arts. 166, 167 inc. 2°, 168, 169, 170 inc. 4° y cctes. del CPPN).

3) Finalmente, habré de requerir se disponga la convocatoria del Tribunal de Casación en pleno, a fin de los integrantes de ese Tribunal fijen un criterio rector en la materia, que resulte aplicable por sus propias salas y -sobre todo- por los Tribunales Orales Federales, en virtud de la discrepancia de posiciones al respecto que se verifican en las distintas jurisdicciones del país, lo cual constituye una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley, en una cuestión sumamente grave como la que nos ocupa, pues aquí (y en otros casos) se cuestiona la validez constitucional de normas del Código Penal aplicable en todo el país y de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad.

II. LEGITIMACIÓN PROCESAL

La legitimación procesal de esta parte para interponer el presente recurso y requerir la subsanación de lo resuelto es palmaria.

En primer lugar, en base a lo establecido por el art. 120 CN, la principal función asignada por la Carta Magna al MPF es precisamente “(...) promover la actuación de la justicia en defensa de



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”.

Aquí se impugna un resolutorio en el que arbitrariamente se ha contrariado lo prescripto por una norma de fondo, el art. 14 inc. 10 del CP, a la vez que se ha dado una subversión del orden de prelación de la pirámide constitucional argentina al haberse hecho prevalecer una decisión administrativa ministerial de un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, en contraste con lo dispuesto por el Bloque de Constitucionalidad Federal y una ley nacional (arts. 31 y 75 inc. 22 CN).

Respecto del caso particular y en lo que hace al propio encausado se ha tomado una decisión contraria y sin observar lo que expresamente exige el Código Penal y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (n° 24.660 y sus modificatorias) en cuanto al otorgamiento de los institutos propios del periodo de prueba de la ejecución de la pena.

Y este resolutorio, además, tiene impacto directo con relación a los recaudos que debe adoptar el Estado nacional y los provinciales para garantizar la seguridad ciudadana, avasallando la Política Criminal en la cual el MPF tiene el deber de intervenir en su diagramación y control (en coordinación con las demás autoridades de la República que, en esa materia, nada tiene que hacer el Poder Judicial), conforme los arts. 2°, 3°, 12 y 22 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, n° 27.148.

Ello, sin perjuicio de las normas procesales que habilitan a recurrir este tipo de fallos que, resultan equiparables a definitivos, de gravedad institucional y de insusceptible reparación ulterior (arts. 432 y demás mandas del CPPN citadas al comienzo de esta presentación).

III. PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS

Las impugnaciones que por esta vía se deducen resultan formalmente procedentes (art. 438 del CPPN) y son presentadas ante el mismo tribunal que dictó la resolución cuestionada dentro del término de diez días de notificada (art. 463 del ritual), toda vez que el pronunciamiento recurrido fue notificado electrónicamente a esta Fiscalía General el 23 de septiembre del corriente año.

Por otra parte, la resolución cuestionada constituye uno de los actos procesales que puede ser objeto de este remedio procesal, en atención a que el artículo 491 del CPPN dispone que en los incidentes de ejecución “sólo procederá el recurso de casación”, lo que habilita de manera expresa el medio de impugnación, en función de los arts. 456 del CPPN y lo dispuesto por la CSJN en el precedente 327:388.

Asimismo, concurren en autos los requisitos exigidos por la ley procesal para habilitar en líneas generales formalmente los recursos interpuestos.

La sentencia se equipara a definitiva, ya que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior (CSJN, Fallos: 320:1919).

Es que lo decidido por el Juez, en contra de lo dispuesto expresamente por el art. 56 bis de la ley 24.660, tras declararlo inconstitucional, así como la disposición por la que determinó que no resulta aplicable al caso el control electrónico (establecido en el art. 19, quinto párrafo, de la ley N° 24.660), en razón de lo instaurado mediante Resolución N° 808/16 del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, cuando esta normativa o la interpretación que se le ha dado a todas luces resulta inconstitucional,



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de modo tal que pone fin a la discusión y causa un agravio de insuficiente, imposible o tardía reparación.

Así, resultará tardío atender el agravio en oportunidad posterior en razón de importar la decisión la efectiva aplicación del instituto de salidas transitorias sin el debido control, en abierta oposición a lo normativamente prescripto y en donde no me esperaba -ni nada permitía prever- que justificaran la decisión en la aplicación de una disposición inconstitucional y de ahí ahora el **planteo (recurso) de inconstitucionalidad** que se agrega, poniéndose en riesgo además el cumplimiento de la pena impuesta.

Para zanjar toda clase de dudas respecto de la procedencia de estos remedios procesales en torno a la decisión de no colocar pulsera de monitoreo, debo recordar que en el precedente “Fracassi” el máximo tribunal sostuvo que *“la decisión que no hizo lugar a la colocación del dispositivo de vigilancia electrónica a los imputados es equiparable a sentencia definitiva en tanto el Ministerio Público Fiscal sostuvo que la medida rechazada, al tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, resultaba necesaria para asegurar que los imputados observaran las condiciones de la detención domiciliaria, la cual es una modalidad excepcional de cumplimiento de la privación cautelar de la libertad que, en comparación con la prisión preventiva, implica una disminución significativa del control estatal sobre el cautelado y, desde esa perspectiva, un incremento del riesgo de que eluda la acción de la justicia y de que el Estado, en consecuencia, no logre cumplir su compromiso internacional de sancionar a quienes fueran declarados culpables de delitos de lesa humanidad”* (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, Fallos 341:600; el destacado me pertenece).

De esta forma, pese a que la decisión atacada no es definitiva en sentido estricto, en el caso concurren razones que

justifican su equiparación, en aras de asegurar una correcta administración de justicia (cfr. dictamen del Sr. Procurador Fiscal, Eduardo Ezequiel Casal, en causa “D., Jorge Luis y otros s/ causa n° 14.358”, S.C. D. 749; XLVIII, del 8 de abril de 2013).

Allí, el Procurador recordó que existen antecedentes de larga data en la jurisprudencia de la Corte, que ha equiparado a definitivas decisiones que implican, como en la especie, violaciones flagrantes del debido proceso, cuya salvaguarda exige asegurar una inobjetable administración de justicia (cfr. Fallos: 310:1924; 321:1385 y 3679).

Tal extremo se constata en autos, toda vez que, se ha incurrido en un exceso jurisdiccional, haciéndole decir a la ley lo que ésta no dice y haciendo una distinción donde ésta no la hace.

Conforme se explica a continuación, existiendo en la contienda planteada cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional, queda habilitada esta instancia, por ser la Cámara Federal de Casación Penal el tribunal intermedio que debe tratar las cuestiones federales antes de la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:1108, “Di Nunzio”).

Corresponde agregar que recursos análogos a los presentes fueron recientemente concedidos por parte de ese Tribunal Oral, oportunidad en la que se impugnaba la concesión de salidas transitorias, con similares fundamentos, en favor de un coimputado de Ariel Omar IRIARTE (conf. resolución del 08 de septiembre de 2022 en el incidente FBB 13/2020/TO1/21 caratulado “*Stautiner, Norberto Oscar s/ Incidente de Salidas Transitorias*”).

IV. MOTIVO DE LOS RECURSOS

Los recursos interpuestos resultan admisibles conforme lo establecido por los incisos 1° y 2° del artículo 456 del



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

CPPN, toda vez que se verifica la inobservancia de normas previstas bajo pena de nulidad y una inobservancia de la ley sustancial, en el caso, del art. 56 bis de la ley 24.660, que prescribe, en lo que aquí interesa, que **“No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: (...) 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace (...)”** (disposición a la que remite el artículo 17, ap. V de la referida ley), y también de lo dispuesto en el art. 19 de la misma norma que expresamente dispone que **“Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”**.

Asimismo, conforme se expondrá, la sentencia luce defectos de fundamentación y motivación que la descalifican como acto jurisdiccional válido, constituyendo un típico caso de la doctrina de la arbitrariedad (arts. 123, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del CPPN; CSJN, Fallos, 310: 799, 927 y 1707; 207:72 y 314:346).

Con la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan al Ministerio Público Fiscal (CSJN, Fallos, 299:17; 308:1557; 328:1874 y 329:5323), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas en la causa (CSJN, Fallos: 311:948 y 2547; 313:559; 315:28 y 321:1909).

Se consideran arbitrarias las decisiones que padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema que las invalidan como actos judiciales (CSJN, Fallos: 286:278; 294:425 y 5

306:1111) o contaminadas de groseros errores jurídicos (CSJN, Fallos: 306:1700).

Particularmente en lo que hace a la declaración de inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660, entiende esta parte que se incurrió en arbitrariedad al interpretar de manera viciada las previsiones de la ley 27.375, afirmando la existencia de principios en pugna con la Constitución Nacional y derecho convencional, realidad de la cual, como se demostrará, se desprende justamente lo contrario.

Además, se pierde en afirmaciones generales sin demostrar concretamente de qué manera se vulneran los derechos del imputado, defecto propio de la sentencia arbitraria, resultando su fundamentación no sólo aparente sino también deficitaria, lo cual resiente la lógica del fallo y vulnera el deber de motivación previsto en el art. 123 del CPPN (CNCP, Sala II, J.A. 1996- II, pág. 551 cit. por D'Albora, F., Lexis Nexis, Bs. As., 2005, comentario al art. 123).

A ello se adiciona, en lo concerniente a la dispensa del control mediante monitoreo electrónico, que se verifica la inobservancia de una norma (que la mayoría de la doctrina considera sustantiva) bajo pena de nulidad.

En efecto, además de omitir considerar la otra modalidad de control prevista en el artículo 19 citado (el acompañamiento de un empleado) el Sr. Juez se amparó en la Resolución N° 808/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y dispensó a Ariel Omar IRIARTE de la colocación del dispositivo electrónico de vigilancia. Disposición que debe ser considerada inconstitucional.

Por lo demás, se tomó tal decisión sin ponderar la normativa ministerial en la que se fundó, lo que resulta inconstitucional por exceso de reglamentación; contraria los



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

lineamientos establecidos en la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 y viola la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 CN).

Esta resolución sopesa vulnerabilidades realizando distinciones de gravedad donde la ley no lo hace, lo que implica un exceso en la reglamentación; además de reglar -sin contar con la potestad constitucional al efecto- y a *contrario sensu* la Ley de Ejecución Penal. Tales extremos tornan inválida la citada resolución, por resultar contradictoria al plexo normativo vigente, de mayor rango en la pirámide jurídica (Ley N° 24.660).

En ese sentido, entiende esta parte que la resolución atacada, en cuanto a lo que aquí respecta, deviene arbitraria al fundarse únicamente la respuesta brindada por la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución de Penal en el marco de otras causas del Tribunal, no obstante no se valora la información allí asentada, ni explican los motivos por los cuales se decide ajustar el decisorio ahora recurrido a la Resolución N° 808/2016, que resulta contraria a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, por lo que el magistrado infundadamente se aparta de los lineamiento generales estatuidos por esa normativa y, puntualmente, de lo normado en el art. 19.

Resta señalar que la situación revelada también a todas luces reviste un caso de gravedad institucional, dado que – conforme la doctrina del máximo tribunal- lo que aquí se plantea excede el mero interés de las partes de este proceso en particular y afectan de modo directo a toda la población; tanto la que se encuentra cumpliendo libertad condicional, conforme lo establecido en la Ley N° 24.660 o cualquier otro tipo de libertad morigerada o salidas, así como también la del resto de la población en general que corre el riesgo de ser pasible de cualquier tipo de delito al poder toparse con un sujeto que fue condenado, no cumplió la totalidad de la pena que le fuera

impuesta y por ende no culminó con su proceso de resocialización, sin ningún tipo de control **efectivo** estatal.

En suma, la cuestión suscitada presenta gravedad institucional en la medida que trasciende aquel mero interés particular para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional¹.

V. DESCRIPCIÓN PREVIA RESPECTO DEL CONTEXTO ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN FEDERAL DE BAHÍA BLANCA

Antes que nada, deseo poner expresamente de manifiesto, que los cuestionamientos que aquí se formulan sobre la decisión adoptada y con relación al contexto global que se observa en punto a las personas que revisten una condena firme o no, sobre todo por la Ley de Estupefacientes (n° 23.737), de ningún modo pretenden presentarse como una descalificación o diatriba al imponderable esfuerzo funcional que vienen ejerciendo los actuales magistrados del Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Bahía Blanca.

Todo lo contrario. Aquí, es evidente, estamos sólo frente a una divergencia de opiniones.

Tales magistrados, me consta, luego de años y años de que el Tribunal permaneciera vacante, vinieron a poner orden a un órgano jurisdiccional que poseía múltiples causas de sujetos, con prisiones preventivas sin resolverse desde hace años. Aplicaron criterios propios para definir con celeridad los procesos en trámite; dispusieron la realización en todas las causas de audiencias preliminares, en donde, muchas veces resulta posible arribar a una alternativa al juicio oral o bien reducir el tiempo de los juicios, al

¹ CSJN; Fallos: 333:1023.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

permitirle a las partes ponerse de acuerdo sobre convenciones probatorias. Les dieron ciertamente prioridad a las causas “con detenidos”, no obstante lo cual, no se desatendieron otras en las que no se verifican esa circunstancia y, además tienen el control de las posibles prescripciones de la acción penal por el transcurso del tiempo, con lo cual, raramente (no me viene a la memoria en este momento si hubo alguna) estas alcanzan ese estado. Designan fechas ciertas de realización de los juicios y tenemos una agenda cargada de audiencias diarias. Son respetuosos y propenden el sistema acusatorio, brindándole a las partes a oportunidad efectiva y útil de dirigir los respectivos casos, según su propia estrategia procesal y sin inmiscuirse con medidas probatorias o interrogatorios en los juicios de oficio.

En síntesis, tengo la firme convicción de que en este proceso breve desde que han asumido han puesto en pie, al Tribunal y, con la colaboración de las partes, estamos constantemente enfocados en solucionar todos los problemas heredados para dejar las cosas al día.

El problema residual (pero no menos grave, que considero con el que se toparon) es que en la Secretaría de Ejecución Penal, pandemia mediante, los legajos de condenados de sujetos a prisión de efectivo cumplimiento pero en arresto domiciliario, o beneficiados con la excarcelación sobre todo por la pandemia, no tenían dispuesto, o bien había sido ordenado, pero no efectivizado, la colocación de las tobilleras o pulseras de monitoreo electrónico.

En efecto, en la mayoría de las causas, la medida había sido ordenada (aunque no se efectivizaba desde la salida de los presos de la cárcel), a veces se verificaba una respuesta del organismo administrativo correspondiente en el que se hacía saber que el sujeto había sido agregado a una lista de individuos con un orden de

prelación para su colocación (no se consignaba nada acerca de si los que figuraban antes eran realmente la población vulnerable a la que alude el cuestionado decreto ministerial y menos aún cuánta gente estaba por encima en el orden de colocación o el plazo estimado para dar efectivo cumplimiento con la orden impartida judicialmente).

Y, en algunos casos -no todos- frente al paso del tiempo, aparecía un oficio del Tribunal meramente reiteratorio del pedido, al que la administración le hacía caso omiso.

Algo similar se verifica respecto de sujetos que estaban excarcelados, pero que se los condenó -por el procedimiento del juicio ordinario o mediante un acuerdo de juicio abreviado- a una pena de efectivo cumplimiento, pero acordando este Ministerio Público, en base a las razones que justifica la ley, su cumplimiento en prisión domiciliaria. Estos jamás volvían a la cárcel, ¿se quedaban en sus casas? y esperaban a que le colocasen el dispositivo electrónico, ingresando al misterioso listado aludido, cuyo resultado, a la vista está, jamás era cumplido.

Hasta hoy siguen sin ningún tipo de control electrónico, vaya a saber quién y cómo controlan el cumplimiento de sus condenas y estamos hablando de delitos graves: no sólo de narcotráfico, sino también, por ejemplo, de trata de personas.

El debido control de la ejecución de las penas es una tarea que la ley le asigna privativamente al Poder Judicial y concretamente al tribunal de ejecución penal (arts. 493 CPPN y 7°, 10, 11, 33, 34 **y -sobre todo- 208** de la Ley 24.660²²).

²² Allí también jamás se comunicaron tales circunstancias irregulares a este Ministerio Público Fiscal, como exige el artículo citado (la ley se refiere a “*los ministerios*”, pero en todo caso tampoco hubo intimaciones concretas al Ministerio de Justicia y/o de Educación del Poder Ejecutivo Nacional, que son los otros a los que se refiere la ley en general).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Aquí no hay posible delegación en el Ministerio Público como en el supuesto de los procesos penales (art. 196 y ss. del CPPN). Este órgano constitucional da por sentado que las condiciones de cumplimiento de la condena se vienen cumpliendo regularmente y controladas por el órgano competente que a su vez es coadyuvado por el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria, para pedidos concretos durante la ejecución y la reparación de derechos fundamentales de los privados de su libertad.

En lo demás, es obligación del MPF intervenir en cualquier asunto que repercuta en la vulneración de un derecho del privado de su libertad (*habeas corpus*) o en la modificación de las condiciones de detención (carcelaria o domiciliaria) o en las posibles morigeraciones del encierro del condenado. En todos estos casos debe correrse vista a este órgano extra poder, para que se expida al efecto y, previamente escuchar la opinión de la víctima y de la sociedad en general a quienes representa (arts. 2º, inc. “d” y 9º, inc. “f” y “g” de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, n° 27.148).

Resulta que el problema empezó a detectarse por este Ministerio Público frente a los planteos de libertad condicional o demás libertades morigeradas, cuando esta representación del Ministerio Público comenzó a requerir para dictaminar que se acompañaran los informes criminológicos que exige la ley para valorar su concesión y no un mero informe ambiental incompleto elaborado para colmo por la policía.

Los informes no estaban, es obvio, porque a esas personas jamás le habían colocado el dispositivo de monitoreo electrónico y no existían, por ende, elementos que el organismo administrativo de control pertinente pudiese informar para adoptar esa decisión. Empero, las libertades iguales eran concedidas y obviamente recurridas por esta representación del MPF.

Luego cayeron los primeros pedidos de libertad condicional, algunos sustanciados de oficio, en donde ambos jueces del Tribunal optaron por declarar la inconstitucionalidad de las mandas que prohíben tales prebendas, entre otros supuestos, en investigaciones por narcotráfico.

De ahí que el Tribunal de Alzada pueda advertir la catarata de recursos por parte de esta Fiscalía que en los últimos tiempos han sido interpuestos, al no compartir el criterio extremo del Tribunal Oral, ya sea en casos de libertades condicionales, en excarcelaciones en tales términos, o en supuestos de salidas transitorias como es el presente caso.

En un principio, las libertades condicionales fueron concedidas (en oposición al dictamen fiscal), requiriéndose la colocación del dispositivo de monitoreo electrónico.

Se recibió como respuesta, por parte de una asesora jurídica del Departamento de Legales de la Dirección de Asistencia para Personas bajo vigilancia Electrónica del Ministerio de Justicia, esto es, una letrada contratada de una dirección, dependiente de una subsecretaría (de Asuntos Penitenciarios), a su vez dependiente de la Secretaría de Justicia, a su vez dependiente del Ministro de Justicia, quien informó que ese organismo administrativo ¡no tenía más entre sus planes la colocación de tobilleras de monitoreo electrónico a personas que ya estuviesen en libertad morigerada o prisión domiciliaria, aunque la medida hubiese sido requerida previo a la toma de esta polémica -e inconstitucional- decisión!

¿Los motivos de esta disposición? No se explicaron. ¿Y los recaudos alternativos a esa prevención cautelar, respecto de los miles y miles de condenados que andan dando vueltas por el país? Tampoco.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

¿Qué hizo el tribunal con esta información?. Se conformó con lo informado. Sólo en algún caso, se limitó a reiterar el pedido de colocación del dispositivo, pero sin advertir consecuencia alguna frente a su inobservancia, tal cual lo requirió esta Fiscalía.

¿Cómo reaccionó este Ministerio Público? Requirió, dictamen por dictamen (varios fueron ellos), que intimasen al mencionado organismo a la colocación inmediata del dispositivo, apercibiéndolos (al órgano ministerial) de formular la correspondiente denuncia por desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Se sostuvo al efecto que lo resuelto por la Dirección aludida transgredía lo exigido por una ley nacional; que no era un problema del Poder Judicial ni de este Ministerio Público resolver la cuestión (máxime si obedeciera a una escasez de recursos³) y que la

³ La obtención, asignación y control de las tobilleras en el ámbito de la justicia federal, lo es con ese alcance -solamente a nivel de la justicia nacional- pues -en principio- las provincias deben hacerse cargo de las propias para dispensarlas a las causas “ordinarias”. Es decir, el cúmulo de tobilleras que se deben obtener y colocar es mucho más reducido que si hubiera que hacerlo para atender las necesidades de los 24 distritos estadales del país y por cualquier clase de infracción penal. Dicho esto, así como abomino que un poder se ingiera en otro en las facultades que constitucionalmente son conferidas, mal puedo arrogarme a sugerirles consejos para paliar la situación al Poder Ejecutivo. Pero, como se habrá podido apreciar, la situación viene irresoluta desde hace años. De 2016 es el decreto invocado y estamos en 2022. Y no es una novedad o un argumento descabellado sostener que esa disposición en realidad fue adoptada frente a la crisis de hacinamiento penitenciario. En otras palabras, para reducir la población carcelaria, empezando por aquellos que, evidentemente en condiciones morigeradas de detención resultaba improbable que cometiesen nuevos delitos. Embarazadas, adultos mayores, enfermos terminales, personas pertenecientes al colectivo LGTB (¿? -me pregunto si no se trataría aquí de un caso de discriminación positiva-), etc. Cómo administran los recursos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, luego de la aprobación del presupuesto nacional por el Congreso, en principio es una cuestión que a ellos les concierne, siempre y cuando no constituya una malversación de caudales públicos (-fundamentalmente art. 260 del CP-). Pero no puedo dejar de preguntarme a qué destinos se habrán afectado esas partidas y sobre todo cuál ha sido la prioridad que le ha sido dado a aquellas. El caso paradigmático surgió hace poco tiempo en donde se decidió (conf. Res. ENACOM 2183/21, B.O. 3/1/22) la asignación de una partida millonaria por parte del Poder Ejecutivo -en un país que tiene un 32% de los hogares sin conexión a internet- para concretar un plan de conectividad en las cárceles para garantizar programas de resocialización y reinserción laboral (y

ley debía ser obedecida frente a la pobre causa de justificación alegada y la ahora negativa de dar cumplimiento con ella.

Se pidió en forma alternativa que únicamente se intimase al organismo a dar cumplimiento con la medida bajo un plazo determinado -en atención a que este Ministerio Público no puede hacerlo al no estar entre sus facultades, porque, como se dijo, el control y cumplimiento de la ejecución de la pena le corresponde al Poder Judicial- y que, para el caso de que no se obtuviese respuesta satisfactoria y los jueces del Tribunal no considerasen *prima facie* delictiva tal insubordinación, ahora sí, con la intimación efectuada y no cumplida esta Fiscalía se ofrecía a efectuar las denuncias correspondientes del caso, o lo haría igual *motu proprio*.

No se proveyó nada en tal sentido. Insisto, todo esto no en un caso particular sino en un cúmulo de expedientes análogos.

considero, aunque la resolución no lo dice, también mejorar la calidad de las audiencias virtuales que se multiplicaron durante la pandemia, que, sin embargo, pudieron concretarse durante el transcurso de 2020 y 2021 sin mayores inconvenientes) y la adquisición de cientos de televisores Led. Está perfecta la facilitación de mejores recursos a la población carcelaria para garantizar precisamente su esparcimiento, capacitación, contacto periódico con sus familiares sin necesidad de que se constituyan (máxime si viven en lugares lejanos) personalmente en la unidad carcelaria, resocialización y reinserción en la sociedad. Pero, pese a todas estas necesidades fundamentadas ¿no era más importante resolver antes este verdadero y más grave problema que afecta a la ciudadanía entera? ¿Había recursos entonces? ¿No era posible hacer las dos cosas? Digo también, ¿de las cantidades siderales de dinero que perciben los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor, diseminados en cantidades por todo el país y dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en concepto de patentamientos, compraventa de usados, cambios de radicación y demás trámites, no es posible destinar un remanente para atender esta verdadera urgencia? No lo sé, tan sólo me lo pregunto como mero ciudadano. Y la última pregunta, ¿puede el Poder Ejecutivo -el ENACOM aunque es un ente autárquico funciona bajo la órbita de la Jefatura de Gabinete de la Nación- distraer partidas presupuestarias por propia decisión e incumplir con lo que una ley nacional exige? ¿O el mandato expreso de la Ley de Ejecución Penal -por falta de recursos- también queda como una cláusula programática y quimérica como buena parte de lo que prescriben los artículos 14 bis (v.gr., acceso a una vivienda digna); 18 (cárceles sanas y limpias); 24 (establecimiento del juicio por jurados); 41 (acceso a un ambiente sano), entre otros de la propia CN?



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En cambio, el Tribunal comenzó a disponer libertades condicionales en contra de lo expresamente dispuesto por la ley y sin exigir la colocación de dispositivos de monitoreo electrónico. Y es importante resaltar que lo hizo, basándose en ese informe negativo de la asesora ministerial. Jamás en el pretérito decreto ministerial que aquí se tacha de inconstitucional (o su interpretación) y menos aún en las causales excepcionales que habilita la ley para que el juez dispense tal medida. Claro, esto no lo podía hacer porque para ello necesitaba contar con los “(...) informe[s] de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (arts. 19 y 28 de la ley 24.660 reformada).

De modo que se trataba de un “no porque no”, en donde, pese advertirse -más allá de los riesgos de los casos particulares de fuga y no cumplimiento de la pena-, el peligro para la sociedad que implicaba dejar sin ningún tipo de control efectivo o de alerta a un condenado por un delito grave, que la ley, reitero, exige que no pisen la calle hasta que cumplan con la totalidad de su condena en prisión carcelaria.

Esta disposición ministerial -que como se verá, contradice al Bloque de Constitucionalidad Federal y a las exigencias de propia ley de ejecución de la pena privativa de la libertad- atenta contra la obligación estatal convencional de garantizar la seguridad ciudadana, contraviene el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional y fue dictada por un órgano sin facultades para reglamentar de ese modo a una ley del Congreso Nacional-.

Y si el Tribunal de Alzada considera que esto no es suficiente para descalificarla como tal, al menos entiendo que deberá hacerlo respecto de la interpretación que le ha dado el Tribunal Oral para no cumplir con lo que la ley exige.

En la actualidad -basándose en este decreto- en las causas de la justicia federal oral de Bahía Blanca, se ha decidido dispensar a las personas que vienen excarceladas y/o cumpliendo libertades anticipadas o condicionales la colocación de este tipo de controles, a cualquier persona, haya cometido el delito que fuese y condenado a cualquier monto de pena. También lo dispensó, como en este caso, para el supuesto de personas en cuyo favor se otorgan salidas transitorias.

De manera que, como se podrá advertir, lo que ahora se resuelva por ese Tribunal de Casación tendrá un gran impacto en todos esos casos de la jurisdicción bahiense, así como también servirá de precedente a nivel federal.

Una de las situaciones que con más frecuencia se me presenta en el ejercicio de mi función diaria es que ante las solicitudes de libertad condicional, es sabido que para su procedencia se debe analizar si el sujeto cumplió con los reglamentos carcelarios y, además, deben existir informes de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social. La Ley N° 24.660 detalla minuciosamente los alcances de esos verdaderos dictámenes que deben ser emitidos por especialistas en la materia (art. 28 de la ley 24.660).

Pero muchos de ellos que fueron dispensados del monitoreo se encuentran cumpliendo la pena en su residencia sin sistema de monitoreo electrónico, lo que torna imposible conocer si respetaron o no su principal obligación: permanecer en su domicilio. Claro que ello no revistió importancia para el Tribunal que termina accediendo a la libertad condicional, "... sin perjuicio que no cuenta con los informes carcelarios y pronóstico que la norma exige atento la morigeración que gozó durante -casi- toda su detención" (conf. Causa



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

FRO 8150/2020/10), muestra de la ausencia total de control de las condenas impuestas bajo esta modalidad.

Así es que me topé con el primer obstáculo: conocer acerca del correcto cumplimiento de la pena a los efectos de poder opinar respecto de la procedencia de la libertad condicional.

Cierto es que, en alguna medida, esa evaluación se podría suplantar por el control que haya ejecutado alguna otra autoridad administrativa de manera periódica, fundamentalmente a través de visitas sorpresivas en el domicilio, en distintos días y horarios.

Pero ahí nuevamente me encontraba con otro obstáculo, al menos en esta jurisdicción. La Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (órgano a cuyo cargo se ponía de manera exclusiva el control de la prisión domiciliaria) carece de una delegación en Bahía Blanca y ninguna otra autoridad cumplía sus funciones.

Ello implicó, al menos desde el mes de marzo de 2020 -no sé si antes- que la supervisión que la aludida Dirección realiza, se limita a llamados telefónicos al causante, que son respondidos –en caso de dar con el imputado- a través de un celular que puede ser atendido desde cualquier lugar y sin constatación efectiva de ningún tipo.

Esto ha ocurrido en muchos casos, tales como César Esteban Mc Coubrey FBB 14869/2017/24; Silvina Úrsula Rodas, en causa FBB 27255/2018/TO1/41; Virginia Liliana Guillarmenc, en causa FBB 27255/2018/TO1/42; Germán Leonel Machado, en causa FBB 19931/2018/TO1/3; Miguel Ángel Barragán, en causa FBB 83101/2017/TO1/11 y José Gabriel Contreras, en causa FBB 22000183/2012/TO1/10.

También puedo citar los casos de Diego Armando Ferreira, en causa FBB 19781/2017/TO1/11, a quien luego de la

domiciliaria se le otorgó la libertad condicional, pese a que su caso se incluía dentro de los supuestos previstos en el artículo 14, inc. 10 del CP, temperamento que fuera dejado sin efecto por la Cámara Federal de Casación Penal; Juan Pablo GODINO, en la causa FBB 19585/2017/TO01/9, a quién le fue revocada la libertad condicional por la alzada y regresó a cumplir detención domiciliaria dispensándosele de colocarle dispositivo de monitoreo y Federico Jonathan LONGIARÚ, en causa FBB 15304/2015/TO01/11, a quien el 15 de diciembre de 2021 se le revocó la prisión domiciliaria por haber sido encontrado circulando en la vía pública.

En este último caso, justamente, los informes previos de la Dirección de Control y Ejecución de la Pena únicamente daban cuenta que no se podían comunicar telefónicamente con el imputado (conf. fs. 165, 173, 174 de ese legajo).

Es decir, todos estos sujetos, se encuentran únicamente sometidos, para el cumplimiento de la pena, a la modalidad de coerción *“llamadas telefónicas”*, las que, en su mayoría, se efectúan a líneas móviles.

Si bien en la actualidad esto se ha modificado, en tanto el tribunal comenzó, una vez notificado del rechazo a la colocación del dispositivo electrónico de monitoreo, a dar intervención al Patronato de Liberados de la provincia de Buenos Aires, que posee sede local, aún no se ha verificado el modo concreto en que aquel organismo efectivizará el control que se le ha asignado, lo que no deja de ser un tema que nos ocupe y nos preocupe.

Esta situación descripta también se presenta en caso de egresos temporales de la unidad penal, como ocurre en este caso, donde se le concedieron salidas transitorias mensuales al imputado (por el término continuo de veinticuatro horas), prescindiendo de la colocación del dispositivo electrónico exigido por la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ley (art. 19 ley 24.660), por los mismos fundamentos que se prescindió de su colocación en los casos de prisiones domiciliarias o libertades condicionales, es decir la resolución ministerial ya citada.

En este caso, en la sentencia recurrida, tampoco se abordó, y nada se dijo, sobre la otra alternativa del control dispuesto en el mismo artículo 19 de la ley 24.660 (el acompañamiento de un empleado penitenciario), lo cual implica que el imputado egresa al medio libre sin ningún mecanismo efectivo de control, y solo bajo la tuición de su hermana.

VI. ANTECEDENTES DEL CASO

Ariel Omar IRIARTE fue detenido el 12 de diciembre de 2019, permaneciendo en esa condición, hasta la actualidad.

En ese marco, el nombrado fue condenado el 17 de mayo de 2022, a través de un procedimiento abreviado (art. 431 bis CPPN), a la pena única de cuatro años y nueve meses de prisión y de multa de setenta unidades fijas, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de setenta unidades fijas, accesorias legales y costas, por el delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de comercio, en calidad de autor, como cometido al menos desde el 24 de enero de 2019 hasta el 12 de diciembre de 2019 y la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y multa de doscientos pesos que fuera impuesta por el Juzgado Correccional N°4 de Bahía Blanca en la causa n°1844/2018, IPP 5991/2017, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737), hecho comprobado el día 7 de abril de 2017, sentencia que adquirió firmeza el día 28 de agosto de 2018 y cuya condicionalidad fue revocada el día

12 de abril de 2021 (adquiriendo firmeza esa revocación el 12 de octubre del mismo año).

Actualmente la condena se encuentra firme, luego que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal rechazara la queja interpuesta por este Ministerio Público Fiscal impugnando las penas de prisión y multa impuestas, que fueron menores a las acordadas en el procedimiento abreviado (conf. CFCP. Sala III, sentencia del 17 de agosto de 2022 en el incidente FBB 13/2020/TO1/28/RH6 “*Stautiner, Norberto Oscar y otros s/recurso de queja*”). En virtud de lo que se señala en el primer párrafo del apartado “5.a” de la sentencia aquí impugnada, corresponde aclarar que esa decisión, que generó la firmeza de la condena impuesta a Ariel Omar IRIARTE, fue posterior al dictamen de esta parte (presentado con fecha 13 de julio del corriente año, como surge de las fojas 6/11 de este legajo).

Aclarado lo expuesto, al contestar la vista del pedido de salidas transitorias solicitado en favor del nombrado, esta Fiscalía General se expidió negativamente, argumentando, como principal motivo que imponía el rechazo, que el causante se encuentra dentro de las prohibiciones establecidas por el art. 56 bis de la ley 24.660, según texto de ley 27.375 (y en la remisión que al mismo realiza el inciso V del artículo 17 de la citada norma).

Ello así de acuerdo a la fecha del hecho y la subsunción legal, por el cual resultó condenado, tal como recién se destacó. Como ya expuse, se trató la atribuida de una conducta de fecha posterior al 28 de julio de 2017, día de publicación en el Boletín Oficial de la ley 27.375, circunstancia que hace aplicable a IRIARTE el artículo 56 bis citado, que impide la concesión de los beneficios del periodo de prueba (entre ellos las salidas transitorias) a quienes



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ejecutaron las acciones tipificadas en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737.

Asimismo, se trajo a cuenta reciente y abundante jurisprudencia en respaldo de lo sostenido por este Ministerio Público Fiscal y, a todo evento, se solicitó la colocación de un sistema de monitoreo electrónico teniendo en especial consideración lo dictaminado por el Departamento Criminológico de la unidad penal en la que se encuentra alojado Ariel Omar IRIARTE.

Finalmente, y pese a las razones expuestas por esta Fiscalía, se otorgó las salidas transitorias al nombrado, con una duración de veinticuatro horas mensuales, con el objeto de afianzar lazos familiares y sociales, determinando a la par, de conformidad con lo prescripto por la ya citada resolución 808/2016, prescindir de la colocación del sistema de monitoreo electrónico, norma cuya constitucionalidad se cuestiona también en el presente.

VII. CRÍTICA A LA PARTE DE LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DISPUSO LA INCOSTITUCIONALIDAD DEL ART. 56 BIS DE LA LEY 24.660 Y EL OTORGAMIENTO DE LAS SALIDAS TRANSITORIAS. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN A ESTE RESPECTO. ANÁLISIS LEGISLATIVO DE LA LEY TACHADA DE INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL.

a) Política criminal y elección de la Ley 27.375: delitos graves o “aberrantes” y el análisis de su adecuación al Bloque de Constitucionalidad Federal por el legislador. Resultado: No se encuentran habilitadas las salidas anticipadas (ninguna) para los infractores de los delitos contemplados en el art. 14 del Código Penal.

Liminarmente, no resulta sobreabundante remarcar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es de carácter excepcional. Así lo ha entendido desde antiguo la Corte en numerosos precedentes, sosteniendo 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; únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley.

Tales razones hacen que la Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, deba imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes⁴.

Así, además del cercenamiento al principio republicano, con la declaración de la inconstitucionalidad de la ley 27.375, se afecta a la propia estructura democrática y representativa, pues se restringió arbitrariamente la facultad que posee el Congreso de delinear herramientas de política criminal aplicables en una etapa

⁴ Conf. CSJN, “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas”, causa n° 6491, *Fallos*, 314:424 y sus antecedentes, *Fallos*, 226:688; 242:73; 285:369; 300:241,1087, entre otros.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

tan importante posterior al proceso penal como lo es el cumplimiento de la pena.

En tal sentido, cabe remarcar que la Corte también ha señalado que el Poder Legislativo es el único órgano que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada a la actividad que se considera socialmente dañosa⁵.

Además, ha reconocido 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 funciones⁶.

Sentado ello, claramente el legislador eligió ciertos delitos para imposibilitar a quienes los cometieran la posibilidad de concederles una libertad anticipada en cualquiera de las formas previstas por la ley, hallando fundamento en razones de *política criminal del Estado*.

Señala Binder que “la Política Criminal, es (...) el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad. En principio, tal política es un conjunto de decisiones. Y las decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativas al uso de los instrumentos de coerción penal. Estas decisiones tienen un contenido eminentemente valorativo, aunque a veces este hecho se enmascare bajo formas ‘técnicas’ aparentemente neutrales”⁷. De tal modo la política criminal termina siendo un conjunto de decisiones (técnico–valorativas)

⁵ CSJN, *Fallos*, 209:342.

⁶ CSJN, *Fallos*, 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424, entre otros.

⁷ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, 2ª ed., actualizada y ampliada, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 45.

relativas a determinados instrumentos. Tales instrumentos son muchos, pero los principales son las normas penales –que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones– y las normas procesales, que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será sancionado y *cuál será la clase o gravedad de esa sanción*. Finalmente, la política criminal también incluye decisiones referidas a las reglas que permiten la correcta utilización de esos instrumentos, que pueden ser *reglas técnicas* –producidas por la ciencia jurídica– y *reglas de convivencia* –que constituyen estrategias trazadas para la planificación del uso adecuado de los instrumentos, para alcanzar, de un modo económico, ciertos objetivos o metas prefijadas–⁸.

No quiero ingresar a la compleja (pero fascinante) discusión acerca de a quién le corresponde diseñar la política criminal en la Argentina, máxime ante la particular distribución de potestades legislativas entre el Estado federal y las provincias⁹.

El “fin de fiesta” de este tema, al menos para buena parte de los publicistas (pero no todos), termina por concluir que la ley penal (pero no toda) constituye una facultad legislativa del Estado Nacional, la ley procesal (pero no toda) es de las provincias (hasta aquí seguimos en una verdad de Perogrullo, porque esto es lo que establecen respectivamente los arts. 75, inc. 12 y 5 y 121 y sgtes. de la CN) y sobre la ejecución penal, la discusión mantiene su rispidez, pues si bien algunos le asignan caracteres procesales (propios de las provincias)

⁸ BINDER, Alberto M., ob. cit., ps. 45 y siguientes.

⁹ Sobre este tema y sus satelitales he investigado, creo que en profundidad, y publicado una obra literaria que no viene al caso “autocitar”, a fuerza de no caer en una postura que estimo vanidosa y hasta en algunos casos soberbia. Pienso que mejor es recurrir a lo que dicen otros autores, sin perjuicio de deslizar mi opinión personal frente al tema.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

otros dicen que constituye un apéndice del Derecho Penal asignado al Gobierno federal a través del 75 inc. 12 de la Carta Magna.

Antes pensaba que esto era así, pero ahora, reexaminando el tema, estimo que sólo -parcialmente- le fue delegado a la Nación¹⁰.

En todo caso, las provincias podrían mejorar el piso que fija el legislador nacional en la ley “de fondo” (particularmente la 24.660), no obstante sea este último el que debe delimitar cómo se cumplen las penas en la Argentina (esto es, de manera efectiva; admitiendo su condicionalidad o el régimen de la libertad condicional) por constituir un desenlace de los delitos por él tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales (cuerpos unificados o separados del que habla la citada normativa supralegal).

Se acepte la participación de las provincias en este tema o no, lo cierto es que pareciera haber cierto consenso en que quien decide cuál es la pena de un delito y cómo se cumple la misma en la República es el Congreso Nacional y que éste, conjuntamente con el Poder Ejecutivo (en carácter de ejecutor de la actividad preventiva de la actividad delictual) y el Ministerio Público Fiscal (a través del Procurador General de la Nación, impartiendo instrucciones generales a los fiscales en su modo de actuación frente a determinados delitos,

¹⁰ El texto original de la Ley de Ejecución Penal (N° 24.660) establecía en sus artículos 228 y 229 que la Nación y las provincias debían proceder, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esa ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con ella y que dicha manda se consideraba complementaria del Código Penal. La ley 25.892 (“Blumberg”), no trajo ninguna modificación sobre el punto, pues se limitó a modificar los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal. Sin embargo, la “nueva” ley 27.375, en su artículo 40, modificó el art. 228 de la Ley de Ejecución y dispuso que, si bien la Nación debía proceder a readecuar su legislación a las nuevas pautas sancionadas en el plazo de un año de entrada aquélla en vigencia, “**invit[ó]** a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias”, mientras que, por el art. 41 también sustituyó el art. 229 (L.E.P.), estableciendo que esta última sólo “(...) es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida”.

dándole prioridad investigativa o en el modo en que debe concretarse esta) -todos órganos independientes y controlables entre sí- son los que diseñan la política criminal del Estado Nacional¹¹. El Poder Judicial, nada tiene que hacer en ese proceso, sino sólo luego, al controlar que esa política criminal (y su aplicación) resulte acorde y adecuada al Bloque de Constitucionalidad Federal.

Pues bien, de sólo analizarse el contenido de la ley encontramos frente a dos mandas que diseñaron parte de esa política criminal del Estado, para el caso, las que determinan cuáles son los delincuentes que no pueden salir de prisión hasta que cumplan la totalidad de la pena que les fuera impuesta.

Esto además surge con extrema claridad si se analiza el contenido de los debates parlamentarios entablados en oportunidad de haberse sancionado ambas leyes.

En efecto, de allí surge, por qué se escogieron estos delitos para integrar el catálogo que impide las libertades anticipadas y por qué no otros y que los legisladores siempre tuvieron en cuenta que estaban definiendo una cuestión relativa a la política criminal nacional. A modo de ejemplo, véase el debate parlamentario de la ley 25.892¹².

Si bien no puedo detenerme a consignar cada uno de los justificativos que se dieron en esa ocasión para sancionar la ley (siendo que, además aquí se declaró la inconstitucionalidad del producto de su complementaria, la ley 27.375) lo cierto es que allí el

¹¹En el caso de las provincias, de tal actividad, en lo que no constituye materia federal, se ocupan los gobernadores, las legislaturas provinciales y los ministerios públicos locales (en el caso de que no dependan del poder ejecutivo).

¹² Conf. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 5ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 7 de abril de 2004, ps. 3 y sgtes.; *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 10ª Reunión, 8ª Sesión Ordinaria (Especial), abril 29 de 2004, Período 122º, ps. 1203 y sgtes. y *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 9ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria, 5 de mayo de 2004, ps. 86 y sgtes.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Senador (por entonces oficialista y jefe de esa bancada) **Miguel Ángel Pichetto**, autor de dos de los proyectos originales (fueron tres en total -compuestos por cinco expedientes- que fueron tratados conjuntamente; el tercero presentado por el Senador Agúndez), sostuvo la necesidad de su sanción para ponerle coto a un “esquema penal absolutamente flexibilizado, un verdadero ‘colador’, por donde se escapa[ba] la vida de los argentinos”¹³. Dijo, además, que la realidad, en ese momento, estaba teñida de actos de crueldad impensables, asesinatos, secuestros extorsivos, ultrajes de toda clase (...) lo que exigía de parte del Congreso a que se encaminara a lograr que el peso de la violencia no recayera sobre la sociedad, evitando que el ciudadano común tendiese a defenderse por mano propia, ante un Estado inoperante”¹⁴. Y agregó, luego de comparar distintos delitos y casos delictivos de público conocimiento que “(...) la pena tiene que cumplirse especialmente para determinaos delitos que denominamos o clasificamos como aberrantes”¹⁵.

Este criterio fue refrendado por el Presidente de la Comisión de Justicia Asuntos Penales, Senador **Jorge Alfredo Agúndez** en la presentación del dictamen de comisión, que calificó a tales delitos como “**aberrantes**”, adelantándose, además a analizar la constitucionalidad de la reforma propuesta¹⁶.

En el debate, entre otros, también se refirieron al por qué de la elección de estos delitos los senadores **Capitanich**¹⁷; **Bussi**¹⁸ (quien expresamente mencionó que es una facultad de los jueces “no

¹³ Conf. sesión del 7/4/2004, p. 4.

¹⁴ Ídem nota anterior. El proyecto original en realidad contenía más delitos “prohibidos”, como, por ejemplo, las lesiones gravísimas agravadas (art. 92 CP); el robo agravado (arts. 165, 166 y 167), los incendios y otros estragos dolosos (arts. 186, 187, 188 y 189 bis del CP), entre otros (conf. p. 3).

¹⁵ Ídem nota anterior, ps. 68 y sgtes.

¹⁶ Ídem nota anterior, ps. 16 y sgte.

¹⁷ Ídem nota anterior, ps. 22 y sgtes.

¹⁸ Ídem nota anterior, ps. 25 y sgte.

liberar” anticipadamente a los condenados); **Rossi**¹⁹; **Vilma Ibarra**²⁰ (la que, además de identificar a los delitos propuestos para su impedimento los mencionó también como “aberrantes”²¹ y sin titubeos, dijo: **“mayoritariamente, la doctrina del país -y también la jurisprudencia- ha establecido que la libertad condicional no es una gracia cuando se cumplen determinados requisitos y condiciones de cumplimiento”**²² (el resaltado me pertenece), agregando que “después, [de] obtenida esta libertad condicional, que de última es sólo una reducción de la pena, se termina en una instancia en la que nadie controla nada, ni siquiera el cumplimiento de las pautas ni su reinserción social”²³; **Diana Conti**²⁴ (la que refrendó el criterio de su colega Ibarra, señalando que la libertad condicional no es una “gracia” (al igual que Ibarra, comparándola con el indulto) y que para aventar cualquier interpretación sobre una posible declaración de inconstitucionalidad de la norma propuesta quería decirle a los jueces que la libertad condicional que acotaban era para los delitos que consideraban aberrantes, que no eran todos los del art. 80 y que **“Por eso, lo que le estamos diciendo a los jueces es lo siguiente: ‘Señor: de ahora en adelante usted no puede dar la libertad condicional’**” (...) “no veo óbice constitucional alguno para limitar la facultad de los jueces de otorgar libertades condicionales en un sistema judicial y penitenciario que no está funcionando. Y espero que esto se haga muy público, porque puede ser que la pena no constriña a alguien que quiere matar, pero que sepan que de ahora en adelante

¹⁹ Ídem nota anterior, ps. 26 y sgte.

²⁰ Ídem nota anterior, ps. 30 y sgtes.

²¹ Ídem nota anterior, p. 33. Subrayó al respecto que la derogación de la libertad condicional no iba a ser total, esto es, para todos los delitos, sino que, en el diseño de la política de Estado “lo esta[ban] haciendo para aquellos que, como política criminal y a nivel sociedad, percibimos como los más agraviantes” (p. 33).

²² Ídem nota anterior, ps. 32 y sgte.

²³ Ídem nota anterior, p. 33.

²⁴ Ídem nota anterior, ps. 34 y sgtes.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

el que secuestra y mata, el que roba y mata, el [que] mata para ocultar otro crimen, el que viola y mata, se va a pudrir en la cárcel”²⁵ (el resaltado me pertenece).

Va de suyo que la, por entonces Senadora **Cristina Fernández de Kirchner**, también brindó un encendido y amplio discurso ponderando la necesidad de sanción de la ley y **desechando que se tratara de una controversia entre “garantistas y los partidarios de la mano dura (...)** **Entonces, no ya como legisladora sino como ciudadana, quiero vivir en orden y seguridad pero con libertad y justicia**, porque lo uno no me sirve sin lo otro; tarde o temprano se ve afectado cuando me faltan libertad y justicia”²⁶ (el destacado me pertenece).

Vale aclarar que el proyecto y su media sanción (prácticamente por unanimidad) fue acompañado por la oposición²⁷ con lo cual se erigió en una de las pocas políticas (criminales) consensuadas del Estado, que pude detectar en los últimos años (aparezca buena o mala).

Pasado el proyecto a la Cámara Baja, allí se volvió a analizar el tema (con mayores cuestionamientos y controversias), pero siempre bajo la concepción de que se estaban refiriendo a delitos graves o aberrantes y que la libertad condicional es un beneficio²⁸. El proyecto a la postre fue aprobado con modificaciones²⁹. Luego, pasado nuevamente al Senado, después de los respectivos dictámenes de comisión, los legisladores señalaron en primera instancia que habían

²⁵ Ídem nota anterior, p. 36.

²⁶ Ídem nota anterior, ps. 62 y sgtes.

²⁷ El proyecto obtuvo -sin modificaciones- 58 votos afirmativos, uno por la negativa y ninguna abstención (Ídem nota anterior, p. 73.)

²⁸ Conf. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 10ª Reunión, 8ª Sesión Ordinaria (Especial), abril 29 de 2004, Período 122º, ps. 1214 y sgte.

²⁹ Ídem nota anterior, p. 1276. La aprobación fue por 162 votos por la afirmativa, 38 por la negativa y 3 abstenciones.

arribado a un consenso para su sanción; insistieron en que se trataba de una cuestión de política criminal; que la prohibición que establecían era para lo que consideraban como delitos aberrantes; que la concesión o no de la libertad condicional para otros supuestos era potestativa de los magistrados y que desechaban su posible declaración de inconstitucionalidad luego de analizar el texto de la CN y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos³⁰. La discusión en el recinto resultó más reñida, merced a la crítica que había recibido la pretensa ley por parte de algunos sectores de la academia, de la prensa y de organizaciones no gubernamentales, pero finalmente las modificaciones propuestas por los diputados fueron aceptadas y se convirtió en ley³¹.

Así fue aprobada la ley 25.892, determinando un impedimento para las libertades anticipadas de los siguientes delitos:

- 1) Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7° del Código Penal;
- 2) Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal;
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal;
- 4) Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal; y
- 5) Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

Como se ve, parte los delitos a los que se refería el Senador Pichetto (valorando expresamente la peligrosidad de sus

³⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 9ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria, 5 de mayo de 2004, ps. 86 y sgtes.

³¹ Ídem nota anterior, p. 121. Se aprobó por 51 votos por la afirmativa, 4 por la negativa y ninguna abstención. La ley finalmente fue promulgada de hecho el 24 de mayo de 2004, esto es, sin observaciones y, consecuentemente el veto (total o parcial) del Poder Ejecutivo, encabezado por el Presidente Néstor Carlos Kirchner.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

autores), en su momento, ante la realidad que, según él y quienes lo acompañaron en su aprobación, atravesaba el país, fueron los que terminaron siendo incorporados entre las prohibiciones del art. 14 CP.

Es lo que los legisladores consideraron como “**delitos aberrantes**”³², facultad clarísima de designación del Congreso Nacional, que no tiene por qué dar explicaciones de por qué los elige para elevarlos a esa categoría o no (pero va de suyo, de la sola lectura del Código Penal, cualquier lego entiende los motivos de tal elección ya sea por sus consecuencias, por la peligrosidad del autor o por la pena prevista para sancionarlos), extremo que surge también prístino del art. 118 de la Constitución Nacional. Allí se consigna que todos los juicios “criminales” ordinarios, que no se traten de juicios políticos, deben terminarse por jurados.

Como la clasificación tripartita bonapartista del Derecho Penal de 1853/1860 (Constitución histórica) ya no existe (crímenes, delitos y contravenciones, ahora sólo delitos y contravenciones), pienso, como otros publicistas, que esos “crímenes” son delitos graves (o, si se quiere, en términos del legislador “aberrantes”) a cuya distinción le corresponde al Congreso nacional (para que sean juzgados por jurados) que es el que, en definitiva, los sanciona. Pues, en definitiva, el legislador constituyente histórico jamás pretendió que todos los juicios penales terminasen por jurados

³² La ley penal brasilera también prevé una categoría de crímenes (delitos) a los que denomina “hediondos” (repugnantes) como, por ejemplo, los homicidios calificados o practicados por grupos de exterminio, el latrocinio, la extorsión calificada por el resultado muerte, la extorsión mediante secuestro o calificada, el abuso sexual con acceso carnal (“estupro”), etc. (conf. ley 8072), cuya determinación le corresponde al Congreso federal. Conforme el propio texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII), los responsables de estos delitos –y otros que el propio artículo enumera–, no gozan de ciertas prerrogativas como, por ejemplo, la posibilidad de ser amnistiados o indultados o bien se les aplican impedimentos relativos a la libertad provisoria. Hasta donde he podido abarcar a nadie se le ocurrió plantear allí que la previsión constitucional era, paradójicamente, inconstitucional.

(lo que fácticamente sería imposible) sino sólo aquellos que prevén un delito de mayor gravedad (por ejemplo, en la pena).

Vamos ahora entonces a lo que pasó en oportunidad de debatirse en el Congreso la cuestionada ley 27.735³³.

A partir de la aprobación del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Diputados, con base al proyecto presentado por los representantes (en la Cámara Baja) de los diputados del Bloque Federal Unidos por una Nueva Argentina³⁴ (coalición nacida en 2015 a partir de un acuerdo entre Sergio Massa y Juan Manuel de la Sota) éste obtuvo media sanción el 23/11/2016³⁵. Durante el debate parlamentario se volvieron a argumentar similares fundamentos a los expuestos en la discusión de su antecesora, la ley 25.892: que se trataba de una cuestión de política de persecución criminal y de ejecución de la pena³⁶; “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”³⁷.

El diputado **Luis Alfonso Petri** (de la Unión Cívica Radical -Bloque oficialista de Juntos por el Cambio-) presentó el proyecto señalando que “(...), simplemente estamos exigiendo que las condenas que impone un tribunal sean cumplidas. No pedimos más.

³³ Conf. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 21ª Reunión, 20ª Sesión Ordinaria (Especial), noviembre 23 de 2016, Período 134º, ps. 106 y sgtes.; *Cámara de Senadores de la Nación*, versión taquigráfica, Período 135º, 5ª Reunión, 3ª Sesión Especial, 26 de abril de 2017, ps. 6 y sgtes. y *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 12ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria (Especial), Julio 5 de 2017, Período 135º, ps. 105 y sgtes.

³⁴ Conf. Expte. 3805-D-2016 en Diputados y 90-CD-2016 en Senadores, entre otros. 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**, siendo apoyado en la Comisión de Legislación Penal por el oficialismo (Juntos por el Cambio).

³⁵ Conf. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 21ª Reunión, 20ª Sesión Ordinaria (Especial), noviembre 23 de 2016, Período 134º, ps. 106 y sgtes.

³⁶ Ídem nota anterior, ps. 114 y sgtes. y 150.

³⁷ Ídem nota anterior, p. 144.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

No queremos más. Las víctimas tampoco quieren más. Tampoco pretendemos agravar las condiciones de detención; por el contrario, queremos que los establecimientos penitenciarios tengan la capacidad de resocializar, de reeducar y de otorgar un oficio a todas y cada una de las personas que se encuentran privadas de la libertad. Pero queremos 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. (...) nos dicen que estamos violando la máxima consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica, según la cual el fin de las penas es la resocialización. La verdad es que no la personas se resocialicen. El problema es que quienes hablan de ‘resocialización’ automáticamente atan el concepto al de libertades anticipadas. En ese punto sostenemos que esa atadura es antojadiza, porque la resocialización también se puede hacer dentro de los establecimientos penitenciarios. Aclaro que eso no lo hacemos de manera antojadiza ni caprichosa. Por el contrario, hemos tenido en cuenta lo que indican las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, que contiene una definición muy clara que no podemos perder de vista en este debate en relación con cuál es el fin último de las penas. Dichas reglas –que es un estándar que nuestra Corte ha establecido y que necesariamente tiene que cumplir la República Argentina– disponen que las penas y las medidas privativas de la libertad son para proteger a la sociedad del crimen. Éste es nuestro deber primario a la hora de legislar en materia de ejecución de la pena: proteger a la sociedad frente al crimen. Esas reglas van más allá y establecen en el punto 60.2 –esto es central en el marco del tratamiento de este proyecto–, lo siguiente: ‘Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un

régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz'. Claro está que antes de la finalización de la condena es posible y necesario garantizar un régimen preparatorio para la liberación, pero una cosa es decir que antes de la finalización de la pena el Estado debe organizar un régimen preparatorio para la liberación y otra muy diferente que con un tercio de la condena o a mitad de ella el Estado rápidamente le otorgue la salida anticipada o transitoria”³⁸.

El proyecto, al parecer fue suficientemente estudiado y debatido en la Comisión de Legislación Penal de la Cámara Baja: “Puntualmente, en relación con la propuesta de modificación de la ley 24.660, ha existido un debate muy amplio. Hemos escuchado a todas las voces, a organizaciones especialistas en la materia, magistrados, profesores, profesionales y docentes. Hemos escuchado a las asociaciones de condenados y a quienes estuvieron en unidades carcelarias. También hemos escuchado a las víctimas de los delitos. La verdad es que hemos construido, con una Comisión de Legislación Penal abierta, un dictamen que ha recibido muchos aportes, pero también entendemos y respetamos a quienes tienen una mirada diferente”, precisó el diputado Martín Osvaldo Hernández³⁹.

Y con relación a la inclusión de las prohibiciones de libertades anticipadas al cumplimiento de la condena, de los delitos de narcotráfico, fue el diputado Demócrata Cristiano **Juan Fernando Brügge**, el que señaló que habían tomado expresa referencia a la ciudad de Rosario “(...) copada por el narcotráfico por seguir criterios progresistas e individualistas en el tratamiento de todos los procesos

³⁸ Ídem nota anterior, ps. 144 y sgtes.

³⁹ Ídem nota anterior, p. 151.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

penales. Esto ha llevado a que la comunidad de esa ciudad y de Santa Fe se encuentren en un verdadero estado de vulnerabilidad con el avance de dicho flagelo”⁴⁰.

Ya en el Senado el procedimiento fue parecido. Puesta a consideración de la academia, diversos juristas y de distintas ONG⁴¹, concluyendo -los Senadores, en su mayoría- que, pese a ciertos cuestionamientos, las introducciones propuestas resultaban constitucionalmente válidas y que otras, que consideraban violatorias de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos habían sido, por ende, suprimidas⁴².

En dicha ocasión el que se encargó de explicar por qué añadían a ciertos delitos (y otros no) al catálogo de infracciones penales que no habilitan a ningún tipo de libertad anticipada fue el Senador **Ernesto Félix Martínez** (Partido Alianza Frente Progresista, Cívico y Social de la Provincia de Córdoba): “Se trata del elenco de delitos que se incorporan para que no tengan el beneficio de la libertad transitoria o de la libertad asistida o del régimen de libertad anticipada o, finalmente, de la libertad condicional, que es el más grave e importante de todos y que, como dije, es un instituto de fondo que viene desde el Código Penal vigente. La comisión estudió muy bien esto: nuestro miembro informante, el presidente de la Comisión de Justicia, el senador Guastavino, todos los asesores que participaron, los senadores, el especial trabajo del senador Urtubey y de la señora secretaria de la comisión. Estábamos convencidos de que este elenco de delitos es lo que define la situación con la Cámara de Diputados: agregar más, suprimir algunos, llevar a lo que la prudencia nos indica.

⁴⁰ Ídem nota anterior, p. 154. El proyecto obtuvo media sanción, con la votación en general de 134 votos por la afirmativa, 69 por la negativa y una abstención (p. 163).

⁴¹ Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica, Período 135º, 5ª Reunión, 3ª Sesión Especial, 26 de abril de 2017, ps. 8 y 40.

⁴² Ídem nota anterior, ps. 16, 29 y 35 y sgte.

En ese orden de ideas creemos que no todo lo que viene del proyecto de Diputados puede mantenerse. Así, se suprimió como primera posibilidad el homicidio simple. ¿Por qué? Porque se pensó que muchas veces una persona decente, un hombre de bien, ocasionalmente puede incurrir en un homicidio simple. Un duelo criollo o peleas en diferentes lugares, en alguna riña que una persona puede tener en su vida, el dolo de ímpetu frente a determinadas situaciones que se dan en el devenir de las conductas pueden llevar al homicidio simple. Ingresarlo en un catálogo que impida los beneficios de la ley de ejecución penitenciaria nos parecía excesivo y por eso lo suprimimos. Lo explicamos ahora no solamente para convalidar, sino para completar la prolija exposición del miembro informante. Sí se mantuvo para los homicidios agravados, que hoy por hoy son la inmensa mayoría. Ninguna duda nos quedaba con relación a los delitos contra la integridad sexual. Esto debe ser mantenido tal cual viene de Diputados, al igual que la privación de la libertad, delito aberrante si lo hay; el delito de torturas, con una historia monstruosa en la Argentina, que por supuesto es equiparable a los tormentos. Todos estos delitos quedan dentro de este catálogo, al igual que los robos calificados en los que la violencia contra las personas, fundamentalmente por el uso de armas, lleva a una mortificación que impide dejarlo de lado. Hay que hacer una referencia. Se dieron muchos números. La mayor tasa de reincidencia se da con relación a los acusados por robo calificado por el uso de arma de fuego. Sigue –y coincidimos con Diputados–, el secuestro extorsivo, con una salvedad: solo si se causare la muerte de la persona ofendida. Confieso que me llamó la atención esa forma de redacción porque, si incluíamos la privación ilegal de la libertad y el secuestro extorsivo, también podía ser dentro de todas sus formas, ya sobrevenga la muerte de la persona ofendida o no. Me parecía algo contradictorio y hasta ilógico. La



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

oportuna intervención de la señora secretaria de la comisión, la doctora Molina, me advirtió que solo si se causare la muerte de la persona ofendida puede llevar también al secuestrador a cuidar a esa persona que tiene para no incurrir en este agravamiento del modo de ejecución de la pena que supone esta ley. De otro modo sería indiferente o sería indistinto que sobreviva o no el secuestrado, más allá de que la escala penal desde luego es diferente, pero es una amenaza mayor para quien secuestra que, lejos de no entenderse, veo ahora cómo contribuye. La trata de personas también se respeta como viene de Diputados. El delito de aterrorizar a la población o de una forma de terrorismo, que responde también a una norma que yo voté expresamente en contra y que viene de 2011 o 2012, si mal no recuerdo –entiendo que de 2012–, también se mantiene. Queda, por supuesto, aquello que se pudo agregar en cuanto a que, en casos de reclamos de interés social o que hagan al derecho constitucional o a los derechos humanos, para nada funciona esta cuestión, sino la atemorización de modo terrorista de la población. Con respecto al libro II, título III, o sea, todos los delitos que hacen al orden económico y social, desde luego que esto nos va a traer críticas por todos lados. Ya las estoy viendo venir, porque se referían a que era como que no queríamos incluir este tipo de cosas, ha sido suprimido con toda responsabilidad y todos los miembros de la comisión nos hacemos expresamente cargo. Son cuestiones que vienen prácticamente de las leyes de subversión económica, de seguridad nacional o de lo que fuera y lamentablemente fueron reproducidas, yo no sé si por una demagogia penal, como se dijo antes, pero nunca fueron utilizadas y tampoco creo que lo sean en el futuro, pero no era bueno ni adecuado que eso se mantuviera dentro de la reforma de la ley de ejecución penal 24.660. Así que ha sido soslayado in totum por la comisión. Espero que Diputados lo entienda y lo mantenga de ese modo. **Y perviven los artículos que hacen al**

narcotráfico, los incisos 5, 6 y 7 de la ley 23.737, y tres artículos del Código Aduanero que incluyen el contrabando agravado, el contrabando de estupefacientes y el contrabando de armas (...) Está finalizado mi tiempo. Simplemente quería agregar a la excelentísima intervención del señor senador Guastavino la explicación de por qué la comisión, frente a un catálogo de delitos, a algunos los mantuvo y a otros los suprimió.”⁴³ (el destacado me pertenece).

A su turno, agregó el Senador **Rodolfo Julio Urtubey** (del Bloque Justicialista) al respecto: “No estamos planteando una Ley Blumberg, de aumentar las penas de manera absolutamente desproporcionada e irracional. Estamos diciendo una cosa bastante lógica, que es que los condenados cumplan las penas que los jueces ponen. Porque convengamos, señor presidente, que los que mejor están en condiciones de poner penas son los jueces que juzgan al delincuente. Esos jueces son los que acreditan que el hecho existió, esos jueces son los que examinan el daño a la víctima, esos jueces son los que examinan la responsabilidad penal y son los que hacen una especie de “minijuicio” interno para ver qué pena le ponen. La imposición de la pena es, en sí misma, dentro de un proceso de un juicio criminal, un verdadero acto prudencial, donde los jueces examinan exactamente la personalidad del imputado, su contexto de vida, su nivel educativo, todas las cosas que acá se dijeron. Examinan el daño a la víctima, examinan todos esos aspectos y deciden poner una pena. Lo que estamos planteando acá, para hacerlo bastante

⁴³ Ídem nota anterior, ps. 17 y sgte. Insistiendo sobre que se había estudiado profundamente en comisión, la Senadora **Silvia Beatriz Elías de Pérez** (Unión Cívica Radical), resaltó que la prohibición había recaído únicamente respecto de los “delitos aberrantes, delitos agravados que, sin ninguna duda, deben tener un cumplimiento efectivo de la pena” (p. 27). Véase, en este mismo sentido, las alocuciones de los senadores **Enrique Dalmacio Mera** (Alianza Frente para la Victoria, p. 37), **Néstor Braillard Poccard** (Alianza ECO, Encuentro por Corrientes, p. 38), y **Julio César Cleto Cobos** (Interbloque Cambiemos, p. 46).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

sencillo, no es una pena indeterminada que, por supuesto, es inconstitucional. No es aumentar las penas. Simplemente, es decir: el juez, tribunal, artículo 18 de la Constitución Nacional, el juicio previo impuso una pena, pues, en determinados delitos, que cumpla esa pena. No es ni más ni menos que eso. No es inflación del derecho penal, no es demagogia, no es ninguna cuestión vinculada con nuestro pasado, que ha sido ir por ese camino de la inflación penal como una forma de combatir el delito⁴⁴. Traducido lo último, lo que planteó el senador es que se trataba de una cuestión de política criminal estatal, que como forma de prevenir y “combatir el delito” diseñó, en uso de sus facultades y que pretende que en -ciertos- casos, el condenado cumpla la totalidad de la pena en prisión.

Esto último lo resaltó también el Senador **Miguel Àngel Pichetto** (todavía opositor al gobierno, en aquel entonces, aunque aclaró que, desde el Frente para la Victoria, se había dispuesto no ejercer una política uniforme de bloque, sino que cada senador, en este tema puntual, pudiese expresar “su visión y sus convicciones”) quien dijo: “(...) estamos poniendo los delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves para que no obtengan el beneficio ni de la salida transitoria ni de la salida anticipada y que cumplan la totalidad de la condena”⁴⁵. El proyecto fue finalmente aprobado por 48 votos afirmativos, 8 negativos y una abstención⁴⁶.

Pasado nuevamente a Diputados, el proyecto fue tratado con prontitud (acorde a los tiempos legislativos)⁴⁷. El diputado **Luis Alfonso Petri** (oficialista) tomó la palabra para decir que el proyecto ya había sido lo suficientemente discutido tanto en el recinto

⁴⁴ Ídem nota anterior, ps. 25 y sgte. 25.

⁴⁵ Ídem nota anterior, ps. 42 y sgtes.

⁴⁶ Ídem nota anterior, p. 48.

⁴⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 12ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria (Especial), Julio 5 de 2017, Período 135º, ps. 105 y sgtes.

como en las comisiones, por lo que proponía se aceptasen las modificaciones introducidas por el Senado y se aprobase, mientras que su colega **Héctor Pedro Recalde** (Frente para la Victoria), aclaró de entrada que voto que su “(...) bancada ha decidido otorgar libertad de conciencia a sus integrantes”⁴⁸.

Estas expresiones, sumadas a las consideraciones idénticas que efectuara el Senador Pichetto en la discusión en la Cámara Alta, nos permiten ver, sin mayores esfuerzos, que sobre este tema -otra vez- nos encontramos frente a una verdadera política criminal estatal consensuada, entre los principales espacios políticos.

La diputada **Graciela Camaño** (Frente Renovador), lo mismo adelantó que su bloque acompañaría el proyecto, más allá de lamentarse en cuanto a que el Senado restringió el catálogo de delitos “prohibidos”, aunque aclarando que igual lo aceptarían porque “nuestro sistema democrático es bicameral”⁴⁹. E igual proceder fue el del Bloque Justicialista, a través de la exposición del diputado Pablo **Francisco Juan Kosiner**⁵⁰, del Bloque Demócrata Progresista, mediante la alocución de la diputada **Ana Isabel Copes**⁵¹ y del Frente de Todos, a través de la manifestación del diputado **Norman Darío Martínez**⁵².

El proyecto finalmente fue votado por **170 legisladores por la afirmativa** y 8 por la negativa, y 7 abstenciones⁵³.

⁴⁸ Ídem nota anterior, p. 128.

⁴⁹ Ídem nota anterior.

⁵⁰ Ídem nota anterior, p. 131.

⁵¹ Ídem nota anterior, p. 132.

⁵² Ídem nota anterior, p. 50.

⁵³ 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 los partidos denominados “de izquierda”, 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



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Como podrá apreciarse, con este detalle minucioso sobre los pormenores de la sanción de la ley cuestionada, pocas veces se ha visto tan clara la voluntad del legislador (prácticamente unánime) en la sanción de una ley penal que limita -en ciertos casos-, es decir, únicamente aquellos que consideró como delitos graves o “aberrantes” -entre los que comprendió al narcotráfico en sus distintas modalidades, **no importando en este sentido la pena en el caso concreto recaída**- en la prohibición expresa de cualquier tipo de libertad anticipada. En otras palabras más claras, guste o no, lo que aquél claramente determinó es que estos delitos, de existir una sanción de efectivo cumplimiento, dicha condena se cumpla íntegramente en la cárcel (con la excepción que hace el artículo 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal, que ya se analizará, que lo mismo es facultativa del juez por lo que, fundadamente, también puede negar el “Régimen preparatorio para la liberación” por este establecido), no pudiendo obtenerse libertades progresivas durante el transcurso en que dure dicha condena.

La constitucionalidad de esta norma fue algo que no pasó desapercibido por parte del Congreso, y si bien es cierto que a quien le compete dicho análisis y la palabra final sobre su resultado es

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).

al Poder Judicial (impulsado o no por los Ministerios Públicos), aquél se tomó el trabajo de considerar esa variable y finalmente desecharla.

El texto de la norma hoy vigente⁵⁴ y desde el (Nº 27.375) quedó redactado -en los puntos que aquí interesan resaltar del siguiente modo.

En lo que respecta a las modificaciones en la Ley de Ejecución penal se verificaron las siguientes variaciones:

a) **Artículo 1º: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.** (el destacado me pertenece)⁵⁵.

El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.

b) Artículo 5º: El tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso. El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación.

c) Artículo 6º: 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.

⁵⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 28/7/17.

⁵⁵ Como se puede observar, la ejecución de la pena, conforme a la nueva redacción de la ley, no tiene por único fin la reinserción social (que además debe “procurar”, pero no necesariamente lograr, porque es una obligación de medios y no de resultados), ni mucho menos ello debe ser entendido como sinónimo de la obligatoriedad del otorgamiento de salidas anticipadas.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Como puede apreciarse, hasta aquí nada dice la nueva ley acerca de que las acciones que procuran obtenerse a través de cumplimiento de la norma necesariamente deban ser alcanzadas a través de la concesión de beneficios liberatorios anticipados. Pues incluso, cuando en el art. 6° se refiere a la progresividad del régimen penitenciario y que este debe procurar limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, aclara que esto lo es “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”. De manera que, cuando las circunstancias del caso en particular o la propia ley no habilita tal avance, **ello no resulta posible**.

d) Artículo 12⁵⁶: El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de:

- a) **Período de observación;**
- b) **Período de tratamiento;**
- c) **Período de prueba;**
- d) **Período de libertad condicional.**

e) Artículo 13: El período de observación consiste en el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos. Comenzará con la recepción del testimonio de sentencia en el organismo técnicocriminológico, el que deberá expedirse dentro de los treinta (30) días. Recabando la cooperación del interno, el equipo interdisciplinario confeccionará la historia criminológica.

Durante el período de observación el organismo técnicocriminológico tendrá a su cargo:

- a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico; todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado;

⁵⁶ Aclaración: este artículo no fue modificado por la ley 27.375, permaneciendo intacto su texto original, que me parece oportuno igual consignar a los fines de un mejor entendimiento de los que les siguen.

b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento, a los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes;

c) Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado;

d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester.

f) Artículo 14: En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. El período de tratamiento será progresivo y tendrá por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades.

El periodo de tratamiento se desarrollará en tres (3) etapas o fases:

Fase 1. Socialización. Consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico-criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos.

Fase 2. Consolidación. Se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor.

Para ser incorporado a esta fase el interno deberá reunir los requisitos y haber alcanzado los objetivos siguientes:

a) Poseer conducta Buena cinco y concepto Bueno cinco;

b) No registrar sanciones medias o graves en el último periodo calificado;

c) Trabajar con regularidad;

d) Estar cumpliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento;

e) Mantener el orden y la adecuada convivencia;

f) Demostrar hábitos de higiene en su persona, en su alojamiento y en los lugares de uso compartido;



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

g) Contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del director del establecimiento.

Fase 3. Confianza. Consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento.

Para acceder a esta fase de tratamiento deberá poseer en el último trimestre conducta Muy Buena siete y concepto Bueno seis y darse pleno cumplimiento a los incisos b), c), d), e), f) y g) previstos para la incorporación a la fase 2.

El ingreso a esta fase podrá comportar para el interno condenado:

a) La carencia de vigilancia directa y permanente en el trabajo que realice dentro de los límites del establecimiento, y/o en terrenos o instalaciones anexos a éste.

b) Realizar tareas en forma individual o grupal con discreta supervisión en zona debidamente delimitada.

c) Alojamiento en sector independiente y separado del destinado a internos que se encuentran en otras fases del período de tratamiento.

d) Ampliación del régimen de visitas.

e) Recreación en ambiente acorde con la confianza alcanzada.

g) Artículo 14 bis: El ingreso a las diversas fases aludidas en el artículo precedente, deberá ser propuesto por el organismo técnico-criminológico.

El Consejo Correccional, previa evaluación de dicha propuesta, emitirá dictamen por escrito. Producido el dictamen, el director del establecimiento deberá resolver en forma fundada. Dispuesta la incorporación del interno en la fase 3, la dirección del establecimiento, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas remitirá las comunicaciones respectivas al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico.

En caso de que el interno dejare de reunir alguna de las condiciones selectivas o cometa infracción disciplinaria grave o las mismas sean reiteradas, el director, recibida la información, procederá a la suspensión preventiva de los beneficios acordados en la fase 3, debiendo girar los antecedentes al Consejo Correccional, quien en un plazo no mayor a cinco (5) días, propondrá a qué fase o sección del establecimiento se lo incorporará, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico.

h) Artículo 15: El periodo de prueba consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá 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;

c) La incorporación al régimen de semilibertad.

Son requisitos necesarios para el ingreso al período de prueba:

1) Que la propuesta de ingreso al mismo emane del resultado del periodo de observación y de la verificación de tratamiento.

2) Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:

a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena;

b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años;

c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años.

3) No tener causa abierta u otra condena pendiente.

4) Poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar.

El director del establecimiento resolverá en forma fundada la concesión al ingreso a período de prueba, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico.

i) Artículo 16: Las salidas transitorias, según la duración acordada, el motivo que las fundamente y el nivel de confianza que se adopte, podrán ser:

I. Por el tiempo:

a) Salidas hasta doce (12) horas;

b) Salidas hasta veinticuatro (24) horas;

c) Salidas, en casos excepcionales, hasta setenta y dos (72) horas.

II. Por el motivo:

a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales;

b) Para cursar estudios de educación general básica, media, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente;

c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena,

III. Por el nivel de confianza:

a) Acompañado por un empleado que en ningún caso irá uniformado;

b) Confiado a la tuición de un familiar o persona responsable;

c) Bajo palabra de honor.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En todos los supuestos, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos b) y c) del apartado III, las salidas transitorias serán supervisadas por un profesional del servicio social⁵⁷.

j) Artículo 17: Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere:

I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución:

a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba.

b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba.

c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba.

II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente.

III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá meritarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena

⁵⁷ Por otra parte, el Decreto 396/99 reglamenta la Ley 24.660 en algunos aspectos. En lo que aquí interesa, establece: Art. 28. La frecuencia de las salidas transitorias según su motivo, podrá ser la siguiente: I. Para afianzar y mejorar lazos familiares y sociales: a) Al interno que le faltare más de dos años para solicitar su libertad condicional, artículos 13 y 53 del Código Penal, o la libertad asistida, art. 54 de la Ley 24.660: dos salidas transitorias de hasta doce horas y una de veinticuatro horas por bimestre. b) Interno al que le faltare menos de dos años para solicitar su libertad condicional... o libertad asistida: una salida transitoria de hasta veinticuatro horas y una salida excepcional de hasta cuarenta y ocho horas por mes. II. Para cursar los estudios previstos en el artículo 16, II, inciso b) de la ley 24.660: salidas de hasta doce horas con la frecuencia que los estudios específicos que curse el interno requieran, previa comprobación documentada de su necesidad. III. Para participar en el Programa de Prelibertad, será dividido en dos fracciones iguales: a) En la primera fracción una salida transitoria de hasta doce horas quincenal; b) En la segunda fracción salidas transitorias de hasta doce horas con la frecuencia que requiera el caso particular. Art. 29. Las salidas transitorias de carácter excepcional de hasta setenta y dos horas podrán ser concedidas para afianzar y mejorar lazos familiares y sociales en casos debidamente documentados, principalmente por razones de distancia, con la siguiente frecuencia: a) Interno al que le faltare más de dos años para solicitar su libertad condicional (...) o la libertad asistida: una salida por bimestre b) Interno al que le faltare menos de dos años para solicitar la libertad condicional (...) o la libertad asistida: una salida por mes. Estas salidas transitorias excepcionales no son acumulables con las previstas en el artículo 28, I°.

cumplida al momento de peticionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el artículo 102.

IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.

V. No encontrarse comprendido en los supuestos del artículo 56 bis de la presente ley.

VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe.

k) Artículo 23: La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al final de cada jornada laboral. 34 Para ello, deberá tener asegurado, con carácter previo una adecuada ocupación o trabajo, reunir los requisitos del artículo 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del artículo 56 bis⁵⁸.

l) Artículo 23 bis: Para la incorporación al régimen de semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate:

- a) Datos del empleador;
- b) Naturaleza del trabajo ofrecido;
- c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas;
- d) Horario a cumplir;

⁵⁸ Según el citado Decreto 396/99 que reglamenta la L.E.P. (art. 34): Para que el interno se encuentre en condiciones legales y reglamentarias de ser incorporado a Salidas Transitorias o al Régimen de Semilibertad, deberá reunir, previamente, la totalidad de los requisitos que se enumeran: a) Encontrarse en el Período de Prueba; b) Haber cumplido el tiempo mínimo de ejecución de la pena según el artículo 17 de la LEY N° 24.660; c) No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente; d) Poseer conducta Ejemplar; e) Merecer del Servicio Criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las Salidas Transitorias o el Régimen de Semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del interno; f) Ser propuesto al Juez de Ejecución por el Director del establecimiento mediante resolución fundada, a la que acompañará lo requerido en el artículo 18, incisos a), b) y c) de la LEY N° 24.660.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

e) Retribución y forma de pago.

El asistente social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional.

Va de suyo que, conforme al nuevo texto legal todos estos beneficios liberatorios deben ser acordados por el juez de ejecución penal (Art. 19 de la Ley de Ejecución Penal).

Aquí quiero abrir un paréntesis. Y con esto me adelanto a lo que consigna el nuevo texto del artículo 56 bis de la Ley de Ejecución Penal. Este, como se verá, determina en forma categórica que **“no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados”** por los delitos mencionados en el nuevo texto del art. 14 del CP. Y que tampoco pueden obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la Ley de Ejecución Penal.

Entre, estos beneficios, comprendidos en el denominado período de prueba, están la posibilidad de acceder a salidas transitorias (otorgada en este caso a Ariel Omar IRIARTE) e incorporarse al régimen de semilibertad.

De manera que, a mi modo de interpretar la ley y tal como se ha visto al analizar la pretensión del legislador al sancionar la ley 27.375, **los condenados por los delitos previstos contemplados en el artículo 14 del Código Penal -en principio- no pueden acceder al período de prueba al que refiere el art. 15 de la Ley de Ejecución Penal.** Digo, “en principio” porque los beneficios por él contemplados fundamentalmente se centran en la posibilidad de obtener salidas anticipadas al cumplimiento de la pena total aplicada.

Lo expuesto no sólo se deduce del propio texto expreso de la norma, sino que la prohibición final que establece el art. 56 bis, en cuanto a que aquéllos **tampoco** pueden obtener **los beneficios** de la prisión discontinua o semidetención (no así la prisión domiciliaria previstas en los arts. 10 del CP y 32/34 de la Ley de Ejecución Penal que sí está permitida, en cualquier caso).

Ello me lleva a sostener que si el legislador no habilitó a este tipo de alternativas más beneficiosas para el tratamiento penitenciario del delincuente -precisamente para vedarle su libertad, aunque parcial, por haber cometido un delito grave, es decir, valorando entre otras pautas su peligrosidad-, mucho menos pudo haber consentido la concesión de beneficios de salidas temporales (por más breves que fuesen) que son habilitadas (además de verificarse otras circunstancias), en ciertos supuestos, cuando el condenado cumplió solamente la mitad de su pena. Sería una incongruencia alarmante semejante contrariedad, que sin embargo surgía de la omisión de la redacción ley anterior y se corrigió.

Pero ello no obsta a que el condenado que cumpla con los otros requisitos necesarios para arribar al período de prueba, pueda acceder a otras prebendas como, por ejemplo, programas de educación y estímulo que lo vayan guiando al autogobierno (art. 15, primera parte).

No creo que sea posible, en cambio, que pueda incorporarse al condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina, salvo que a través de una demostración fehaciente por parte de las autoridades penitenciarias se asegure que este no podrá



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

fugarse de dichos lugares, porque, como dije, el legislador no lo quiere en la calle⁵⁹.

Siguiendo esta línea de pensamiento, ciertamente el artículo 56 bis, como dije, no permite que los condenados por alguno de los delitos del art. 14 CP, acceder a “los beneficios” del período de prueba. Ello podría derivar a que aquel no pueda verse incluido en ninguna de sus previsiones (“los beneficios”).

No obstante, teniendo en cuenta la progresividad del régimen penitenciario, que el legislador no consignó directamente la imposibilidad de acceder al período de prueba sino sólo a “sus beneficios” y valorando que aquél, como se pudo ver del debate legislativo, lo único que pretendió es que estos condenados no obtengan ningún tipo de libertad anticipada, creo que, en una interpretación “*pro homine*”, tales penados solamente no pueden ser beneficiados con ningún tipo de salida anticipada al cumplimiento total de la condena de prisión o ser puesto en un sitio de detención que habilite a su fuga. Pero sí acceder al período de prueba a otros fines que no tengan que ver con tales libertades.

⁵⁹ Una excepción a esta imposibilidad es la que contempla el art. 166 de la L.E.P., en cuanto determina que “El interno será autorizado, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, para cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario. En los casos de las personas procesadas o condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, o respecto de otros delitos cuando el juez lo estimare pertinente, se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos (2) empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal”. No se trata así de una libertad sin ningún tipo de contralor del servicio penitenciario. De todas formas, podría pensarse extender esta permisión a otros supuestos críticos o de gravedad, o incluso, basados en el interés superior de algún menor que requiera la indefectible presencia del condenado (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22 CN). Lo mismo, el art. 56 quáter de la L.E.P., contempla un “Régimen preparatorio para la liberación”, para los infractores de los delitos mencionados en el art. 14 del CP, que establece la posibilidad de salidas anticipadas para estos condenados, un año antes del cumplimiento de la condena, pero estas lo mismo pueden denegarse por decisión fundada judicial.

Y es por ello que los estímulos educativos del art. 140 de la Ley de Ejecución Penal (que van de la mano con su propósito) y que permiten reducir los plazos requeridos a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario, no sólo deben ser alentados, sino que también deben (y pueden) ser reconocidos.

Claro que el tope de reducción sólo operará hasta que el interno alcance el Período de Prueba, o la fase 3 de “Confianza” del Período de Tratamiento (art. 14), pero llegado a este punto, no podrán descontarse más días, pues, va de suyo, jamás podrá acceder al período de libertad condicional al estar ésta expresamente prohibida (art. 14 CP)⁶⁰.

Continuando entonces con el detalle de los artículos de la Ley de Ejecución Penal que fueron modificados por la ley 27.375 y que hacen al tema aquí debatido, corresponde resaltar los siguientes:

m) Artículo 35: El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando, no encontrándose incluido en los delitos previstos en el artículo 56 bis:

- a) Se revocare la detención domiciliaria;
- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;
- c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;
- d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia.

⁶⁰ Lo mismo, debe recordarse que esta reducción por estímulo educativo del art. 140 de la L.E.P., en cualquier caso (aun respecto de quienes no cometieron los delitos previstos por el art. 14 CP), no es ilimitada, sino que se puede acumular un máximo de 20 meses.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

n) Artículo 54: 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 quáter.

El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida siempre que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación.

El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen si se encontrare comprendido en las excepciones del artículo 56 bis.

El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad.

En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación.

También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación.

El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe.

Al implementar la concesión de la libertad asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

o) Artículo 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.

5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.

6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.

7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.

9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal.

10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.

11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.

p) Artículo 56 quáter: Régimen preparatorio para la liberación. En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior.

Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y,



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión.

En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas.

Como puede apreciarse, la concesión de este régimen también es facultativa del juez de ejecución (“**podrá** acceder”) siempre que, además se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) tener en cuenta la gravedad del delito (no de la pena aplicada en el caso concreto, ni el grado de participación del condenado en el hecho);
- 2) observación de los reglamentos carcelarios;
- 3) informe de la dirección del establecimiento y de peritos (con “s”, es decir, en plural o más de uno) que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social.

Las salidas, en todo caso, son diurnas (para tratar de evitar la facilitación de la comisión de nuevos delitos y/o que el imputado, haciendo uso de la nocturnidad, pueda fugarse con mayor sencillez.

q) Artículo 14 del Código Penal: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.**
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.**
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.**
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.**
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.**

6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.

7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.

9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.

10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.

11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Para finalizar este apartado, voy a hacer referencia a algunos fallos elegidos al azar, en punto a la interpretación que le dio la mayoría de los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal a esta ley, fundamentalmente en lo que hace a su constitucionalidad y convencionalidad, adecuándose a las exigencias pretendidas por el Bloque de Constitucionalidad Federal y a la progresividad del cumplimiento de la pena, exigida por el régimen de la ejecución penal.

Se ha señalado, por ejemplo que, *“De acuerdo a la doctrina del Alto Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ‘última ratio’ (CSJN, Fallos, 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349) ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Sólo se autoriza cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.*

Es por ello que todas las Salas de [la] Cámara Federal de Casación Penal, tal como fuera remarcado por el Fiscal recurrente, ya



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

se han expedido por la constitucionalidad de los artículos 56 bis de la ley 24.660 y del art. 14 del Código Penal, conforme redacción ley 27.375. La Sala IV sostuvo al respecto que ‘como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte.

Y no corresponde al Poder Judicial efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma, en los casos sometidos al control jurisdiccional (cfr. mi voto en la causa FCB 6299/2015/TO1/CFC1 ‘Cruz, Adrián y otros s/ recurso de casación’, reg. n° 1624/19 de esta Sala, rta. el 15/8/2019). [...] no se observa y 43 tampoco se demuestra que la restricción establecida en el inciso 11 del artículo 14 del Código Penal (cfr. ley 27.375) para que el nombrado acceda al beneficio de la libertad condicional impliquen, en el caso, una vulneración a principios de raigambre constitucional o convencional invocados por el recurrente”⁶¹.

⁶¹ CFCP, Sala IV, voto del juez Javier Carbajo, al que adhirió el juez doctor Mariano H. Borinsky en causa N° FMP 906/2018/TO1/6/CFC4 caratulada “Castillo Soler, Francisco Javier s/ recurso de inconstitucionalidad”, rta. el 13/11/2019, registro N° 2292/19). Del mismo modo resolvió en causas FRE 8236/2018/TO1/3/CFC1 “Labrador, Juan Manuel s/ recurso de casación”, reg. n° 1597/19, del 8/8/2019; y en FRE 6637/2018/TO1/1/CFC1 “Rolón Giménez, Fernando Ariel s/ recurso de casación”, reg. n° 1600/19, del 12/8/2019.

Así, en el caso en análisis, no caben dudas que el legislador previó un régimen especial para los delitos enunciados en el art. 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660, por entender que su importancia y lesividad justificaban una prevención general propia, como consecuencia del disvalor con que ha preceptuado tales conductas, sobre las que ha fijado penas más rigurosas que en otras.

La Sala III de esa Cámara indicó sobre el punto -a raíz de la anterior reforma de la ley 24.660- que “(...) *corresponde reparar en que la mayor intensidad de la respuesta punitiva estatal reposa y encuentra adecuado sustento en que el legislador advirtió la necesidad de que a los condenados a determinados delitos -los más graves- se les impida gozar de ciertos beneficios. En ese contexto, la pena prevista para ilícitos como el que nos ocupa, establece la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (artículo 14 del Código penal -según ley 25.892-), así como el impedimento a obtener los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados (artículo 56 bis de la ley 24.660), circunstancias que (...), no obedecen a una mera decisión arbitraria del Poder Legislativo, sino que responden al legítimo ejercicio de las potestades discrecionales que por imperio de la Constitución Nacional posee el referido poder del Estado, el que por motivos de política criminal -ajenos por regla general al control jurisdiccional- ha adoptado tal decisión cuando con motivo o en ocasión de un robo resultare un homicidio (artículo 165 del ordenamiento de fondo)*”⁶².

⁶² Conf. CFCP, Sala III, causa 15.861 “Sotelo, Ángel Damián s/ recurso de casación”, reg. N° 1229/12, del 31/8/2012). Dicha doctrina ha sido ratificada por esa misma Sala respecto de la ley 27.375 en “Medina, Maximilian Germán s/ recurso de casación” causa N° FMP 35385/2017/TO1/8/CFC1 Registro 1756/19 del 26/09/2019, en la causa N° FMZ 35665/2017/TO1/8/1/CFC2, “Herrera R Riquelme, Jesús Manuel s/recurso de casación”, sentencia dictada el 30/06/2020 y en la causa N° FRE 10351/2018/TO1/9/1/CFC2, “Alsina Matías Fidel Sixto s/recurso de casación”, rta. 25/08/2020, entre otros.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En ese mismo sentido se han expedido las Salas I y II de esa C.F.C.P. declarando la constitucionalidad de la norma en cuestión.⁶³

Llegado a este punto -y volviendo al caso en concreto- es necesario destacar que, tal como lo señalé, Ariel Omar IRIARTE fue condenado el 17 de mayo de 2022, en el marco de un procedimiento abreviado (art. 431 bis CPPN), a la pena única de cuatro años y nueve meses de prisión y de multa de setenta unidades fijas, comprensiva de la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de setenta unidades fijas, por el delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de comercio, en calidad de autor, como cometido al menos desde el 24 de enero de 2019 hasta el 12 de diciembre de 2019 y la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y multa de doscientos pesos que fuera impuesta por el Juzgado Correccional N°4 de Bahía Blanca en la causa n°1844/2018, IPP 5991/2017, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737), hecho comprobado el día 7 de abril de 2017.

La investigación, juzgamiento y sanción de este tipo de hechos debe tener una especial consideración, en tanto su impunidad, además de acarrear gran alarma social y desprestigiar en máxima medida la función tutelar del Estado, importarían el

⁶³ CFCP, Sala I, causa N° CFP 5475/2016/TO1/65/CFC9 “Remigio Camacho, José Manuel s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, registro N° 635/20 del 17/06/2020; N° CFP 5475/2016/TO1/68/CFC10, “López, Víctor Hugo Baltazar s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, registro N° 639/20 del 17/06/2020; causa FCT 4841/2017/TO1/4/1/CFC1, “Alfonzo, José Luis s/ recurso de casación”, reg. N° 311/21 del 15/03/2021; N° FPO10493/2018/TO1/2/4/ CFC2 “Di Russo, Fernando Antonio s/ recurso de casación”, reg. N° 573/21 del 28/04/2021 y Sala II en causa N° FMZ 43371/2017/TO1/5/1/CFC1, “Vegas Rodríguez, Yasmin Ayelén s/ recurso de casación”, registro N° 469/20 del 17/06/2020, entre otros).

incumplimiento de las obligaciones internacionales reconocidas por el Máximo Tribunal y por la Constitución Nacional.

En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que todos los órganos del Estado Argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción (CSJN, Fallos, 330:261) y que el tráfico ilícito de drogas y las modalidades de crimen organizado a él asociado, son una fuente constante y permanente de afectación de derechos de los individuos y de la sociedad.

De esta forma, se ha ratificado el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico, recordando que los compromisos internacionales obligan a la Argentina a una “coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención), Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas”⁶⁴.

⁶⁴ Conf. CSJN 402/2014, Recurso de hecho “Fredes, Gonzalo Arturo y otros s/causa n° 13.904”, rta. el 6/3/18.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En ese contexto, el tipo penal por el que fue condenado IRIARTE configura para el legislador un delito grave y por ello ha sido incluido en el catálogo de ilícitos cuyo régimen de ejecución es excepcional.

A nivel nacional, más allá de que, como expliqué esto constituye una facultad del legislador nacional (definir cuáles reúnen tal cualidad) en el Código Penal se consideran “delitos especialmente graves” a aquellos cuya pena mínima supera los tres años de prisión (CP, art. 277 inc. 3°, letra a)).

A su vez, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la ley 25.632 -“Convención de Palermo”-, considera “delito grave” a “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” (art. 2, inc. b).

La gravedad “en abstracto” es entonces el motivo de la inclusión del delito en el régimen especial, mientras que la gravedad “en concreto” es aquella que, a partir de las circunstancias particulares del hecho y del autor, hubo de haber sido ponderada por el sentenciante en la determinación de la sanción.

Establecido lo precedente, corresponde afirmar que las reglas del artículo 14 CP, así como el artículo 56 bis de la ley 24660 -conforme texto de la ley 27.375- no resultan *prima facie* inconstitucionales, pues responden a un criterio razonable de distinción que el legislador puede aplicar y que es propio de las facultades que posee y que puede ejercer dentro del “amplio margen que le ofrece la política criminal”⁶⁵, pues la regla constitucional del artículo 16 no establece una “igualdad rígida”, sino que “entrega a la

⁶⁵ CSJN, *Fallos*, 311:1451.

prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación”⁶⁶.

Concretamente, la constitucionalidad de la norma ha sido sostenida, conforme consultas efectuadas a distintos órganos del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal, por todas las Salas de la Cámara Federal de Casación Penal, quienes han mantenido una postura firme sobre este tema, y en este sentido se han pronunciado sobre la constitucionalidad y convencionalidad de las prohibiciones traídas por la ley 27.375.

De modo que, por economía procesal, tal vez hubiese sido conveniente que el Sr. Juez dejase planteada su postura pero resolviera conforme al criterio del Superior, en una suerte de extensión (a la Casación Federal) de la doctrina del “leal acatamiento de los fallos de la Corte”, que sólo permite apartarse de ellos cuando se expongan cuestiones novedosas que no han sido tenidas en cuenta por el Tribunal. Pero, lo cierto, es que ni se utilizó tal recurso ni tampoco, como he dejado plasmado se han planteado cuestiones novedosas, pues la resolución se basó en fallos de la jurisprudencia y doctrina disidente, que ya han sido tenidos en cuenta por esos Tribunales (que sostienen la tesitura acorde a mi opinión) y desechados.

Veamos:

- En la **Cámara Federal de Casación Penal**, **todas las salas** (aunque sea por mayoría) se han pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma. Los únicos que opinan distinto, son los jueces Ledesma y Slokar. Clara postura contraria, la de la primera, como bien cita el juez y no tanto en el caso del Dr. Slokar, quien pareciera tener un criterio similar, pero en todos los fallos a los que he

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



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

podido acceder (aun consultando a su relatoría), éste desestima los recursos -por otros motivos- sin ingresar con profundidad al fondo de este asunto.

- Los jueces Slokar y Ledesma, en la actualidad no comparten sala, de modo que tampoco podría haber existido un consenso mayoritario entre los dos para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma, salvo que por algún motivo se “alinearan los planetas”.

- Los jueces Figueroa y Petrone, también se han pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma, aunque **-en supuestos concretos-** de escasa lesividad, plantean -solo para ese caso, insisto- la inconstitucionalidad de la manda.

El resto de los jueces, todos coinciden, sin excepciones o reparos, en que la norma es constitucional.

- En el caso de los **Fiscales Generales ante la Cámara Federal de Casación Penal, tres de las cuatro fiscalías** existentes, comparten el criterio que mantengo en este recurso.

- El único que opina en contrario sobre el punto es el Dr. Javier Augusto De Luca⁶⁷. Pero, el Dr. De Luca en principio no

⁶⁷ “Véase, por ejemplo, el dictamen presentado a la Sala IV en el marco de la CFCP, “Machado, Pablo Damián s/recurso de casación, c. Nro. FCT 6748/2017/TO1/15/1/CFC5, del 9/9/20. Quiero destacar sobre este punto, que pese a que el Dr. De Luca se ha opuesto a la imposibilidad de concedérseles libertades anticipadas a los sujetos que cometieron algunos de los delitos enumerados en el art. 14 CP, la Sala II de la CFCP, en los autos FBB 9736/2016/TO1/5/1/CFC10 Lucanera, Emilio Gastón s/recurso de casación”, reg. 867/21, rta. el 3/6/21 (véase en igual sentido, el fallo “Sáenz, Gastón Eduardo”, c. FBB 9736/2016/TO1/12/1/CFC9”, reg. 840/21, resuelta ese mismo día que: “cabe apuntar que la opinión favorable del Fiscal ante esta Cámara Federal de Casación, aún desde la perspectiva de las reglas propias del sistema acusatorio, no puede ser en modo alguno determinante, cuando de lo que se trata es de analizar la constitucionalidad y legalidad normativa y, por lo demás, sus argumentos no encuentran fundamento definitorio sobre el tema. Esto es así, pues la función esencial de la jurisdicción es preservar la vigencia de la Constitución, el Derecho y las leyes, ingresando esa perspectiva en un ámbito donde la opinión del acusador

interviene en estas actuaciones (ignoro si en un caso de subrogancia por ausencia momentánea del titular), sino el Dr. Mario Alberto Villar.

- La **Unidad Fiscal de Ejecución Penal del M.P.F.**, actualmente a cargo del Dr. Nicolás Czizik, mantiene el mismo criterio que el suscripto.

- Los **Juzgados Nacionales de Ejecución Penal** que han respondido a mi requerimiento por oficio para conocer su opinión, sostienen la tesis propugnada en este recurso.

En síntesis, como podrá apreciarse, parece existir un criterio mayoritario, que se inclina por sostener la constitucionalidad de las disposiciones prohibitivas de las libertades anticipadas de los condenados por los delitos previstos por el (“nuevo”) artículo 14 del C.P. y por la reformada Ley Nacional de Ejecución Penal.

- En sentido concordante con lo arriba expuesto, las diversas Salas de la Cámara Federal de Casación Penal se han expedido ante recursos interpuestos por el suscripto en casos similares al presente, haciendo lugar a los planteos impugnativos,

público no se impone *per se* frente a la competencia que nuestra propia carta constitucional ha otorgado a la magistratura judicial. Así, esta esfera de control de constitucionalidad no es disponible, sea cual fuere el sistema procesal que circunstancialmente se adopte. Por eso, lo postulado por el Fiscal en el término de oficina, si bien resulta ser un dictamen que merece la consideración jurídico normativa propia de las partes ante esta instancia, carece de la fuerza determinante que sí cabe asignar a las situaciones vinculadas, por ejemplo, con la disponibilidad de la acción, que expresan una decisión político criminal, por principio, bajo su ámbito funcional. En efecto, desde sus inicios la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que “[e]s elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (Fallos: 33:162, “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”) Véase voto del Dr. Guillermo J. Yacobucci, al que adhirió el Dr. Carlos A. Mahiques.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

revocando lo resuelto por los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca.

Así se han expedido los jueces de la Sala IV en las causas FBB 14557/2017/TO1/1/2/CFC2, caratulada “Pavón, Pablo Julián s/recurso de casación”, el 5/8/2021 y en la causa FBB 19781/2017/TO1/14/CFC8, caratulada “Ferreira, Diego Armando s/recurso de casación” el 23/12/2021 y los jueces de la Sala III, que interviene en estos autos, en la causa N° FBB 19585/2017/TO1/15/CFC6 “GODINO, Juan Pablo s/recurso de casación” y en la causa FBB 19585/2017/TO1/18/1/CFC7 caratulada “CASTRO, Mariano Daniel s/recurso de casación” al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por esta parte y en consecuencia dejar sin efecto la resolución recurrida, declarando la constitucionalidad del artículo 14, inciso 10) del Código Penal, según redacción de la Ley N° 27.375.

También en otros precedentes recientes: CFCEP, Sala III, causa N° FRO 8150/2020/TO1/29/1/CFC5 “RIOS, Claudio Rubén s/recurso de casación”, sent. del 28/09/2022; CFCEP, Sala III, causa N° FSM 83101/2017/TO1/24/1/CFC9 “Barragán, Miguel Ángel s/recurso de casación”, sent. del 24/08/2022; CFCEP - Sala I, causa FBB 27255/2018/TO1/39/1/CFC22 “POBLETE, Rodrigo Fernando s/recurso de casación”, sent. del 04/08/2022; CFCEP, Sala I, en legajo FBB 14869/2017/TO1/3/1/CFC3, caratulado “SCOROLLI, Diego Martín s/recurso de casación”, sent. del 22/06/2022; CFCEP, Sala III legajo FBB 6838/2019/TO1/6/2/CFC5, caratulado: “COSTA, Juan Segundo s/recurso de casación”, sent. del 24/05/2022; CFCEP. Sala III, legajo FBB 19585/2017/TO1/19/1/CFC8, caratulado “LENCINA, María Laura s/recurso de casación”, sent. 11/05/2022; CFCEP, Sala III causa FSM 83101/2017/TO1/25/1/CFC8, caratulado

“OCCHIODORO, Sergio Orestes s/recurso de casación”, sentencia del 27/04/2022.

- Por último no puedo dejar de señalar que recientemente la Corte Suprema de Justicia, al menos en tres oportunidades se ha expedido, rechazando por inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) los recursos extraordinarios interpuestos por las defensas técnicas de condenados por delitos tipificados en la ley 23.737, limitándose así la instancia de revisión al respecto, lo que redundará en pos de la validez de la reforma instada por ley 27.375, y de lo resuelto reiteradamente por las diversas salas de la Cámara Federal de Casación Penal en este mismo sentido.

Nótese que en estos casos no nos encontrábamos frente a un caso en donde se discutía un supuesto agravio federal sobre cuestiones de hecho, prueba o correcta aplicación del derecho, en donde la Corte, en análoga y estricta aplicación del “*writ of certiorari*” del derecho americano, puede desechar sin más trámite ni examen un caso por no considerarlo de trascendencia institucional o insustancial.

Acá estamos frente a una verdadera cuestión constitucional directa compleja (conflicto entre la Constitución o un instrumento internacional sobre derechos humanos con tal jerarquía y una ley nacional, arts. 31, 75, inc. 22 y 116 CN), con lo que la Corte, de estimar que el criterio de la reputada inconstitucionalidad de la ley era correcto, precisamente para garantizar el orden público y la supremacía constitucional y convencional, debió haber ingresado al análisis del asunto y, sin embargo, lo desestimó por no haberlo considerado como tal.

En otras palabras, para la máxima instancia federal del país, la ley que el Tribunal viene reputando de inconstitucional -que prohíbe las salidas anticipadas al cumplimiento



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de la condena en los casos especificados por el art. 14 CP y concordantes de la ley de Ejecución Penal, no es inconstitucional, ya que de otro modo se hubiese adentrado en el fondo del asunto y no lo hizo. Insisto, en sendas oportunidades.

Esta circunstancia trascendental, debiera haber importado en los jueces del tribunal, ahora sí por aplicación de la doctrina del “leal acatamiento de los fallos” de la CSJN (tres (3) causas, FPA 1460/2017/TO1/22/1/1/1/RH2 “Buchanan, Ariel Oscar s/ incidente de recurso extraordinario” de fecha 4 de noviembre de 2021; CFP 5032/2016/2/1/RH3 Ramírez Lebrón, Rafael Orlando s/ incidente de excarcelación de fecha 9 de septiembre de 2021 y causa FCR 1863/2018/TO1/24/3/1/1/1/RH1 “Gálvez, Yovanni s/ incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 15/3/22), un cambio en su tesitura evitando de este modo una suerte de alzamiento a sus decisiones, más allá que hayan sido dictadas para los casos concretos (y por no poseer elementos novedosos que conmuevan a esa postura) y también un dispendio jurisdiccional innecesario, como el que se ha visto en los últimos tiempos.

b) Sobre la afectación al sistema de progresividad previsto por la Ley 24.660 y las normas convencionales. Resultado: Es convencional, respeta el régimen de progresividad y ésta no es sinónimo de salidas anticipadas al cumplimiento de la condena.

Se dice en la resolución cuestionada que la prohibición establecida en el artículo 56 bis de la ley 24.660 afecta la progresividad de la ejecución penal, en particular por impedirle a Ariel Omar IRIARTE acceder a la vida en sociedad progresivamente. Que, de esta manera, se controvierten preceptos básicos establecidos en los

pactos internacionales incluidos en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental y, específicamente, que es contrario a la progresividad del régimen penitenciario como medio para alcanzar la reinserción social, en tanto el sistema progresivo –interpretado de un modo amplio- incluye no solo a las fases y períodos enunciados en el art. 12 de la ley 24.660 sino a todos aquellos institutos que impliquen una morigeración del encierro o egresos anticipados vigilados (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida).

En este sentido se sostuvo en el fallo que se impugna que:

“Sobre los principios constitucionales invocados comenzaré por el principio constitucional rector de la finalidad de las penas estatales, de readaptación social y de progresividad del tratamiento.

Preliminarmente debemos recordar que con la sanción de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 (B.O. del 16/7/96) Argentina cumplió con las pautas ordenatorias establecidas en los tratados internacionales y con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el I° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1955). Por esta ley –complementaria del Código Penal- se incorporaron una serie de libertades que se agregan al art. 13, como la libertad asistida y las salidas transitorias.

El artículo 1° de la ley establece que su finalidad es lograr que la persona sometida a ella adquiera ‘la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social’, fin que está en consonancia con normas integrantes del Bloque Federal Constitucional como el art. 18 de la Constitución, el art. 10.3 del PIDCP que dice que ‘...el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

social de los penados... y el art. 5.6 de la CADH que establece que *‘las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’*.

Al respecto, Alderete Lobo sostiene que ‘...la reinserción social debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad...’. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado la existencia de un mandato constitucional que ordena que *‘...toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP)...’*.

A los fines de la reinserción social, la ley establece la llamada ‘progresividad’ (del régimen penitenciario) que consiste en conferir al penado un paulatino avance hacia su libertad, atravesando distintos períodos sucesivos a través de los cuales las medidas restrictivas van disminuyendo con el objetivo de que el regreso al medio libre no sea brusco, sino gradual.

De esta forma, el contacto progresivo con el medio libre favorecerá ese ideal, que en algún momento de la pena debe ser definitivo. De ahí que la ley prevea egresos transitorios y permanentes evitando a ultranza que la persona agote su pena sin transitar un tiempo en libertad.

Un dato histórico de color: al tiempo de la sanción del Código Penal, José Peco sostenía -citando al filósofo y jurista inglés Jeremías Bentham- que: ‘...En rigor de verdad todos los delincuentes debieran ser protegidos al abandonar la prisión. Bentham, precursor de algunas doctrinas hoy en boga, escribía estas elocuentes palabras: <<El culpable tras la expiración de pena, no debe ser restituido a la sociedad,

sin precauciones y sin pruebas. Pasar repentinamente de un estado de vigilancia y de cautividad, a una libertad ilimitada, equivale a abandonarlo a las tentaciones de la miseria, es un acto de descuido y de inhumanidad que debiera preocupar al legislador>>...’. Es decir, la idea de progresividad y egresos transitorios existe desde que existe la propia pena privativa de libertad como tal.

La ‘progresividad’ que se encuentra a lo largo de toda la ley de ejecución, está definida en los arts. 6 y 12. El primero dice que ‘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 (...)’ (art. 6, ley 24.660 reformado por la ley 27.375). Luego el art. 12 dice: ‘El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional’.

Sobre el art. 6°, sostienen Corbo y Fusco que ‘...la progresividad de la pena consagrada en la norma... constituye una verdadera garantía legal de base constitucional, pues en definitiva se relaciona con la finalidad de reinserción social impuesta en la Carta Magna...’.

En suma, por este punto, la progresividad del régimen penitenciario es el medio para alcanzar la reinserción social, y exige el tránsito – acorde a los esfuerzos y avances del reo- por un proceso gradual y flexible que propicia la evolución paulatina hacia la recuperación de su libertad”.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Al respecto considero, en primer lugar, que corresponde diferenciar entre el tratamiento progresivo que se da intramuros de la progresividad de la pena.

Así, el primero refiere a un tratamiento individualizado según la necesidad del condenado a fin de que vaya progresando, adquiriendo mayores espacios de autodisciplina, es decir en miras a que vaya obteniendo herramientas para retornar pacíficamente al medio libre.

La progresividad de la pena, en cambio, consiste en que el interno tenga la posibilidad de acceder a los distintos institutos liberatorios transitorios o anticipados, previstos en la ley 24.660, que garantiza su derecho a la reinserción social previo al vencimiento de la condena. La importancia de la cuestión radica en no confundir la finalidad de resocialización y readaptación social del condenado con el régimen de progresividad del sistema penitenciario, lo que no necesariamente exige la reincorporación paulatina del condenado al medio libre a través del egreso anticipado al cumplimiento total de la pena, como erróneamente se sostiene en la sentencia.

Sobre el punto, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el art. 10.3 PIDCP que reza “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados” y en el art. 5.6 CADH que dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. La primera de las disposiciones se refiere claramente a la etapa de ejecución de penas, pero de la letra de la segunda no se desprende con exactitud si se refiere a la finalidad de penas privativas de libertad o a su ejecución.

Entonces, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana de Derechos Humanos

establecen un programa determinado del sistema de ejecución de penas, ni imponen a los Estados parte establecer un régimen legal que garantice a todo condenado a una pena privativa de libertad temporal la posibilidad de obtener alguna forma de libertad anticipada antes de haber cumplido totalmente la pena.

Por lo que, en este caso, al evidenciarse un régimen de progresividad de resocialización del interno, previsto en el art. 56 quáter de la ley 24.660, dicho régimen especial de libertad anticipada no presenta problemas convencionales frente al 10.3 PIDCP porque, además, al tratarse en el caso de autos de una pena temporal, se efectivizará (potestativamente) el reintegro del condenado al medio social libre.

Así, entiendo que el magistrado no ha fundado su decisorio en una base argumental puntual y razonada que permita inferir de los artículos alegados un determinado programa de ejecución de la pena privativa de libertad temporal.

Contrario a lo que se postula en el fallo analizado, vale destacar que las salidas transitorias es uno de los períodos del régimen progresivo que permite el egreso anticipado, aunque temporal, del encierro carcelario. Claramente, el régimen penitenciario es más amplio y la progresividad es una característica esencial que debe revestir -por mandato legal-, pero no se define ni se agota en el instituto de las salidas transitorias ni de la libertad condicional.

De manera tal que, la igualación de las salidas transitorias (y las demás libertades anticipadas) con la progresividad del régimen penitenciario constituye una proposición falaz que, siendo el punto de partida de la secuencia argumental esbozada por el magistrado en el decisorio impugnado, vicia la conclusión a la que arriba, tal como se demostrará en los párrafos que siguen.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Ahora bien, como se verá, el argumento fundante de la decisión recurrida es meramente asertivo y no expone las razones concretas por las cuales en el caso bajo análisis se vulnera el “derecho de resocialización” de IRIARTE y se afecta la progresividad de la pena que le fue impuesta.

En ese orden, se advierte que la resolución en crisis afirma la existencia de un principio que llama de ‘reinserción social’, que infiere de los arts. 10.3 del PIDCP y 5.6 de la CADH. Afirma también que es inherente a ese principio la progresividad en la ejecución de la pena -tal como está plasmada en la ley 24.660- y que, además, es inherente a ese principio la posibilidad de una salida anticipada al agotamiento total de la pena privativa de libertad.

Dichas afirmaciones no explicitan el motivo por el cual, ante una condena a pena de prisión temporal, la salida en libertad luego del agotamiento de la pena vulnerará la reinserción social de IRIARTE, solo porque no se le concedió los institutos de libertad anticipada.

Más aún, cuando el legislador ha previsto un régimen de libertad anticipada específico para las personas condenadas por los delitos enumerados en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Se trata del ya aludido “Régimen preparatorio para la liberación”, contenido en el artículo 56 quáter de la Ley 24.660 (versión ley 27.375), en el que expresamente se afirma que en el caso de las personas condenadas por estos delitos “(...) la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior”.

La ausencia de fundamentación es evidente desde que el decisorio no esclarece el sentido y alcance asignados a los términos “readaptación” y “reforma” de raigambre constitucional y convencional cuya afectación alega, de cara al examen completo del régimen legal previsto por la reforma de la Ley 27.375.

Es que, si se sostiene que la República Argentina ha asumido determinadas obligaciones por virtud de un tratado internacional -en el caso instrumentos internacionales de derechos humanos (con o sin jerarquía constitucional)- no basta con identificar la disposición del tratado que se estima aplicable, sino que es necesario establecer su significado y alcance, porque sólo a partir de ello puede decidirse si una ley o un acto de una autoridad estatal constituyen un incumplimiento de una obligación asumida.

En ese sentido, si se afirma que una persona tiene un derecho a que el Estado realice determinada acción en protección de un derecho de esa persona fundado en una Convención o Tratado, esto es, de reclamar la existencia de una obligación positiva, o de un deber de garantía, entonces es imprescindible demostrar cuál es el derecho reconocido o implícito en una cláusula convencional, y cuál el contenido de la obligación positiva o el deber de garantía.

Tal como se desprende de los términos del resolutorio en crisis, nada de esto aparece fundado, ya que se afirma, pero no se demuestra, un deber del Estado de establecer previsiones legales que permitan a los condenados a penas de prisión acceder a formas de libertad anticipada.

La cuestión bajo análisis ha sido motivo de fundados pronunciamientos del Tribunal de Casación Federal, que sostienen el criterio propiciado.

En ese orden, la Sala II de la CFCP, se ha pronunciado recientemente en los siguientes términos: “*En primer*



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

lugar, corresponde señalar que, si bien es cierto que el nombrado no puede acceder al instituto regulado por el art. 13 del CP; la ley 27.375 ha establecido un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad diferenciado para el supuesto en el que se encuentra el encausado, que consiste en el llamado “régimen preparatorio para la liberación” que prevé el art. 56 quater de la ley 24.660... Sentado ello, debe evaluarse la concordancia de ese sistema, instituido por la ley 27.375 -que es el que resulta aplicable al condenado-, con las garantías constitucionales que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad y que la defensa estima vulneradas. Dicho test, obviamente, prescinde de la opinión personal que se pueda albergar sobre la opción político criminal adoptada por el legislador en la materia, y debe progresar teniendo en cuenta que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de su validez (Fallos: 263:309) (...) Así las cosas, con relación al fin de reinserción social de las penas (art. 1, Ley 24.660; arts. 18 y 75.22, CN; art. 5.6, CADH; art. 10, 3 PIDCyP) y la progresividad como medio a través del cual se alcanza ese fin (art. 6, Ley 24.660), no se advierte que el instituto establecido en el art. 56 quater impida su conquista. La interpretación que cabe dar, en lo que aquí interesa, al art. 5.6 de la Convención Americana de Derecho Humanos, de acuerdo con lo que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la de asegurar como finalidad esencial –pero no la única- de las penas privativas de la libertad, la reforma y la readaptación social de los condenados. Aplicada esa regla al presente caso, no se ha demostrado que, a través de la legislación atacada, se lesionen factores que favorecen esos objetivos (CIDH, Sentencia López vs. Argentina, rta. 25-11-2019, Sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, rta.14-05-2013, entre otros) (...) En efecto, el art. 56 quater de la ley 24.660 -que resulta aplicable a Carlos Javier González establece que “la progresividad deberá garantizarse a partir de la

implementación de un régimen preparatorio para la liberación. Dicho instituto consiste en un período de preparación y otro de salidas, las que se realizarán primero con acompañamiento y luego sin supervisión. Así, se observa que la específica normativa aplicable al encausado tiene por norte su resocialización a través de un sistema que es en sí mismo progresivo. En este punto, corresponde remarcar que la libertad condicional constituye una forma, entre otras, de receptar el principio de readaptación social de los condenados. Por lo tanto, no es el único medio o instituto posible para cumplir ese objetivo, ni ese mecanismo resulta excluyente y exclusivo a esos fines, de modo que implique en su peculiaridad, un derecho constitucionalmente reconocido como tal. En consecuencia, la legislación local tiene bajo su competencia seleccionar los instrumentos concretos orientados a ese fin, sin entrar en contradicción con las reglas convencionales sobre la cuestión. En esa línea, tanto a nivel nacional como internacional, se consagra como norte de las penas la resocialización, pero, no se establece una forma específica en que debe llevarse a cabo (...) En consecuencia, la configuración a través de la cual se concreta ese principio consagrado a nivel convencional, queda librado al Estado argentino, esto es, se deja un margen de apreciación nacional, con la lógica salvedad de que los institutos que se establezcan tiendan a lograr ese fin. En el caso del régimen preparatorio para la liberación, taxativamente se dispone que se accederá a él “previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”, lo que evidencia que el fin de readaptación social es asumido en la normativa aplicable al condenado. No se trata de un simple enunciado orientativo o programático, sino de un mecanismo específico de regulación, que contiene las exigencias trazadas de ponderación acerca de la aptitud resocializadora de la sanción padecida. Así, en tanto el régimen establecido por el legislador atiende



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

a ese principio a través de un sistema progresivo y, contrariamente a lo que sostiene la parte impugnante, no constituye una consecuencia que implique la neutralización o el aislamiento de la persona detenida, corresponde rechazar este agravio”⁶⁸.

En idéntico sentido, la Sala IV ha dicho: “*En lo relativo al principio de la progresividad, no podemos desconocer que no hay una regla constitucional que establezca las salidas anticipadas, como una garantía que debe brindar el Estado a la hora de regular su régimen de ejecución de la pena. En este sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas Mandela) -que resaltan la importancia fundamental de los derechos humanos en la administración diaria de justicia penal y señalan que los objetivos de las penas incluyen proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia- prevén la posibilidad de que el régimen progresivo se satisfaga dentro del sistema carcelario. Allí se establece que: “Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Ese propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz” (Regla 60.2) - (el destacado me pertenece). Como se puede observar, el mismo cuerpo normativo reconoce la posibilidad de que el régimen preparatorio para la liberación sea organizado dentro del mismo establecimiento o institución apropiada. De este modo, la ausencia de salidas anticipadas puede ser perfectamente compatible con un sistema progresivo. Y ese es el sistema que ha establecido el legislador a partir de la reforma de la*

⁶⁸ CFCP, Sala II, Causa N° FPO 5833/2018/TO1/1/4/1/CFC1 “González, Carlos Javier s/ recurso de casación”, reg. N°1926/20, rta. 19/11/2020.

ley de ejecución 27.375 a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma donde la ley de ejecución preveía un sistema mediante el cual se preveía a “una liberación condicional” previa al cumplimiento total de la pena. Por su parte, como también lo he expresado en párrafos anteriores, de los fines de la pena reseñados en los tratados de derechos humanos no es posible inferir que los Estados estén obligados a incluir en sus sistemas penales el régimen de la libertad condicional o los institutos de liberación intermedia, ni que tampoco su aplicación resulte accesible para todos los condenados (...) Con el fin de superar las críticas vertidas al anterior artículo 56 bis de la ley 24.660 y a los planteos de inconstitucionalidad que se verificaron en la práctica (aspecto que no impide un nuevo y razonable cuestionamiento) el legislador incorporó el artículo 56 quater, donde se incluye un “Régimen Preparatorio para la Liberación” destinado a aquellas personas que fueron condenadas por los delitos previstos en el nuevo artículo 56 bis”⁶⁹.

Finalmente, no puedo dejar de traer a colación -por su claridad y exhaustividad y experticia en materia de reincidencia y de libertades anticipadas durante la condena, mucho tiempo antes de que esto se comenzara a debatir a nivel doctrinal con profundidad- el repaso y la exégesis de las fuentes convencionales desarrollados en el voto del Dr. Luis M. García, en el marco de la sentencia dictada por la Sala I de la CNCCC en la causa CCC 50310/2007/TO1/2/CNC367⁷⁰.

Allí señaló: “(...) Los arts. 10.3 PIDCP o 5.6 CADH no establecen un programa determinado del sistema de ejecución de penas y sólo aluden de modo general a la finalidad esencial del sistema

⁶⁹ CFCP, Sala IV, FRE 207/2018/TO1/2/1/CFC1, reg. N°1680/20.4, “Vallejos, Juan Manuel s/recurso de casación”, rta. el 8/9/2020.

⁷⁰ CNCCC, Sala I, CCC 50310/200/TO1/2/CNC3, reg. N° 200/2018, “Losio, Leandro David s/recurso de casación”, rta. el 14/03/2018.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

penitenciario o de las penas; no hay tampoco ninguna indicación que lleve a inferir que esas disposiciones imponen forzosamente a los Estados Parte establecer un régimen legal que garantice a todo condenado a una pena privativa de libertad temporal la posibilidad de obtener alguna forma de libertad anticipada antes de haber cumplido totalmente la pena (...) El examen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conduce a una respuesta negativa a la tesis de la defensa. La discusión documentada sólo devela las reservas que suscitaba el texto que finalmente fue aprobado con enmiendas y la reticencia a establecer menciones específicas respecto de las medidas para llevar a ejecución la ‘finalidad esencial’ de reforma y readaptación social de los condenados, en otros términos, la reticencia a abordar los lineamientos de un programa orientado a esa finalidad (...) No hay allí referencia en particular a medidas que permitan la liberación anticipada de los condenados.

A la reticencia a dejar sentado un programa determinado de ejecución penitenciaria ha de agregarse que de la discusión surge que los fines de readaptación y rehabilitación social no fueron concebidos, en el marco del Pacto, como el único fin del sistema penitenciario. Ello se extrae de los trabajos preparatorios en los que se documenta la discusión en punto a que no se acordó que ése fuese el único fin, pues se tomaron en cuenta las opiniones de quienes consideraban el aspecto intimidatorio (*deterrent aspect*) de las penas y del sistema penitenciario (*Bossuyt, op. cit., p. 232, con cita del documento A/C.3/SR.882, § 2 [SU]*).

El Comité de Derechos Humanos, órgano de interpretación y de aplicación del Pacto en el marco de la competencia que le asigna el Protocolo Facultativo, tampoco le ha otorgado al art. 10.3 el alcance que pretende el señor Juez. En su observación general n° 21 sobre el art. 10 (cito en adelante según doc. HRI/GEN/1/Rev.9,

Vol. I, p. 242), el Comité ha abordado el alcance del art. 10.3 en el contexto penitenciario, señalando que a fin de determinar si el principio establecido en esta disposición estaba siendo respetado plenamente era necesario recibir de los Estados Partes informaciones detalladas sobre el funcionamiento del régimen penitenciario, destacando que ‘Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso’ y exhortó a que los Estados Partes especifiquen si disponen de un sistema de asistencia postpenitenciaria e informen sobre el éxito de éste (OG n° 21, párr. 10) (...) y expresó ‘su deseo de ser informado con precisión de las medidas adoptadas para impartir enseñanza, educación y reeducación, orientación y formación profesionales y de los programas de trabajo para presos dentro de los establecimientos penitenciarios o fuera de ellos’ (ibídem, párr. 11); ninguna referencia expresa se hace sin embargo sobre la necesidad de un régimen de libertad anticipada para llevar adelante la rehabilitación (...).

En la misma dirección, partiendo del lenguaje del art. 10.3 del Pacto, la doctrina ha interpretado que la alusión a “finalidad esencial” permite constatar que el fin de readaptación no es el único fin de la pena, y que junto con éste a través del encarcelamiento pueden perseguirse otros fines. Se afirma que, sin perjuicio del respeto de la dignidad humana, los Estados tienen un gran espacio de autonomía para la configuración del sistema penitenciario, y que en la ejecución penal tienen discreción para configurar el sistema introduciendo el trabajo, la promoción de la instrucción general, la formación o especialización profesional, y el cuidado del contacto con los familiares (Gollwitzer, Walter, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR, De Gruyter, Berlin 2005, p. 274, § 17).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Vinculado con el art. 5.6 CADH, que también se invoca, no se advierten en los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indicaciones pertinentes sobre el sentido y alcance del citado art. 5.6; respecto del que no parece haber habido una discusión sustancial, o si la hubo no aparece documentada (confr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, public. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington DC, 1973) (...)

Ahora bien, no obstante la escasa documentación de lo discutido sobre el “valor técnico de la disposición”, no puede omitirse tomar nota de las ricas consideraciones que sobre esta disposición ha publicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31/12/2011).

Ha declarado la Comisión que “la reforma y readaptación social de los condenados, como finalidad esencial de las penas privativas de la libertad (artículo 5.6 de la Convención Americana), son tanto garantías de la seguridad ciudadana, como derechos de las personas privadas de libertad. Por lo tanto, esta disposición es una norma con contenido y alcances propios de la que se deriva la correspondiente obligación del Estado de implementar programas de trabajo, estudio y otros servicios necesarios para que las personas privadas de libertad puedan tener opción a un proyecto de vida digna [...]”. En definitiva, en el programa no se contempla de modo expreso alguna forma de libertad anticipada.

Ahora, en las conclusiones (cap. VII del informe), ha expuesto la Comisión de modo más exhaustivo su concepción sobre el sentido y alcance del art. 5.6 CADH. En ellas no ha dado lugar alguno a la consideración de formas de libertad anticipada al agotamiento de la pena privativa de libertad.

Como puede verse, todo el abordaje de la Comisión sobre el art. 5.6 CADH pone el eje, de modo primordial, en el acceso a la educación y el trabajo, y no en la liberación anticipada del condenado, salvo en dos aspectos que no modifican lo que aquí se expone (...).

En suma, puede concluirse que no se ha fundado, sobre una base argumental puntual y razonada, que pueda inferirse de los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH, un determinado programa mínimo de ejecución de la pena privativa de libertad temporal, orientada de modo esencial pero no exclusivo a la reforma y readaptación del condenado, y menos aún –en defecto de lineamientos de un programa mínimo–, concluyo también que la defensa tampoco ha fundado que pueda inferirse de esas disposiciones que la posibilidad de liberación anticipada es inherente o consustancial a la ratio de aquellas disposiciones, y que los Estados no pueden prescindir de introducir en su legislación alguna forma de liberación anticipada sin infracción a ellas. Destaco nuevamente que tal fundamentación razonada era aún más exigible en un caso como el presente en el que se trata de una pena temporal que en momento ya determinado se agotará, y que por ende posibilitará el reintegro del condenado al medio social libre.

c) La norma del art. 56 quáter de la Ley 24.660.

Específicamente la sentencia impugnada afirma que la progresividad del régimen no se encuentra garantizada con la modalidad preparatoria para la liberación en el artículo 56 quáter, ley 24.660, por cuanto:

“Un análisis que no puedo pasar por alto, es el que se realiza en algunos fallos donde se argumenta la constitucionalidad de la norma al entender que la ley 27.375 incorporó en el art. 56 quater un programa de libertad que abastecería la progresividad, pues comienza



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

un año antes del vencimiento de la pena y puede incluir salidas transitorias a prueba.

En efecto, dicho art. establece el Régimen preparatorio para la liberación, según el cual ‘En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas.’ (art. 56, quater).

De la lectura se advierte la imposibilidad de considerar este programa preparatorio como una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo pues las salidas en este caso comienzan recién 9 meses antes del vencimiento de la pena, absolutamente limitadas pues lo máximo que establece son salidas diurnas de un máximo de 12 horas durante los últimos 3 meses.

Como se dijo -con criterio- en algunos fallos: ‘...Estas salidas de carácter transitorio no logran satisfacer el estándar mínimo

necesario para considerarlas compatibles con el sistema progresivo. Si bien la norma establece que debe garantizarse la progresividad, lo cierto es que dicho enunciado se agota en lo meramente terminológico. Está lo suficientemente claro que mediante el artículo 56 bis el legislador tuvo la intención de eliminar la progresividad del régimen, es decir, impedir que cierto grupo de condenados accedieran a determinados institutos liberatorios, motivo por el cual es difícil de sostener que luego haya procurado garantizarlo. No se puede afirmar simultáneamente que se elimina la posibilidad de acceder a la libertad condicional y al mismo tiempo que subsiste la progresividad del modelo. De modo que no corresponde admitir los argumentos según los cuales la progresividad se encontraría garantizada a través del artículo 56 quater, ley 24.660...”.

Entiendo que, en estos casos, la progresividad del sistema respecto de estos internos **sí** se garantiza a través de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior (art. 56 quáter de la ley 24.660).

Para cumplir el fin de la pena -la reinserción social del condenado (cfr. art. 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP)-, el artículo 6 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad establece un régimen penitenciario basado en la progresividad que implica que “la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos, etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo con su evolución en el régimen (y, en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido) y procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

en el principio de autodisciplina, y, en su momento, su egreso anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.)”⁷¹. (confr. Luis Gillamondengui, “Los principios rectores de la ejecución penal”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, número 12, Lexis Nexos, págs. 1108/9).

Entonces, para alcanzar el fin de la pena privativa de la libertad, se divide la totalidad de la sanción impuesta en cuatro períodos de ejecución conforme lo establece el artículo 12 de la ley 24.660, Capítulo II, Modalidades básicas de la ejecución: “El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) período de observación; b) período de tratamiento; c) período de prueba y d) período de libertad condicional”.

Ahora bien, en el caso de los delitos receptados en el art. 56 bis de la ley 24.660 y en el 14 del CP, se trata de excepciones a las modalidades básicas de la ejecución, lo que no implica que no se respete su finalidad, sino que el cumplimiento de aquellas fases será conforme un régimen especial preparatorio para la liberación.

En efecto, la reforma de la ley 27.375 no ha privado a la ejecución de la pena de instrumentos adecuados a la finalidad de reforma y readaptación, toda vez que los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP no establecen un programa determinado de liberación anticipada al agotamiento de la pena.

Y este régimen especial se aplicará, por igual, a quienes se encuentren en las mismas circunstancias o, dicho en otras palabras, todos aquellos que resulten condenados por alguno de los delitos que el legislador ha considerado de especial gravedad, tendrán

⁷¹ Conf. Gillamondengui, Luis, “Los principios rectores de la ejecución penal”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, número 12, Lexis Nexos, págs. 1108/9.

el mismo régimen específico, acorde a dicha objetiva y valedera razón de distinción.

Dicho régimen no presenta problemas convencionales frente al 10.3 PIDCP que reza “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”, ni con el art. 5.6 CADH que dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, porque además al tratarse de una pena temporal, se hará sin dudas efectivo el reintegro del condenado al medio social libre.

Y, cierto es que el principio en cuestión al que alude el tribunal para declarar la inconstitucionalidad de la norma en este caso en concreto, no resulta vulnerado cuando la distinción fijada por ley se apoya en criterios razonables y objetivos que impida considerar la norma como una aplicación de un derecho penal de autor.

Es que, tal como fuera indicado anteriormente, del debate parlamentario se advierte que aquel criterio, a mi juicio razonable y objetivo de distinción, ha sido la consideración de los delitos como graves, aberrantes o agraviantes para nuestra sociedad; lo que demostraba la necesidad de diferenciarlos de las modalidades básicas de ejecución por necesidades preventivas, tanto especiales como generales. Por lo que no se advierte lesión al principio de progresividad e igualdad al que alude el Tribunal para declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660, conforme texto ley 27.375.

d) Sobre el principio de igualdad ante la ley

Al respecto el Tribunal al declarar la inconstitucionalidad referida y su inaplicabilidad en el presente incidente, sostuvo en relación al principio de igualdad que:



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

“Contraponiendo la reforma al principio de igualdad ante ley, la contradicción también resulta patente, siendo una situación no desconocida para el legislador cuando se debatió y sancionó la ley. El legislador sabía que no se podía negar un derecho a un grupo determinado de personas sin otro fundamento que el delito por el que se los acusaba.

En el fallo ya citado de la CNCCC, ‘Arancibia’, se hizo una muy precisa y completa reseña del debate parlamentario que precedió a la sanción de la primer reforma operada por la Ley n° 25.948 y luego concluyeron los jueces que ‘... [en] ese afán de satisfacer dichas demandas sociales, el legislador no sólo ha olvidado decisiones del máximo intérprete de la Constitución Nacional como la emitida en el precedente ‘Nápoli’ ya citado, sino además, que su potestad legislativa de diseñar las políticas que pretende instaurar encuentra un límite infranqueable, que, como es sabido, está en la Constitución Nacional. Específicamente, ésta en su artículo 28 establece que ‘(l)os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio’. Lo alarmante es que estos ‘olvidos’ tuvieron lugar pese a la preocupación y advertencia que en la cámara de origen muchos diputados demostraron –con argumentos más que razonables– acerca de los riesgos que tenía una modificación como la propuesta (...) Evidentemente, las advertencias de estos legisladores no bastaron para impedir que una ley como la sancionada entrara en vigencia....’.

Esa situación se puede hacer extensiva -con más razón- al debate posterior de la última reforma, donde incluso habían mediado estas declaraciones de inconstitucionalidad de la reforma anterior. Además de esto, a ese momento (2017), la otra cuestión que también se sabía vedada para el legislador era establecer una

separación de trato en razón de una presunta peligrosidad de conductas o autores.

La jurisprudencia que había declarado la inconstitucionalidad de la primer reforma ha remarcado esto y sostenido que ‘...**lo que excede el marco de competencias del legislador es instaurar un sistema donde se presume la peligrosidad del autor, impide cualquier egreso anticipado, no establece un tratamiento específico para esos casos y contradice reglas expresas del mismo régimen que prohíben establecer distinciones de esa clase entre penados.** Introducir **una nueva categoría de condenados** de esta especie implicaba aceptar el fracaso del sistema que contaba con un régimen de salidas anticipadas para todos los internos y, consecuentemente, diseñar otro (...) Sin embargo, nada de esto se hizo y lo único que se buscó, en definitiva, es que los condenados por ciertos delitos cumplan la totalidad de la condena sin ninguna posibilidad de obtener una salida anticipada para neutralizar el peligro que se supuso representaban...’.

La posibilidad de una selección en base a peligrosidad había sido descalificada por la doctrina sentada por la Corte Suprema, principalmente y entre otros fallos, en el 2006 al declarar la inconstitucionalidad de la accesorio de reclusión por tiempo indeterminado para los multireincidentes prevista en el artículo 52 del CP.

En dicha oportunidad, se dijo claramente que ‘...ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución (...) admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de la persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

pena y cualquiera sea el pretexto –peligrosidad no existente o presunta u otro- con el que se quiera ocultar una declaración de enemistad jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación...’.

*Llegados a este punto debemos agregar una variable de análisis más que es el principio de razonabilidad (art. 28 y 33, CN). Como hemos dicho, la igualdad obliga a que no se establezcan excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, lo cual, como sostiene Diego Freedman, es un derecho con jerarquía constitucional y con categoría de derecho humano.²⁹ Y dice el autor "...el derecho a la igualdad se ve vulnerado en situaciones en que un derecho ... es reconocido a determinada persona o a un grupo de personas y no es otorgado arbitrariamente, **sin causa justificatoria razonable**, a otra persona o grupo de personas. En este sentido, afirmamos que el derecho a la igualdad se ve afectado cuando a una persona o grupo de personas no se les concede tal derecho ... En este supuesto hay una afectación a la igualdad y de otro derecho vinculado que no es reconocido...’.*

Es decir, para evaluar si hacia dentro de un grupo o categoría determinada se hallan personas excluidas del goce de un derecho que sí se reconoce a otros, el Poder Judicial debe realizar un análisis de razonabilidad de las pautas de construcción de esa categoría.

En doctrina, Perusín y Moggi afirman: ‘...La selección arbitraria de un sinnúmero de delitos que no gozarán de la posibilidad de acceder a las libertades previstas en el período de prueba, a discreción del legislador, contradice el art. 16 de la CN, ya que estipula que ciertos delitos no podrán gozar del acceso a los derechos liberatorios propios de un sistema penitenciario de avance progresivo. A su vez, los arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

(CADH) y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) receptan la prohibición de discriminación, en tanto **práctica legal que diferencie sin motivos fundados la aplicación de una ley al interior de un mismo conjunto de individuos...**.

En este sentido, no se advierten motivos fundados o causas justificatorias razonables en la selección, sino más bien cierta inconsistencia en la posición que llevara al dictado de la ley.

Adviértase que en el debate parlamentario de la ley 27375, se habló de delitos ‘graves’, ‘aberrantes’, etc. (según versión taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación Período 135°, 5° Reunión, 3° Sesión Especial, 26/04/17) pero existen otros delitos mucho más graves que no se encuentran incluidos como, por ejemplo, los delitos de genocidio y de lesa humanidad de acuerdo a la implementación por ley 26.200 del Estatuto de Roma no se encuentran incluidos, ni el art. 142 ter del CP de desaparición forzada de personas que conlleva prisión de 10 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua. Tampoco el delito de tortura del art. 144 ter que va de 8 a 25 años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta y perpetua. Otro ejemplo es el tipo de privación de libertad coactiva y el de secuestro extorsivo, según el tipo básico de cada figura, cuyas escalas penales son superiores a la aquí analizada (5 a 15 años), como tampoco están incluidos los tipos agravados idénticos tanto en el art. 142 bis como en el 170 también, que tienen una escala que va de 10 a 25 años cuando la víctima de la privación de libertad coactiva fuese una mujer embarazada, un menor de dieciocho años de edad, un mayor de setenta; el hecho se cometiere en la persona de un familiar; se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas; la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado;



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

participaran en el hecho tres o más personas; etc. Si seguimos analizando en el articulado también aparecen otros delitos graves, como el de envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales seguido de muerte del art. 201 bis cuya conminación penal va de 10 a 25 años de reclusión o prisión.

En suma, las diferenciaciones establecidas por el artículo en análisis, se presentan arbitrarias y carentes de un criterio válido que las sustente. En otras palabras, no se advierte, en los incisos previstos en los artículos en cuestión, una comunidad de características que permitan afirmar, de manera razonable, que entre ellos existen iguales circunstancias que impongan igualdad de severidad en orden al tratamiento que los perpetra”.

Contrariamente a lo que sostiene el Sr. Juez, el principio de igualdad ante la ley no se encuentra vulnerado con lo establecido en el art. 56 bis de la ley 24.660. Es que, siempre y cuando se constate que el tratamiento es igual entre todos aquellos internos que hayan sido condenados por alguno de los delitos previstos en el art. 5 inciso “c” de la ley 23.737, la distinción respecto de otros tipos penales está orientada a un fin legítimo y que se apoye en criterios válidos y proporcionados a las consecuencias de la norma, el principio se mantiene incólume.

El examen de la igualdad remite a establecer la razonabilidad o proporcionalidad de la distinción establecida por el legislador, esto es, el análisis acerca de si la regla es idónea o apta para alcanzar la finalidad que persigue, además de la necesidad de su sanción y la proporcionalidad estricta (cfr. un análisis detallado en María Marta Didier, El principio de igualdad de las normas jurídicas, op. cit., ps. 59-77).

En este caso, la distinción es en razón a la naturaleza del delito, que se encuentra dentro del listado de tipos penales tildados durante el debate parlamentario como violento, aberrante o percibido como los más agraviantes.

Recordemos que la garantía de igualdad ante la ley (reconocida por los arts. 16 de la CN; 1º DUDH; 26 PIDCP; 2º DADDH y 1º CADH) radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que “no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, o de ilegítima persecución” (CSJN, *Fallos*, 323:1566).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado los alcances del principio en cuestión. Así, a) el principio de igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones; b) la igualdad implica el derecho que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias que pueden presentarse, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre los habitantes, a condición que el criterio empleado para discriminar sea razonable; e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles o las que deparan indebidos favores o privilegios⁷². (confr. Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho

⁷² Conf. Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I, pág. 259 y CSJN Fallos 301: 381, 1094; 304: 390, entre otros.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Constitucional Argentino, T. I, pág. 259 y CSJN Fallos 301: 381, 1094; 304: 390, entre otros).

De ello se desprende entonces que “[l]a garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas. No se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en las mismas circunstancias, pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas en supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación” (CSJN, “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del CP”, *Fallos*, 321: 3630), o también en fórmula sintética que: “[l]a garantía de la igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias” (CSJN, *Fallos* 325: 3229).

En el caso de los delitos receptados en el art. 14 inc. 10 del CP y 56 bis de la ley 24.660 regirá para todos ellos, por igual, a quienes se encuentren en las mismas circunstancias o, dicho en otras palabras, todos aquellos que resulten condenados –aunque sea con sentencia no firme– por alguno de los delitos que el legislador ha considerado de especial gravedad, tendrán el mismo régimen específico, acorde a dicha objetiva y valedera razón de distinción.

Y sobre la evaluación de los criterios de peligrosidad del delincuente –insisto, condenado aunque con sentencia no firme– y no “sospechado” de haber cometido un delito, en páginas anteriores ya señalé por qué esta devenía procedente, restando simplemente agregar que no aplica en modo alguno el criterio de “*derecho penal de autor*” que algunos alegan para justificar la inconstitucionalidad de la norma

-aunque sin explicarlo con claridad-, limitándose a señalar que la manda coarta toda posibilidad de reinserción social de los condenados por la sola comisión de determinada calidad de delitos que taxativamente enumera, con total prescindencia de la evolución personal y esfuerzo de resociabilización del autor.

Por lo demás estamos hablando de un mismo sujeto, enjuiciado y condenado en una misma causa por un mismo hecho (o hechos). ¿De dónde surge entonces esta imposibilidad de considerar su quehacer delictivo -insisto, en una misma causa y ni siquiera ponderando su actuación en antecedentes previos, lo que, en todo caso, también resultaría válido, merced a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia- como más grave y más peligroso que otros delitos? Recordemos que el derecho penal de autor, en líneas generales es aquel que postula que la persona sea sancionada no por su conducta ni por lo que hizo, sino por diferentes aspectos personales que no suponen ninguna conducta sino más bien un prejuicio o estigma social, discriminando a la persona por su origen, por su comportamiento anterior (no computable a los fines de valorarlo como antecedente condenatorio o para tener por configurada la reincidencia) que denota un riesgo para la sociedad, por sus preferencias o elecciones de forma de vida.

Aquí no ocurre nada de eso. Aquí lo que se valora es la conducta por el propio hecho y la aplicación en consecuencia, de un régimen de ejecución de la pena -en virtud de tal nivel de gravedad del delito- que habilita menos prebendas respecto de aquellos que cometieron un ilícito considerado de tal calidad por el legislador.

e) Las particulares características del caso y la imposibilidad de excepcionar a Ariel Omar IRIARTE de la aplicación de la norma.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En el decisorio que por este medio se impugna, se sostuvo que a fin de efectuar un correcto control de constitucionalidad de la norma resultaba necesario no solo apoyarse en la sola enunciación genérica de principios constitucionales que a su entender se encontrarían en tensión frente a la modificación introducida al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, sino también analizar si el art. 56 bis de la ley 24.660 para ponderar si provoca un agravio constitucional en el caso en concreto.

En ese sentido sostuvo que:

“Antes de concluir el análisis, no puedo dejar de valorar un tratamiento que ha hecho la jurisprudencia de una sala de la Cámara Federal de Casación, desde la feria del 2021, donde se ha comenzado a aplicar un criterio más indirecto, de análisis ‘caso por caso’ teniendo en cuenta que las conductas encuadrables en los tipos penales previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737 no permiten afirmar sin más que presupongan en todos los casos comportamientos ilícitos de particular gravedad.

En el fallo ‘Basualto’ el Dr. Petrone realizó el análisis de la conducta del causante en el hecho por el cual se lo condenara de donde concluyó que ‘...no se advierte que la conducta de Basualto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que fue desarrollada y demás particularidades del caso, tal como fueron valoradas por el tribunal al dictar sentencia, haya afectado de manera sensible y especialmente grave el bien jurídico protegido...’. Se tuvo en cuenta que se lo condenó por comercio de estupefacientes en calidad de partícipe secundario y que si bien participó en maniobras de comercio de estupefacientes las mismas fueron ocasionales, detectándose únicamente una participación esporádica. La propia acusación valoró que Basualto obró como colaborador ocasional en el desarrollo de la actividad ilícita en cuestión. Por eso se dijo que ‘... en este caso

particular y respecto de Basualto, no se adecua al fin perseguido por el legislador al momento de su sanción, que era excluir a los condenados por determinados delitos conforme al descripción de la discusión legislativa hecha arriba, de ciertos beneficios contemplados dentro de la modalidad básica de ejecución de la pena. Dicha norma, entonces, no supera el estándar de razonabilidad sentado por la CSJN y, por ende, resulta en este sentido inconstitucional en el caso concreto. ...’.

*En similar sentido este criterio fue seguido en la instancia por la Dra. Namer en el fallo ‘Antezana Vargas’ del Tribunal Oral Federal n°6 de Capital Federal, donde a la hora de valorar si correspondía o no conceder la libertad condicional a un condenado por comercialización de estupefacientes, dijo que ‘...si bien es cierto que la ley 23.737 sanciona una serie de conductas realmente graves, también lo es que, dentro del abanico de casos contemplados por esa norma, **aparecen situaciones totalmente disímiles en cuanto a esa condición** (...) A tal punto puede ser variada la modalidad de infringir los preceptos de la Ley 23.737, que la necesidad de diferenciar las consecuencias legales para cada una de ellas, fue puesta de relieve por la misma Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, al establecer en el artículo 5° que las Partes dispongan lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados Sin embargo, esas diferenciaciones que la ley razonablemente efectúa, bien a la hora de establecer una escala penal tan amplia para los casos básicos, o bien mediante las agravantes del artículo 11, no se ven reflejadas de ninguna manera en el inciso 10 del artículo 14 CP que, sin excepciones, establece que no procederá el beneficio en los casos de los artículos 5°, 6°y 7° de la Ley 23.737. Por esta razón, a la hora de resolver este caso particular -que se trata de*



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*una tenencia de estupefacientes para comercializar al menudeo, en la que no hubo ninguna circunstancia que justifique apartarse del mínimo de pena establecido para el delito; que no se encuentra afectada ninguna víctima en particular ni hay una especial trascendencia a terceros; ni fuerza ni violencia en la comisión del hecho; que no se afecta de manera sensible el bien jurídico tutelado; que no presenta un beneficio económico trascendente, me veo obligada a tratar al encartado de la misma forma en que hubiera debido tratar a Pablo Escobar Gaviria si hubiera estado ante mis estrados. Por más que lo intente, porque soy sumamente consciente de que los jueces debemos ser prudentes a la hora de analizar la constitucionalidad de una norma, no advierto ninguna manera en que resulte razonable, y mucho menos, proporcional, tratar por mandato legal -basado además en una voluntad expresa del legislador de que no quede en mis manos como jueza de ejecución tener libertad de acción en estos casos-, de la misma manera casos tan distintos. En conclusión, en mi rol de intérprete de la ley, no tengo forma de conciliar el interés válido del legislador en que se cumplan en su totalidad las penas en los casos en que se hayan cometido delitos graves o aberrantes, con mi obligación de contemplar las variables que me lleven a una solución razonable del caso. (...) Así las cosas, al no existir en el texto de la ley ninguna posibilidad de diferenciar los casos que presentan una escasa gravedad, de otros graves o aberrantes, se me coloca en la obligación de tratar de manera igual situaciones palmariamente diferentes; solución que, por otra parte, no encuentra ninguna explicación o justificación en los fines que el legislador tuvo a la hora de sancionar la norma. Ello afecta de manera injustificada la posibilidad de que quienes cometieron hechos como el imputado a ANTEZANA VARGAS, accedan a un derecho que, si bien no es absoluto, le es otorgado a otros condenados por hechos de similar entidad. En síntesis, **este modo de regulación elegido por el legislador***

presenta una desigualdad intrínseca, porque la norma trata de manera idéntica situaciones desiguales; y otra extrínseca, porque impide el acceso a la libertad condicional para casos que, ante igual o, incluso, mayor gravedad -como el homicidio simple-, permitirían el beneficio....’.

En efecto, las normas directrices a nivel internacional, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, ratificada por el Estado argentino mediante Ley N° 24.072, no excluyen la concesión de los beneficios de la ejecución en los casos de condenas basadas en los delitos que ella estipula. Por el contrario, solo contempla la posibilidad de que la autoridad judicial evalúe al momento de decidir cuestiones como la gravedad del delito cometido (art. 3.7) o la concurrencia de alguna de las circunstancias agravantes previstas por ese mismo cuerpo normativo (art.3.5). Es decir, la normativa internacional lleva a evaluar el caso por caso y decidir.

Esta interpretación de la norma es interesante y entiendo puede llegar a compatibilizar el art. 56 bis con los principios constitucionales ya analizados. Se trata de que, siendo la presunción de peligrosidad del legislador basada en la comisión de determinados delitos un estándar insuficiente para determinar ex ante un tratamiento penitenciario específico, en el análisis del caso el Juez si podría establecer si la situación del imputado se ajusta de modo razonable a la pauta de gravedad y distinción establecida por el legislador.

En base a este tipo de análisis y yendo al caso concreto de Iriarte, de la sentencia de juicio abreviado dictada el 17 de mayo del corriente por este Tribunal surge que la condena resultó sustancialmente cercana al mínimo de la escala penal resultante (solo tres meses sobre el mínimo), esto es, muy por debajo del máximo de quince años previsto en abstracto por la norma.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

De hecho, analizado en forma integral el caso, al momento de suscribir el acuerdo, el propio Fiscal discrepó parcialmente con el encuadre jurídico asignado en el requerimiento de elevación a juicio, concretamente en lo que hace a la aplicación de la agravante contemplada por el inciso c del art. 11 de la ley 23.737, y la retiró de la imputación por no encontrarla acreditada con prueba del caso.

*Por otra parte, en los allanamientos practicado en los domicilios vinculados con Iriarte, tanto el de la vivienda de calle Los Eucaliptos de esta ciudad como el de la vivienda de calle Río Limay de Monte Hermoso (v. fs. 2152/62 y 2171/93 de los autos principales), **no se halló estupefaciente alguno** (v. fs.2490).*

Por último, del análisis del caso, a la hora de fijarse la pena en la sentencia condenatoria, se contempló específicamente como atenuante su carácter de consumidor de estupefacientes (cfr. lo expuso en su declaración indagatoria ampliatoria cargada digitalmente en sistema Lex100 y también de acuerdo a lo que surge de las escuchas telefónicas valoradas en el marco del principal).

En suma, el caso de Iriarte no parece ser un caso extremadamente ‘grave’ o ‘aberrante’, de ‘delitos más pesados y las estructuras delictivas más graves’, etc. según las expresiones que se utilizaran en el debate parlamentario de la ley (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, cit.). La gravedad del caso, en última instancia, debe venir dado por la pena que en definitiva se estimó y dictó y, en este caso, como dije, se encuentra muy cercana al mínimo legal.

Por lo expuesto, y según este criterio de Casación que venimos desarrollando, no resultaría razonable negarle a Iriarte el derecho que se les concede al resto de la población carcelaria, a los cuales no se les aplica la norma de la ley 24.660 con su modificación”.

En torno a las conclusiones a las que ha arribado el juez, más allá de traer a cuenta todo aquello que expuse precedentemente en cuanto a la imposibilidad legal de acceso al beneficio de salidas anticipadas para aquellos sujetos que resulten condenados por los delitos previstos en el art. 5 de la ley 23.737 con posterioridad a la reforma del art. 56 bis de la ley 24.660 y lo precisado en cuanto a que el principio de reinserción social no contiene ineludiblemente la concesión de libertades anticipadas, habré de refutar lo esgrimido por el juez como sustento fáctico de su decisorio.

Concretamente el juez sostuvo que el artículo cuestionado es inconstitucional porque no valora la responsabilidad por el hecho ilícito, la que a su vez es la exteriorización de la naturaleza e intensidad del injusto que marca la extensión de la culpabilidad del sujeto al que se le atribuye, contraponiéndose así en el caso concreto a lo prescripto por diversas normas internacionales y principios rectores, citando en respaldo de las conclusiones a las que ha arribado, posicionamientos doctrinarios en ese sentido, así como votos y fallos recientes.

Pero claramente la regla es la que impone el art 56 bis de la ley 24.660, y pese a que en la decisión se sostiene, con los fundamentos expuestos, su falta de ajuste para el caso concreto por cuanto no existiría correlato de lo resuelto al condenarlo, ello no se concluye de lo expuesto.

La norma no hace distinción entre las diversas graduaciones de penas impuestas, ni en el grado de participación enrostrado y menos aún entre los diversos hechos ilícitos consignados en la ley 23.737. Que a la par de ello se da una situación particular, que ya he reseñado, todas las Salas de la Cámara Federal de Casación Penal se han expedido a favor de la constitucionalidad de la norma, salvo votos en casos concretos y en un fallo en particular. Es decir, la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

validez constitucional de la reforma introducida por ley 27.375 hasta ahora no ha sido refutada por la alzada y tampoco por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que coloca a los jueces del tribunal en una posición excepcional, carente de asidero en otros estadios del poder judicial y en una suerte de batalla injustificada en claro detrimento del proceso de reinserción social del condenado y provocando un dispendio jurisdiccional infundado. Tal como lo he sostenido, bastaría con sentar su postura a lo largo de cada resolución, como lo han hecho jueces de otras jurisdicciones.

Que por otra parte, no se da en el caso el supuesto de excepción, que sostuvieron los jueces Petrone y Figueroa, de la Sala 1 de la CFCP, quienes han sido los únicos de las cuatro Salas que componen la alzada, en declarar excepcionalmente la inconstitucionalidad y consecuente inaplicabilidad a un caso en particular del art. 14 inc. 10 del Código Penal.

Concretamente, los magistrados referidos han sostenido en torno a la aplicación de las limitaciones impuestas a aquellos que fueren condenados por la comisión de los delitos contemplados por la reforma introducida por ley 27.375, que: *“...en algunos casos muy extremos la aplicación de esta limitación puede llegar a resultar irrazonable y, por ende, constitucionalmente cuestionable. Esto es, cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado pensado para casos graves de las características que surgen de la discusión parlamentaria que precedió la sanción de la Ley 27375 (ver en este sentido, causas N° CFP 20328/2018/TO1/4/CFC1, “Marín Romero, Débora (J.C.) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. 2076/20 del 30/12/2020, de esta Sala; N° CFP 835/2016/TO1/9/1/CFC6, “Basualto, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad”, reg. 167/21 del 29/1/21, de la Sala de FERIA; y*

N° FCT 4841/2017/TO1/4/1/CFC1, "Alfonzo, José Luis s/ recurso de casación", reg. 311/21 del 15/03/21, de esta Sala)".

Pese a lo que, en la causa citada -en consideración a las características del caso y los elementos obrantes en la misma, resolvieron hacer lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y anular la resolución recurrida en tanto había dispuesto la inconstitucionalidad del art. 14 inc. 10 CP.

Uno de los fallos citados en el expediente precedentemente aludido, es aquel en el que sientan un posicionamiento divergente al del resto de las salas – más allá de que como hemos expuesto SLOKAR y LEDESMA –en particular esta última, poseen una postura similar que no se ha traducido en fallos de casos concretos.

En efecto, en el expediente “Marín Romero, Débora (J.C.) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. 2076/20 del 30/12/2020, del registro de esa Sala, los jueces concluyeron que se da un supuesto de excepción en cuanto a la aplicación al caso concreto del artículo 56 bis, inciso 10, de la ley 24.660 -conforme texto de la ley 27375-.

Allí la jueza Ana María FIGUEROA, de conformidad con las constancias obrantes en la causa, entendió que la norma resultaba inconstitucional en su aplicación al caso concreto por cuanto la condenada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, Débora Marín Romero, al momento en que se realizó el procedimiento que culminó con el secuestro de 17,81 gramos de clorhidrato de cocaína, en su poder y su detención, se encontraba en la calle ejerciendo la prostitución, sosteniendo: “extremos que dan cuenta de las condiciones de vulnerabilidad de la aquí condenada”.

Y postulando en este sentido –en su parte pertinente-: “...Que en innumerables fallos he destacado que no es



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas y que así como los órganos jurisdiccionales destacamos en nuestros pronunciamientos la especial protección que deben recibir las mujeres víctimas de delitos, particularmente a partir del paradigma que se establece por el derecho internacional de los derechos humanos y los instrumentos específicos, no puede soslayarse en el caso la particular circunstancia del presente caso relacionada con la situación de explotación sexual en que fue encontrada la imputada al momento de comisión del delito.

El alcance de la protección que otorgan los instrumentos normativos internacionales sobre derechos humanos en esta cuestión (arts. 1.1 CADH; 2 DADDH; 1 y 7 DUDH; 2.1 y 2.2, 3 PIDCyP) no debe limitarse a repeler o sancionar las injerencias estatales sobre la vida de las personas, sino que también comprende el compromiso de los Estados para la prevención y adopción de medidas para la conformación de una ciudadanía libre de cualquier trato discriminatorio. En otras palabras, es también deber de los Estados promover una sociedad tolerante e igualitaria. Y es aquí donde surge evidente la importancia de trabajar para erradicar los paradigmas de inferioridad de grupos o minorías por cualquier motivo —en el que se incluye la discriminación sobre la base de la orientación sexual— y de prácticas y discursos asentados en la discriminación arbitraria o la descalificación, en el caso mediante la adopción de políticas públicas concretas para eliminar prácticas discriminatorias.

Para concluir, sólo habré de recordar que he sostenido que ‘en una democracia donde mujeres y varones sean efectivamente iguales en dignidad y derechos, libres de violencia, de trata, de discriminaciones de toda índole, se podrá llegar al disfrute del Estado constitucional de derecho que el país ha diseñado y para cuyo fortalecimiento, a los 20 años de la sanción de la reforma

constitucional, continuamos trabajando para lograrlo' (el destacado corresponde a esta cita) (cfr. "Revista Derecho Público", Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación e Infojus, Año III, Número 8, Buenos Aires, agosto 2014, pág. 101 y siguientes).

Frente a las especiales características que rodearon la tenencia de estupefacientes atribuida a Marín Romero, corresponde no agravar aún más la consecuencia de su conducta con un endurecimiento y restricción de derechos en el régimen de ejecución de la pena que se encuentra cumpliendo.

De ello se deriva que estamos frente a una norma que, si bien en general y en su sentido literal puede presumirse válida, dicha presunción puede revertirse en el análisis de cada caso concreto a partir del modo en que la regla legal de referencia es aplicada y de las circunstancias particulares de la causa. Ello, pues la justificación general que puede predicarse de la norma en estudio en cuanto a su razonabilidad, pierde efecto en el caso, pues el conflicto entre los derechos en juego y la restricción de los mismos, sólo puede resolverse a favor de esto último a partir de la gravedad del hecho motivo de condena y, al no concurrir esta característica en el caso particular, dicho conflicto debe dirimirse, entonces, afirmando la irrazonabilidad de la distinción y de la restricción que ella conlleva.

Con relación a ello, corresponde señalar que si bien "...la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras" (Fallos: 338:488; 339:323, entre muchos otros), no puede por otra parte soslayarse que la norma en estudio está en conflicto con diversos principios constitucionales y convencionales (igualdad, proporcionalidad, humanidad y resocialización), y –como se dijo– fue creada en el marco de una legislación que, progresivamente, fue imponiendo mayor rigurosidad al régimen de la libertad condicional y



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

las demás modalidades de libertad anticipada, con fundamento en la gravedad de los delitos motivo de condena, y que ésta es la condición de su validez constitucional, esto es, de la razonabilidad en la afectación que produce en los derechos citados...”.

En sentido coincidente, en aquel fallo el juez Daniel Antonio PETRONE, sostuvo en referencia a las conductas típicas que abarca el artículo 5 inc. c) de la ley 23.737, que: “(...) se advierte fácilmente que dicho delito, tal como se encuentra tipificado, abarca una enorme cantidad de casos, que pueden llegar a ser muy disímiles en su entidad y gravedad. De ahí la amplitud de la escala penal con la que se encuentra conminado. Lo expuesto se encuentra, además, comprobado por la experiencia, que muestra como conductas muy distintas entre sí, en cuanto a la situación y la modalidad concreta en las que fueron desarrolladas, encuadran en el mismo delito.

Tal circunstancia no fue contemplada por el legislador al modificar los artículos 56 bis de la ley 24660 y 14 del CP y vedar, sin más, en el inciso 10 de ambos artículos, la posibilidad de acceder a diversos beneficios previstos en la modalidad básica de ejecución de la pena a todos los condenados por el delito previsto en el artículo 5, inciso “c” de la ley 23737.

Por ello, en algunos casos muy extremos la aplicación de esta limitación puede llegar a resultar irrazonable y, por ende, constitucionalmente cuestionable, cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado, considerando las circunstancias concretas que rodearon las conductas por las cuales fueron penados, no guarde relación con la que se verifica en los restantes casos abarcados. De modo que, no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado, pensado para los casos que resulten especialmente aberrantes para la sociedad (...).

En el sub lite, se presenta esta divergencia o disociación entre los supuestos que se busca abarcar y son alcanzados por la norma y el caso traído a estudio. Ello, toda vez que no se advierte que la conducta de Marín Romero, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que fue desarrollada y demás particularidades del caso, tal como fueron valoradas por el tribunal al dictar sentencia, haya afectado de manera sensible y especialmente grave el bien jurídico tutelado, conforme a los términos que se vienen analizando (...).”.

Tal como puede advertirse, este salvoconducto hacia la inaplicabilidad concreta de las normas en análisis al presente caso, no es viable y a todas luces pone de resalto la falta de fundamento real de lo resuelto al respecto, por cuanto no se verifica en la presente condición de vulnerabilidad de entidad tal, por parte de IRIARTE, que permita evaluar si la norma resulta injusta por inconsistencia de los fundamentos que fueron tenidos en miras al dictarla y contraria a convenciones internacionales, así como garantías y derechos consagrados constitucionalmente.

En efecto, surge del informe remitido por la unidad penal (conf. f. 4 de este incidente, en particular del informe de “Historia Social” del nombrado, que Ariel Omar IRIARTE, de 47 años de edad, posee dos hijos, que en su crianza no tuvo necesidades económicas y sociales, contaba con instrucción primaria completa, y que era empleado del Banco de la Provincia de Buenos Aires desde sus 20 años, empleo que cabe agregar, conforme surge de la causa principal, poseía al momento en que comenzó su actividad de comercio de estupefacientes, conforme quedó acreditado en la sentencia condenatoria.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En otros términos, estamos ante un hombre adulto, que al momento de los hechos contaba con un entorno familiar que lo contenía y que poseía trabajo fijo y formal (empleado del Banco de la Provincia de Buenos Aires), con estudios primarios completos. Por lo tanto, aquí no puede hablarse de la fatalidad en la condición de despojo en que se encuentra quien no posee medio de subsistencia alguno o ha perdido todo cuanto poseía, dedicándose a esta actividad ilícita porque “no le queda otra” –aunque sostengo que siempre deben ser superadoras aquellas opciones que no se traduzcan en hechos ilícitos– no configurándose por consiguiente la situación de extrema vulnerabilidad que analizan en su fallo los jueces Ana María Figueroa y Daniel Antonio Petrone, y por la que hicieron lugar a la inaplicabilidad de la norma al caso concreto.

Adunado al contenido del informe recién citado, se debe agregar que, en forma previa a los hechos por los que resultó condenado en la causa principal, el imputado ya había sido condenado a una pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional por el Juzgado Correccional N°4 de Bahía Blanca, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primer párrafo, ley 23.737), hecho comprobado el día 7 de abril de 2017, cuya sentencia adquirió firmeza el día 28 de agosto de 2018, y cuya condicionalidad fue revocada el día 12 de abril de 2021 (adquiriendo firmeza esa revocación el 12 de octubre del mismo año), pena que fue materia de unificación en la sentencia del 17 de mayo de 2022.

Es decir, pese a la existencia de esta condena en suspenso, incurrió nuevamente en un delito en infracción a la ley 23.737, ahora calificado como comercio de estupefacientes como cometido al menos desde el 24 de enero de 2019 hasta el 12 de diciembre del mismo año (art. 5 inc. “c” de la citada ley).

A partir de ello, en la sentencia condenatoria se le aplicó una pena de cuatro años y tres meses de prisión (y una pena única de cuatro años y nueve meses), apartándose de la pena de cuatro años y seis meses de prisión (y de la pena única de cinco años) que se había arribado en el marco del acuerdo presentado en los términos del artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

En torno a ello, corresponde realizar las siguientes aclaraciones.

La primera tiene que ver con que se arribó a su condena tras la realización de un acuerdo de juicio abreviado, es decir tras una concreta negociación, no una imposición de pena durante un juicio oral y público, sino un acuerdo entre esta representación del Ministerio Público Fiscal con el imputado y su defensa, por lo que tanto la calificación como la graduación de la pena podría no verse reflejada de modo absoluto en lo consignado en el acuerdo, en tanto es el producto de propuestas y contrapropuestas en el marco del debido proceso penal y el respeto a las garantías fundamentales del imputado, entre las partes del proceso -y en donde, no puede negarse, la actitud conciliatoria del imputado y la conformidad (y la de su defensa), evitando un dispendio jurisdiccional innecesario (celeridad procesal) deben sin dudas jugar a su favor, valorándose como un elemento atenuante en la ponderación de la pena a imponérsele.

Negar esto, es negar la realidad de lo que ocurre diariamente en nuestros Tribunales. Pero tal reconocimiento tiene solo ese límite: la atenuación de la pena propuesta, pero jamás (si no quedó así plasmado en el acta de acuerdo respectiva) repercusiones en los beneficios que podría gozar como condenado que, además, en el caso



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de la libertad condicional prohibida por ley, si el fiscal accediese a ello estaría actuando *contra legem*.

Que, por otra parte, y a diferencia de lo que considera el juez en el resolutorio que se impugna, quedó probado que el bien jurídico tutelado fue afectado gravemente, más allá de que como postula el Magistrado, ello no se haya visto reflejado contundentemente en la pena impuesta, por cuanto, tal como lo sostuve precedentemente, la misma fue producto de un diálogo, una negociación con IRIARTE y su defensa.

A partir de esa pena acordada, fue desde dónde comenzó a analizar el monto punitivo aplicable el Tribunal Oral, reduciéndola en tres meses.

Luego de todo lo expuesto hasta aquí, se arriba a la inexorable conclusión de que no existe ninguna analogía entre lo acontecido en el caso de marras y el arriba citado “Marín Romero”.

Debe remarcarse aquí, al contrario de lo que se postula en la sentencia impugnada, que el nivel de gravedad del delito cometido jamás puede basarse exclusivamente en la pena impuesta (ni en la de prisión ni en la de multa exclusivamente). Tiene que ser ponderado en el contexto general de lo que se acreditó o de lo que se le imputa (los hechos) y ahí sacar las conclusiones que correspondan.

Resalto, aunque suene fatigoso: la ley **no** hace excepciones para impedir las salidas anticipadas o morigeradas de si la pena es poca o es mucha. No la hace. Entonces a título de qué se pueden hacer al momento de resolver los casos en concreto. ¿Dónde queda parada aquí la pregonada división de poderes, a la que jueces y fiscales ponemos el grito en el cielo -con razón- cuando los legislativos y, sobre todo los ejecutivos, se entrometen en cuestiones que no les son propias? ¿Por qué le hacemos “decir” a la Constitución, cosas que ésta no establece, para justificar en casos como el que nos ocupa, la

pulverización de una norma que no es desigualitaria -porque es igual para todos los iguales que cometieron esos delitos- y además es una decisión de política criminal, ajena al Poder Judicial, en la que, como se vio, -todos los representantes del pueblo y de las provincias, o su mayoría, estuvieron de acuerdo y que no se traduce en una decisión palmariamente ilegal y vilipendiable de la dignidad humana?.

Sinceramente no lo entiendo. Solamente decidieron que estén presos hasta que cumplan su condena lícitamente impuesta. Y nada más. Si este tipo de decisiones -que no afectan derechos, sino que restringen beneficios- son consideradas inconstitucionales, es muy difícil hacer Política Criminal en la Argentina. Y eso se traduce en favor de unos, pero en detrimento de otros, diría de una inmensa mayoría: una sociedad que acordó un pacto social con el Estado para que este la proteja y para que los que han vulnerado la norma, sean juzgados y en caso de ser hallados culpables, condenados a sanciones razonables, pero que, sobre todo, cumplan con esa pena.

Luego de este desarrollo queda de manifiesto que no nos encontramos ante un supuesto de excepción a la norma. En este sentido, resulta aplicable al caso lo resuelto recientemente por la Sala IV de la CFCP en la causa FBB 14557/2017/TO1/1/2/CFC2, caratulada “Pavón, Pablo Julián s/recurso de casación”, también de esta jurisdicción, al concluir que: “(...) En función de lo expuesto, teniendo en especial consideración los parámetros jurisprudenciales esbozados en los precedentes citados, y **toda vez que el tribunal a quo, tal como lo señala el señor fiscal en su recurso, no ha desarrollado en el pronunciamiento bajo estudio una fundamentación suficiente para demostrar que la norma cuestionada revele una repugnancia manifiesta y de incompatibilidad inconciliable con las cláusulas constitucionales invocadas (principio de igualdad y fin resocializador de la pena),**



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

corresponde revocar la resolución impugnada. IV. Por todo ello, corresponde: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, revocar la resolución recurrida, declarar la constitucionalidad del art. 14, inc. 10 del C.P. (según ley 27.375) y remitir las actuaciones al tribunal a quo, a sus efectos. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del CPPN)...” (del voto del juez Hernán Mariano BORINSKY, compartido por el juez Javier CARBALLO). (El resaltado me pertenece).

Por lo expuesto, lo señalado en torno al caso en particular no puede llevarnos a otra conclusión de que lo resuelto por el juez es infundado y carece de la razonabilidad propia de los actos procesales válidos, por lo que deberá declararse la nulidad de lo resuelto.

VIII. LA PRESCINDENCIA DE LA COLOCACIÓN DE DISPOSITIVO DE MONITOREO ELECTRÓNICO.

Como adelanté, además de concederle las salidas transitorias a un sujeto condenado (por sentencia no firme) por un delito excluido de ese beneficio por la ley 24.660, se ordenó no colocarle el dispositivo de monitoreo de control electrónico que garantizaba el control sobre su cumplimiento, asegurando en cierta medida su eventual evasión y, lo más importante, constituía un certero mecanismo de contralor para evitar que el sujeto volviese a cometer delitos.

A este respecto sostuvo el señor juez que:

“En relación al dispositivo electrónico de control, atento lo informado por la Dra. Maricel Cardozo de la Asesoría Letrada de la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, Subsecretaria de Asuntos Penitenciarios, en el expediente FBB 4441/2019/TO1/3 –y en otros incidentes- en que se ha hecho saber que

conforme la normativa que regula el funcionamiento de esa Dirección – conf. Resolución 808/16 y su protocolo de actuación- ‘los dispositivos electrónicos estarán disponibles para aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad en una Unidad Penitenciaria y en condiciones de acceder al arresto domiciliario’ y no este instituto de salidas transitorias, por lo que deberá prescindirse de su colocación por esta imposibilidad material manifestada por la autoridad de ejecución y control. Esta información cuenta como ‘informe de los órganos de control’ que señala la ley, dejando constancia de que no existe la posibilidad de que informe al respecto un ‘equipo interdisciplinario’ pues no se cuenta con ese recurso en este Tribunal”.

**a) ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL
CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE PLANTEA.**

Tal como lo he sostenido, en el presente recurso la declaración de inconstitucionalidad de una norma es de carácter excepcional y en este sentido se ha expedido la CSJN en numerosos precedentes, y solo si no cabe otro remedio que declarar la inconstitucionalidad para subsanar el quebrantamiento al orden jurídico advertido, es que debe procederse, dándose esta situación en el presente caso.

Ahora bien, la inconstitucionalidad constatada respecto de la Resolución 808/16 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se presenta por dos motivos.

- Primero, porque la reglamentación de la ley fue formulada por un funcionario que no tenía competencia a ese fin, desnaturalizando el fin de la norma, al anular prácticamente su virtualidad y ejecutoriedad y al sopesar vulnerabilidades efectuando distinciones de gravedad donde la ley no lo hace.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- Y en segundo lugar, porque dicha reglamentación (insisto, de la reglamentación de la ley presidencial) resulta contraria a los lineamientos generales de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, que justamente pretende evitar y/o limitar la reincorporación anticipada a la sociedad de las personas condenadas por determinados delitos (art. 56 bis) y que, en caso de acceder a la posibilidad de acordar libertades morigeradas, o regímenes de encierro menos gravosos que la prisión carcelaria, conforme el sentido de la norma, estos casos son justamente aquellos donde deben extremarse las medidas de control – y consecuentemente resultan prioritarios para la colocación de las pulseras electrónicas-, y no los establecidos en la resolución ministerial cuestionada, donde se aplican criterios totalmente distintos a los asentados por el aludido cuerpo normativo.

Esto también se advierte con relación al Código Penal, en tanto la redacción vigente del art. 14, según texto Ley N° 27.375 que modifica la Ley de Ejecución de la Pena N° 24.660, veda el acceso a la libertad condicional de los condenados por los mismos delitos detallados en el art. 56 bis antes mencionado (también según texto Ley N° 27.375).

a) Inconstitucionalidad de la Resolución N° 808/2016 por falta de legitimación; exceso de reglamentación de los arts. 16, 28, 33, 45 y 54 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 alterando su espíritu; y violación del principio constitucional de igualdad ante la ley.

La resolución que aquí se recurre hace referencia en sus considerandos a las respuestas de la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica Subsecretaria de Asuntos Penitenciarios efectuadas en el marco del incidente FBB

4441/2019/TO1/3 (y otros incidentes que refiere genéricamente), en las que se indicó que esa Dirección no se encontraba autorizando la colocación del dispositivo electrónico de control, pues los mismos se priorizan para los casos de detenidos en establecimientos carcelarios a los que se les concede arresto domiciliario, extremo que no acontece en el particular (en el que IRIARTE si bien está en una unidad penal, se le concedió el instituto de salidas transitorias).

Así las cosas, previo a analizar la resolución y protocolo mencionados, entiendo prudente hacer una sucinta síntesis de la normativa aplicable a la cuestión del monitoreo electrónico de las personas que gozan de algún beneficio o morigeración en las condiciones de detención o prisión efectiva.

En primer lugar, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660 y modificatorias, dispone:

i) Al regular las salidas transitorias que “Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad **se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control**, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (artículo 19, último párrafo, conforme redacción introducida por Ley N° 27.375). Como ya lo expuse, en la decisión cuestionada ningún análisis se hizo respecto al eventual acompañamiento de un empleado, como medida alternativa de control.

ii) Al regular la libertad condicional que “Al implementar la concesión de la libertad condicional, **se exigirá un dispositivo electrónico de control**, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (artículo 28, quinto párrafo, conforme redacción introducida por Ley N° 27.375).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

iii) Al regular la prisión domiciliaria que “Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria **se exigirá un dispositivo electrónico de control**, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (artículo 33, quinto párrafo, conforme redacción introducida por Ley N° 27.375).

iv) Al regular la prisión discontinua o de semidentención que “En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, al implementar la concesión de la prisión discontinua o semidetención, **se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control**” (artículo 45, segundo párrafo, conforme redacción introducida por Ley N° 27.375).

v) Al regular la libertad asistida que “Al implementar la concesión de la libertad asistida, **se exigirá un dispositivo electrónico de control**, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución” (artículo 54, último párrafo, conforme redacción introducida por Ley N° 27.375).

Es decir, aunque se concedan este tipo de morigeraciones de la prisión carcelaria o incluso la libertad condicional, como sucedió en este caso, la ley lo mismo **exige** que el monitoreo electrónico permanezca colocado o que se lo implemente si no lo tiene puesto.

Es de resalto que la cuestión de la colocación de dispositivos electrónicos de control, en lo que aquí interesa, fue incorporada al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad por la Ley N° 26.813, publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 2013. Es decir que, desde esa fecha a la actualidad la colocación es un

imperativo que cumplir al implementar la concesión de prisión domiciliaria, libertad condicional, libertad asistida, etc. Nótese que incluso la norma no utiliza el término “*deberá*” como obligación del juez, utilizada en las disposiciones constrictivas de similar tenor. Consigna expresamente la palabra “***exigirá***”, esto es, según el Diccionario de la R.A.E.: “Pedir [imperiosamente], por su naturaleza o circunstancia, algún requisito necesario”. Es decir, no sólo no es potestativo del juez aplicar o no el aparato, sino que constituye un *supra deber*, por el cual la norma lo constriñe a procurar por todos los medios habidos y por haber que se cumpla lo que ella determina.

De modo que no resulta suficiente la excusa de que “informaron que no aplican más pulseras” ¿Quién lo informó? ¿El asesor legal de una representación de la representación de un ministerio, por disposición de un ministro incluso anterior al actual?

Por **la Resolución N° 1379 del 26 de junio de 2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, esto es, posterior a la sanción de la Ley N° 26.813 que ya contemplaba la exigencia del monitoreo electrónico, se creó el **Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica** dependiente de la Dirección Nacional de Readaptación Social de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia de ese Ministerio.

El Programa mencionado tiene como objetivos, según el artículo 2° de la Resolución:

- 1) Realizar acciones que contribuyan a mitigar el impacto negativo de la privación de la libertad y promuevan una mayor integración de la persona con su núcleo familiar y la comunidad.
- 2) Realizar los informes técnicos de viabilidad para la implementación del mecanismo de vigilancia electrónica.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

3) Articular con la autoridad judicial competente a los fines de la implementación y desenvolvimiento del mecanismo de vigilancia electrónica.

4) Articular con los actores involucrados en las distintas etapas del proceso judicial con vistas a alcanzar el correcto y efectivo funcionamiento del mecanismo de vigilancia electrónica.

5) Realizar la supervisión integral del Mecanismo de Vigilancia Electrónica.

6) Elaborar datos estadísticos sobre el funcionamiento y efectividad del Mecanismo de Vigilancia Electrónica de personas sometidas a medidas restrictivas de la libertad.

Por otra parte, la Resolución aprobó el **Protocolo de Actuación para la Implementación del Mecanismo de Vigilancia Electrónica del Arresto Domiciliario**, como Anexo I.

Para ello, la cartera ministerial tuvo en consideración que entre sus objetivos institucionales –según la Ley de Ministerios- se encontraba el de la organización, funcionamiento y supervisión de los establecimientos penitenciarios y de sus servicios asistenciales, promoviendo las mejoras necesarias para lograr la readaptación del condenado, el adecuado tratamiento del procesado y la efectiva coordinación de la asistencia post-penitenciaria y que tales fines resultaban acordes con el Plan Estratégico 2012-2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, actualizado por Disposición S.P.E. N° 002 del 30 de noviembre de 2012, entre cuyos desafíos se encontraban el fortalecimiento de las capacidades institucionales de la Cartera y el desarrollo de políticas penitenciarias para la integración social.

Más aún, tuvo en consideración que el Decreto N° 174/2014, modificatorio de su similar N° 1486/2011, establece como responsabilidad primaria de la Dirección Nacional de Readaptación

Social dependiente de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia de ese Ministerio, “proponer, planificar y coordinar acciones y programas de tratamiento *vinculados* con la reinserción social de los internos, a fin de procurar en ellos la comprensión y el respeto por la ley y las normas de interacción social; con la reinserción en la comunidad de los egresados de los establecimientos penitenciarios y con la integración social de aquellas personas que están incorporadas a medidas de tratamiento en el medio libre, en virtud de disposición judicial”.

Asimismo, hizo referencia a “...que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, modificada por la Ley N° 26.813, establece que al implementarse la Concesión de la prisión domiciliaria (artículo 33), se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del Juzgado de Ejecución” como así también a la Resolución del ex M.J.S. y D.H. N° 1587/08, arriba ya reseñada, indicando que a los efectos de la debida implementación del mecanismo de vigilancia electrónica y de una más eficaz administración de los recursos del Estado Nacional, resultaba necesaria la creación del Programa que tendría como responsabilidad primaria desarrollar acciones destinadas a mejorar las condiciones de vida de las personas que cumplen una medida restrictiva de la libertad bajo vigilancia electrónica dispuesta por la justicia.

Destacó que, entre otros objetivos, el mencionado Programa tendrá a su cargo “**colaborar con el Poder Judicial de la Nación mediante la evaluación de las condiciones técnicas de viabilidad para la implementación de dispositivos de vigilancia electrónica** con motivo del establecimiento de las medidas restrictivas



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de la libertad que así lo prevean, y supervisar el correcto funcionamiento de dicho mecanismo” (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, la resolución refería que en virtud de que, a través de la licitación respectiva, ese Ministerio había impulsado la contratación de una empresa proveedora del servicio de monitoreo electrónico para personas bajo medidas restrictivas de la libertad, correspondía, entonces, determinar el marco normativo de implementación del mecanismo, **en el que se previeran las funciones y responsabilidades de las instancias intervinientes** (sólo eso, no a quién sí y a quién no aplicárselo).

En otro considerando, dejaba asentado que en una primera etapa de implementación gradual del mecanismo de vigilancia electrónica, **el sistema se implementaría respecto de personas para las cuales la autoridad judicial competente dispusiere el arresto domiciliario.**

Por último, aclaraba que el mecanismo de vigilancia electrónica, así como el correspondiente Programa de Asistencia, “constituyen herramientas de auxilio para la función judicial. Las funciones y actividades puestas a su cargo no suplen, absorben, ni se superponen con las responsabilidades y atribuciones asignadas a cualquier otro servicio público o área institucional”.

Conforme lo reseñado, entonces, el Protocolo de Actuación para la Implementación del Mecanismo de Vigilancia Electrónica del Arresto Domiciliario, conforme redacción original, tenía el ámbito de aplicación limitado al mecanismo de vigilancia electrónica proveído por la empresa SURELY S.A. (o aquella que en lo sucesivo resultare adjudicataria para la contratación del servicio), para el cumplimiento del **arresto domiciliario** en los supuestos de los artículos 10 del CPN, 32 y 33 de la Ley N° 24.660 y 314 del CPPN; y una delimitación poblacional y geográfica que, en una primera etapa

de implementación gradual, el Mecanismo de Vigilancia Electrónica se destinaba a personas adultas, condenadas o procesadas por la justicia penal nacional o federal, que se encontraran privadas de la libertad y en condiciones de acceder al arresto domiciliario, siempre que tuvieran domicilio constituido en el área comprendida por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes partidos de la Provincia de Buenos Aires: Avellaneda, General San Martín, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, San Isidro, Tres de Febrero y Vicente López.

Ahora bien, por **Resolución N° 86 del 23 de marzo de 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, actualmente vigente**, se amplió el ámbito de aplicación del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica creado por Resolución M.J. y D.H. N° 1379 del 26 de junio de 2015, el que en adelante pasó a destinarse a personas adultas condenadas o procesadas por la justicia nacional, federal o provincial; amplió la delimitación poblacional y geográfica del Programa, el que en adelante podrá destinarse a personas privadas de libertad en condiciones de acceder al arresto domiciliario que tengan domicilio dentro del territorio de la República Argentina, de conformidad con los términos de los requerimientos judiciales respectivos y las posibilidades materiales de la jurisdicción para su implementación; dejó establecido que, en los casos en que el Programa se aplique a personas privadas de libertad en condiciones de acceder al arresto domiciliario a disposición de la Justicia Provincial, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Dirección Nacional de Readaptación Social, pondrá a disposición de la Provincia que lo requiera y en los términos que se acuerden, tanto el mecanismo de monitoreo electrónico como la capacitación de los operadores responsables de llevar a cabo su implementación. En tales casos, quedará a cargo de cada provincia la facilitación de los recursos necesarios para llevar



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

adelante la realización del informe de viabilidad previsto en el Anexo I de la presente, atender las cuestiones operativas vinculadas con la colocación y/o desconexión del dispositivo, y brindar la asistencia psicosocial prevista como responsabilidad primaria del Programa; y, por último, sustituyó el Protocolo de Actuación para la Implementación del Mecanismo de Vigilancia Electrónica del Arresto Domiciliario aprobado por el artículo 3° de la Resolución M.J. y D.H. N° 1379 del 26 de junio de 2015 y aprobando el que como Anexo I integra la Resolución.

En lo que refiere al Procedimiento de Aplicación, el Protocolo, según la nueva redacción, dispone en su punto 3, tres estadios:

1. ***El Requerimiento Judicial.*** En caso de personas privadas de libertad a disposición de la Justicia Nacional, Federal o Provincial, el procedimiento de aplicación del dispositivo de vigilancia electrónica del arresto domiciliario se iniciará, exclusivamente, mediante requerimiento judicial al Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, con arreglo a lo previsto en los puntos 1 y 2 de este Protocolo. En el oficio se indicarán las condiciones de cumplimiento impuestas por el magistrado para el otorgamiento del arresto domiciliario.

Para los casos de personas privadas de libertad a disposición de la Justicia Provincial, el requerimiento judicial deberá dirigirse al Ministerio de Justicia local, dando cuenta de los extremos que motivan la petición y habilitan la intervención de la competencia excepcional. El Ministerio de Justicia Provincial lo evaluará y remitirá para la intervención del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica.

2. ***El Informe técnico de viabilidad.*** Cuando el requerimiento es formulado por la Justicia Nacional o Federal, el

Programa producirá el informe correspondiente respecto de la conveniencia de aplicación del dispositivo requerido por la autoridad judicial, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

a) si se encuentran reunidos los requisitos establecidos en los puntos 1 y 2 de este Protocolo.

b) si la persona y el domicilio se encuentran en condiciones favorables a la implementación del mecanismo.

A tal fin, el Programa realizará un informe que contemple aspectos sociales del entorno y de la comunidad que puedan alterar su efectividad, así como de las características del domicilio en el que residirá la persona bajo vigilancia electrónica. A tal efecto, deberá tenerse especial consideración respecto de lo siguiente: descripción del domicilio y detalles de construcción de la vivienda; características del entorno (barrio, vecindad, accesibilidad actual y futura); conformación del ámbito familiar que cohabitará en el domicilio; antecedentes de la persona referidos a la transgresión de programas de arresto domiciliario o similares;

c) si el domicilio dispone de los requerimientos técnicos necesarios para la instalación del sistema de monitoreo. Entre ellos, se detallarán características tales como: existencia de **línea telefónica cableada propia**⁷³, apta para emitir y recibir llamadas; disponibilidad de cobertura de telefonía celular; suministro de energía eléctrica propia y dimensiones de la propiedad.

El Programa remitirá el informe al magistrado requirente, con indicación de su opinión en orden a la conveniencia de la implementación del dispositivo de vigilancia electrónica.

3. **La Decisión judicial.** La efectiva aplicación del dispositivo de vigilancia electrónica procederá, únicamente, en

⁷³ Recuérdese que como se detectó los controles -sin monitoreo electrónico- actualmente se realizan llamando por teléfono ¡al celular! del condenado.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

virtud de decisión judicial adoptada por el magistrado requirente previa consideración del informe remitido por el Programa o, en su caso, por el Organismo competente local, a los que deberá hacerse saber lo dispuesto mediante oficio.

Una vez cumplido lo establecido en el procedimiento de aplicación, y previa consideración de su disponibilidad, el Programa asignará un dispositivo de vigilancia electrónica a la persona y abrirá un Legajo Personal a su respecto. En caso de falta de disponibilidad de cupo, se asignará un número de orden para su ingreso a la lista de espera correspondiente, lo cual será inmediatamente informado al Juez requirente (conf. Punto 4 del Protocolo)⁷⁴.

En lo que refiere a los fundamentos del Ministerio para el dictado de la medida reseñada, cabe destacar que nuevamente cita que entre los principales objetivos del Programa se encuentra el de colaborar con el Poder Judicial de la Nación mediante la evaluación de las condiciones de viabilidad para la implementación de dispositivos de vigilancia electrónica en casos de medidas restrictivas de la libertad –si bien este objetivo no integra la parte dispositiva de ninguna de las dos resoluciones-, supervisar el correcto funcionamiento de dicho mecanismo, e informar a la autoridad judicial competente cada vez que se compruebe la alteración del normal funcionamiento del sistema.

También refiere que desde su creación el Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica se ha constituido como una herramienta fundamental para mejorar la vida de las personas que cumplen una medida restrictiva de la libertad bajo vigilancia electrónica, mitigando el impacto negativo de la privación de

⁷⁴ Como señalé, en causa alguna se informó en qué número de orden se encontraba la persona respecto de la cual se solicitaba la aplicación del mecanismo, ni tampoco se consultó al respecto.

la libertad y promoviendo una mayor integración de las personas afectadas con su núcleo familiar y la comunidad.

Por último, destaca que la implementación del referido Programa, al velar por el mantenimiento de los lazos sociales y familiares de las personas privadas de libertad, contribuye a generar las condiciones para su reinserción en el tejido social y que el Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica ha evidenciado ser un valioso instrumento para hacer frente a la problemática de la sobrepoblación carcelaria.

Surge de los considerandos de la **Resolución N° 808 del 16 de septiembre de 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, que en base a numerosas recomendaciones surgidas del Seminario “La gestión integral de los Sistemas Penitenciarios a la luz de las Reglas Mandela” en el marco del Programa “Justicia 2020”, que tiene por objetivo la necesidad de incorporar el aspecto social en la administración de justicia para construir —sobre la base de un enfoque inclusivo e integral— una justicia cercana, moderna, transparente e independiente, y aquellas expuestas en el marco del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias -Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal-, ese Ministerio proyectó el Protocolo para la Asignación Prioritaria del Dispositivo Electrónico de Control, en el marco de la implementación del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, el que “tiene por finalidad fijar un orden preferencial **y no excluyente** de asignación de dispositivos que asegure la incorporación al Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica de colectivos de personas que se encuentren en particulares condiciones de vulnerabilidad” (el destacado me pertenece).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

El protocolo establece un orden de prioridad: Las solicitudes realizadas por la autoridad judicial competente, que tengan por objeto la incorporación de una persona al Programa deberán ser atendidas, siempre en la medida de la cantidad de dispositivos electrónicos de control disponibles, en el siguiente orden:

- a) Mujeres embarazadas;
- b) Madres de niños menores de CINCO (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo;
- c) Madres de niños entre CINCO (5) y DIEZ (10) años, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente;
- d) Interno/a que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal;
- e) Interno/a enfermo/a, 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;
- f) Interno/a discapacitado/a, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- g) Interno/a mayor de SETENTA (70) años;
- h) Interno/a que haya sido considerado por el organismo técnico-criminológico como de baja peligrosidad y/o se encuentre transitando el último tercio de su condena -cuando otro beneficio le hubiere sido denegado-, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente.
- i) Interno/a perteneciente al colectivo LGBT,

j) Otros casos considerados por los jueces intervinientes.

Más allá del título pomposo del programa y de los fundamentos en que intentó justificarse la medida, ya vimos que su implementación obedeció a la superpoblación carcelaria y que, en este sentido apuntó a aquellos que *prima facie* evidenciaran menores riesgos de volver a cometer un delito.

Pero además se aclaró que la asignación propuesta no importará restringir la incorporación al Programa de cualquier persona privada de su libertad en unidades penitenciarias, en la medida en que la Dirección Nacional de Readaptación Social tenga a disposición dispositivos electrónicos de control.

Vemos entonces que el programa no es excluyente de otras personas que aparezcan mencionadas en la disposición ministerial y que, además, los jueces pueden exigir su aplicación a otros supuestos allí no contemplados. En el caso del Tribunal Oral de Bahía Blanca, que tiene condenados por delitos graves (más allá del monto de la pena impuesta en concreto) y que considera que la prohibición de salidas anticipadas a los condenados por determinados delitos en infracción a la ley 23.737 es inconstitucional, no se entiende por qué motivos no recurre a esta habilitación (que no debería ser tal porque la ley nacional no la hace y de allí su inconstitucionalidad) para exigir que, por lo menos, los presos que libera estén controlados debidamente por el programa referido. Nada -como se ve y contrariamente a lo que se fundamenta en la resolución- se los impide.

Expuesto ya el plexo normativo vigente de aplicación a la cuestión en ciernes entiendo necesario formular las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, si bien contempla la obligatoriedad –salvo



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

dispensa judicial- de la colocación de un dispositivo electrónico de control, no regula lo relativo al organismo que deberá asignarlo y monitorearlo, a cuáles partidas presupuestarias se imputarán las inversiones realizadas para su implementación, etc.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional -el propio Presidente de la Nación, según el art. 87 CN-, en ejercicio de las facultades reglamentarias del artículo 99, inciso 2° (insisto, asignadas exclusivamente al Presidente de la Nación y no a sus ministros según la propia letra de la Carta Magna), de nuestra Constitución Nacional, ha reglamentado distintos aspectos de la Ley N° 24.660 y sus modificatorias, a saber: el Decreto N° 18/1997, por el que reglamentó el CAPITULO IV, "Disciplina"; el Decreto N° 1058/1997, que reglamentó el art. 33, relativo a la prisión domiciliaria; el Decreto N° 1136/1997, el CAPITULO XI, "Relaciones Familiares y Sociales" y disposiciones relacionadas; el Decreto N° 396/199 que aprobó el Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución, por el que se reglamentan las Secciones Primera, Progresividad del Régimen Penitenciario, y Segunda, Programa de Prelibertad, del Capítulo II y disposiciones vinculadas, luego modificado por el Decreto N° 1139/2000; el Decreto N° 807/2004, que reglamentó el artículo 174 de la Ley N° 24.660; y el Decreto N° 140/2015, que aprobó la reglamentación del Capítulo VIII, Educación.

No obstante, no se ha identificado en ninguna de las normas detalladas una delegación por parte del Poder Ejecutivo Nacional al Ministerio de Justicia para reglamentar aspectos específicos relativos a la cuestión que nos ocupa. Y menos aun tergiversando sus exigencias, pues el propio art. 99, inc. 2° determina que la facultad de reglamentación de las leyes -el Presidente- debe llevarla a cabo "(...) cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

Ahora bien, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 26.813, que ya incorporara lo relativo a la vigilancia electrónica, fue sancionada la Ley N° 27.080 que creara la **Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal**, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación por Ley N° 27.080, como auxiliar de la justicia federal y de la justicia nacional, con las siguientes funciones:

a) El control del cumplimiento de las condiciones contenidas en el auto de soltura de toda persona que haya obtenido la libertad condicional, donde actuará en colaboración con el magistrado a cargo de la ejecución de la pena;

b) El control del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a toda persona a la que se le haya impuesto una pena de ejecución condicional;

c) El seguimiento y control de las reglas de conducta impuestas a toda persona a la que se le haya otorgado la suspensión de juicio a prueba;

d) La inspección y vigilancia de toda persona que se encuentre cumpliendo detención o pena con la modalidad de alojamiento domiciliario;

e) Proporcionar asistencia social eficaz para las personas que egresen de establecimientos penitenciarios por el programa de libertad asistida, libertad condicional o agotamiento de pena, generando acciones que faciliten su reinserción social, familiar y laboral;

f) El seguimiento y control de la ejecución de todo sistema sustitutivo de la pena que se cumpla en libertad. Intervenir como organismo de asistencia y supervisión del procesado, con sujeción a las condiciones compromisorias fijadas por el juez en el otorgamiento de la excarcelación;



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

g) Asistir al liberado y su grupo familiar, facilitando los medios para su traslado de regreso al domicilio y trabajo; gestionando la atención de sus necesidades en los primeros días de la vida en libertad; procurando además garantizar el acceso a la educación, salud, vivienda y empleo;

h) Verificar la restitución de fondos, documentos y pertenencias personales al egreso. Para el caso que alguna de las personas ingresantes al régimen previsto en la presente ley no tuviere documentación que acredite identidad o la tuviere de modo irregular, la Dirección en coordinación con el juez a cargo de la ejecución de la pena, deberá procurar la tramitación de la misma, actuando juntamente con el Registro Nacional de las Personas.

La Ley N° 27.080, como así también la Acordada N° 30/2017 de la Corte Suprema Justicia de la Nación que aprobara su Reglamento, nada refieren en materia de vigilancia electrónica y, por ende, menos aún excepciones u órdenes de prelación en su aplicación, insisto, **exigida** por la ley. Tampoco delega a un ministerio del Poder Ejecutivo esa potestad.

Posteriormente, luego de la sanción de la Ley N° 27.375, fue creada la **Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica**, por Decisión Administrativa N° 312/2018, modificada por la Decisión Administrativa N° 1838/2020 e incorporada al ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Conforme a la redacción vigente tiene la responsabilidad primaria de “Coordinar las acciones para el desarrollo e implementación de los mecanismos de vigilancia electrónica como herramienta alternativa a las medidas restrictivas de la libertad”. De ninguna de las dos medidas surgen los fundamentos relativos a su creación. La Dirección tiene a su cargo las siguientes acciones:

1. Coordinar de forma integral la puesta en funcionamiento de los mecanismos de vigilancia electrónica.

2. Articular con la autoridad judicial competente la implementación de los mecanismos de vigilancia electrónica.

3. Coordinar a nivel nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el equipo interdisciplinario para la realización de los informes técnicos de viabilidad tendientes a la implementación de los mecanismos de vigilancia electrónica.

4. Articular acciones con los actores involucrados en las distintas etapas del proceso judicial para alcanzar el efectivo funcionamiento de los mecanismos de vigilancia electrónica.

5. Coordinar el Centro de Monitoreo de los mecanismos de vigilancia electrónica y supervisar el sistema de localización, complementario al mecanismo de vigilancia electrónica.

6. Elaborar datos estadísticos sobre el funcionamiento y efectividad de los mecanismos de vigilancia electrónica de personas sometidas a medidas restrictivas de la libertad.

7. Promover el desarrollo de programas y capacitaciones relativas al funcionamiento y alcances de los mecanismos de vigilancia electrónica destinadas a operadores judiciales y representantes de la comunidad científica y académica, especialistas y representantes de otras organizaciones que por su naturaleza y accionar tengan interés en el tema.

8. Asistir a la Subsecretaría en materia de ejecución penal, específicamente en la elaboración de propuestas de políticas y programas relativos al desarrollo e implementación de los mecanismos de vigilancia electrónica.

De las funciones asignadas a cada Dirección, surge, entonces, que la creada por ley, cumple funciones “genéricas” de vigilancia y control, actuando en el ámbito del Poder Judicial de la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Nación, mientras que la creada por decisión administrativa se circunscribe a la vigilancia electrónica, en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, el escenario así configurado plantea distintas cuestiones:

1. En primer lugar, el régimen actualmente vigente a nivel nacional de vigilancia electrónica se circunscribe a la prisión domiciliaria, cuando la ley vigente impone la exigibilidad de este tipo de vigilancia también para otros casos, conforme se detallara más arriba.

La no reglamentación de lo relativo a la vigilancia electrónica para otros supuestos distintos de prisión domiciliaria habla de una omisión, que hace devenir en letra muerta lo dispuesto por el legislador en la Ley N° 24.660 y sus modificatorias.

Esto es un supuesto de inconstitucionalidad por omisión.

Ello se ha verificado en los distintos incidentes en los que ha intervenido esta parte, donde se corrobora que se otorgan beneficios de morigeración de pena, sin cumplir con el recaudo de la vigilancia electrónico o, en su defecto, sin los informes favorables previos de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado que justifiquen la dispensa judicial, como ocurrió en el caso de autos.

2. En segundo lugar, más allá de la omisión mencionada, la realidad es que el legislador contempló como un requisito para la implementación de la concesión de esos beneficios la colocación del dispositivo (o el acompañamiento de un empleado, en algunos casos), estableciendo como única excepción a tal **exigencia** la dispensa judicial, pero ello, previo informe favorables de los órganos

de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Nada más. No puede hacerlo en ningún otro supuesto.

Ahora bien, incluso en el caso de la prisión domiciliaria, única hipótesis donde devendría aplicable el Protocolo de Actuación para la Implementación del Mecanismo de Vigilancia Electrónica del Arresto Domiciliario, aprobado por la Resolución N° 86/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, plantea nuevos inconvenientes, por cuanto el procedimiento de aplicación incluido en el punto 3° incluye como recaudo ineludible el “Informe técnico de viabilidad” que excede el análisis de los aspectos técnicos necesarios para evaluar si es factible la colocación de la pulsera electrónica, incluyendo aspectos “sociales del entorno y de la comunidad que pueden alterar su efectividad”, “conformación del ámbito familiar que cohabitará en el domicilio” y “antecedentes de la persona”.

Sobre ello, me parecen oportunas las consideraciones expuestas por la ex magistrada de la Cámara Nacional de Casación Penal y ahora interventora del Servicio Penitenciario Nacional, María Laura Garrigós de Rébora, al emitir su voto en la causa “C., F. H. s/ rechazo de prisión domiciliaria” (CCC 43144/2013/TO1/3/CNC6), donde si bien se ventilaron cuestiones distintas a las de ciernes, efectúa apreciaciones que entiendo de relevancia.

Así, la jueza entendió respecto de los aspectos contemplados en el Informe Técnico de Viabilidad que “todas estas expresiones se refieren a detectar posibles problemas en la materialización del dispositivo electrónico, pero no en el análisis de requisitos legales propio de la labor del magistrado –que por competencia, capacidad y atribución le corresponde– o en apreciaciones que requieren de un examen interdisciplinario como lo



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

indica el art. 33 in fine de la ley 24.660 al hacer referencia al equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Aun cuando en partes del Protocolo se hace alusión a merituar cuestiones personales (como condiciones favorables de la persona y los antecedentes referidos a la transgresión de programas similares), siempre el análisis de esas variables por parte de los profesionales destinados a confeccionar el Informe Técnico de Viabilidad debe responder a detectar inconvenientes en la fase de implementación, pero de ningún modo puede entenderse que las personas contratadas por la empresa tercerizada para efectuar dichos informes (ver punto 1 del Protocolo citado) se encuentran habilitados a relevar cuestiones atinentes a la situación jurídica del sujeto imputado, mucho menos relacionadas al posible programa de tratamiento individual derivado del delito por el cual fue acusado”.

Concluye la exjueza que “la actividad del Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, su competencia y la de la empresa que se contrate para la función, se circunscribe a la fase de implementación del dispositivo en cuestión, sin que pueda interpretarse que la Resolución Ministerial que creó ese Programa habilite, por sobre lo dispuesto por la Ley de Ejecución de la Pena, la intervención de esos organismos en una etapa de análisis anterior al otorgamiento de la detención domiciliaria”.

Las consideraciones vertidas por la magistrada en el año 2017, resultan extensibles a la Resolución N° 808/2016.

Adentrándonos, entonces, en el análisis de la resolución ministerial que fuera utilizada como fundamento para incumplir con la manda legal que establece como la colocación de un dispositivo de control electrónico en los casos de salidas transitorias, corresponde analizar, en primer lugar, el encuadre legal citado.

La resolución cita en su último considerando al artículo 4º, inciso b), apartado 9 de la Ley de Ministerios N° 22.520 y sus modificatorias, que establece “Las funciones de los Ministros serán: (...) b) En materia de su competencia: (...) 9. — Resolver por sí todo asunto concerniente al **régimen administrativo** de sus respectivos Ministerios ateniéndose a los criterios de gestión que se dicten y, adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia” (el resaltado me pertenece).

Es decir, la Resolución no cita norma de asignación de carácter específico del Ministerio de Justicia de la Nación (menos aún regulatorias o reglamentarias de una ley penal) –como por ejemplo, el artículo 22 de la Ley de Ministerios que establece que “Compete al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS asistir al Presidente de la Nación, y al Jefe de Gabinete de Ministros en orden a sus competencias, en las relaciones con el PODER JUDICIAL, con el MINISTERIO PÚBLICO, con el Defensor del Pueblo y con el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA, en la actualización de la legislación nacional, y a requerimiento del Presidente de la Nación en el asesoramiento jurídico y en la coordinación de las actividades del Estado referidas a dicho asesoramiento, sin perjuicio de la competencia propia e independencia técnica de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, y en particular: (...) 13. Entender en la organización, funcionamiento y supervisión de los establecimientos penales y de sus servicios asistenciales promoviendo las mejoras necesarias para lograr la readaptación del condenado y el adecuado tratamiento del procesado y la efectiva coordinación de la asistencia post-penitenciaria”.

Por el contrario, cita un apartado de las funciones generales de cada Ministerio, de carácter administrativo, cuando la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

norma pretende reglamentar aspectos relativos a la implementación de la Ley de Ejecución Penal.

De manera que no caben dudas que tal facultad de reglamentación, puesta en práctica y demás menesteres de esa manda sin alterar su espíritu o tornarla prácticamente inaplicable, conforme artículo 99, inciso 2° de la CN, se encuentra en cabeza de quien ejerce el Poder Ejecutivo Nacional, el Presidente de la Nación, quien jamás puede delegarla en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tal facultad.

Más aún, el Protocolo que aprueba, según se menciona en los considerandos, surge del análisis efectuado por el Sr. Jefe de Gabinete de Asesores de ese Ministerio, es decir, ni siquiera por las áreas específicas del Ministerio de Justicia con competencia específica en la materia.

Sumada a la cuestión de la competencia se encuentra el objeto de la norma, que establece un orden de prioridad a las solicitudes realizadas por la autoridad judicial competente que tengan por objeto la incorporación de una persona al Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica.

La Resolución no sólo plantea la existencia de un grupo de personas con prioridad, sino que, además, establece un orden de prelación entre ellas mismas.

Asimismo, el Protocolo fija que el orden de prioridad aplica para personas privadas de su libertad en unidades penitenciarias, pareciendo excluir a quienes están en centros de detención no penitenciarios o, como en el caso que nos ocupa, a quien se le convirtió el beneficio de prisión domiciliaria en libertad condicional. Es decir, también en este aspecto genera distinciones contrarias a la norma superior vigente.

Por una parte, nos encontramos con el legislador, que con el dictado de la Ley N° 27.375, incluyó la obligatoriedad del mecanismo de vigilancia, sin hacer distinciones.

Por otra parte, un ministro, en ausencia de facultades suficientes, que reglamentó el acceso del mecanismo de control de tal manera, que las consideraciones de los jueces intervinientes pasaron a ser el último criterio por contemplar, cuando debieran ser los primeros y únicos, por cuantos son quienes, en definitiva, tienen asignada por ley la facultad de otorgar o denegar la libertad condicional.

Más aún, el Protocolo toma los casos del artículo 10 del CP que lista quienes podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria y, suma casos que no están contemplados en la norma en cuestión. Adicionalmente, les otorga un orden de prioridad, distinguiendo de mayor a menor.

Es decir, los entonces Jefe de Gabinete de Asesores y Ministro de Justicia y Derechos Humanos, reemplazaron la voluntad del Congreso de la Nación para incorporar de hecho, vía resolución ministerial, más escenarios que los previstos por el Código Penal; para hacer prevalecer el criterio administrativo por la decisión judicial, valorando asimismo en sede administrativa los casos a los que se les debe asignar prioridad.

No se le escapa a esta parte, como ya se señaló, que la escasez de los recursos podría motivar el establecimiento de criterios de distribución como así tampoco se soslaya que la cuestión de falta o escasez de pulseras no fue mencionada como fundamento para la aprobación del mencionado orden de prioridades, sino que se hizo hincapié en la necesidad de “asegurar la incorporación al Programa de colectivos de personas que se encuentren en particulares condiciones



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de vulnerabilidad”. Es de Perogrullo que ese fue el verdadero motivo de la decisión ministerial, pero en la letra de la disposición no aparece, por lo que mal puede ser invocado por los que ahora les toca ocupar esa cartera.

Tampoco se rehúye la Resolución N° 184 del 25 de marzo de 2019 que declaró la “emergencia en materia penitenciaria” por el término de TRES (3) años a partir de la publicación, es decir el 26 de marzo de 2019, con vencimiento en marzo próximo. Con mucha más razón deberían facilitársenos los medios para que, en los casos que pueda resultar oportuna una detención o libertad morigerada, se brinden las herramientas indispensables para garantizar el cumplimiento de la pena, evitar la fuga del condenado y garantizarle a la ciudadanía paz y tranquilidad: seguridad.

También es atendible la voluntad de procurar que colectivos vulnerables estén en condiciones de acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, garantizando el acceso al Programa, pero sopesar vulnerabilidades realizando distinciones –de gravedad– donde la ley no lo hace, también implica un exceso en la reglamentación que esboza la Resolución N° 808/2016.

Así las cosas, es opinión del suscripto que la escasez de recursos y/o la emergencia resuelta ministerialmente no habilitan el dictado de normas en contraposición al plexo normativo vigente, de mayor rango en la pirámide jurídica.

Así las cosas, y en virtud de los argumentos aquí expuestos, dejo planteada la inconstitucionalidad de la Resolución N° 808 de fecha 13 de septiembre de 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

b) Inconstitucionalidad de la Resolución N° 808/2016 por resultar contraria a los lineamientos generales de la

Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660: sesgo de los delitos de mayor gravedad. Nuevamente violación al principio de igualdad ante la ley.

Por otra parte, la Resolución N° 808/2016, aplicada en el decisorio impugnado por el Juez, también se contrapone a los estándares fijados por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660.

La aludida resolución ministerial, como se dijo, establece un orden de prioridades para el otorgamiento de las tobilleras electrónicas y prevé su colocación únicamente en los casos de arrestos domiciliarios.

Sin embargo, al establecerse el orden de prioridades referido –el que a primera vista puede parecer razonable en virtud de otorgar preferencia a colectivos vulnerables- no se puso atención a la gravedad de los delitos por los cuales las personas resultaron condenadas.

Por ello es por lo que, en la práctica, conforme esta normativa, la distribución de tobilleras termina priorizando la colocación de la pulsera electrónica, por ejemplo, a una mujer embarazada, sin importar el delito por el cual esta fuera condenada. Contrariamente, a quien comete un delito grave, pero no se encuentra alcanzada por dicha resolución, termina gozando de beneficios adicionales, como la disminución del control de la pena en cumplimiento.

De este modo, se termina perjudicando a quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, puesto que son los primeros en la lista para la asignación del dispositivo electrónico de vigilancia, mientras que otra persona, que por su condición no logra ingresar en ese orden de preferencia, pero haya sido condenada por un



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

delito mayor, no contará con mecanismos de control respecto de la sujeción a su arresto.

Esta situación reviste suma gravedad por cuanto el orden de prelación establecido debió contemplar como criterio la gravedad del delito por el cual la persona fuera condenada, puesto que por ello podría revestir mayor peligrosidad, circunstancia que amerita el incremento de las medidas de control.

Que la Constitución prioriza u otorga mayor trascendencia a los delitos más graves por sobre otros no es ninguna novedad. El ejemplo aparece en el art. 118 en cuanto establece la implementación del juicio por jurados, en principio, solamente para “crímenes”. En la terminología de la época, los delitos más graves.

Si bien no soslayo la limitación de recursos con los que cuenta el Estado, lo cierto es que las herramientas con las que sí cuenta –que son escasas, por cierto- deben ser debidamente administradas, en armonía con todo el ordenamiento jurídico.

Entonces, deviene absurdo otorgar prioridad para la asignación de tobilleras de vigilancia a quienes, justamente, por su situación, requieren mayores contemplaciones en la morigeración de su condena (los de menor lesividad a los bienes jurídicos también menormente tutelados por el CP) que otras personas que cometieron delitos más graves y, por lo tanto, merecen que el Estado intensifique el control.

No obstante, este tipo de casos, por no pertenecer a un colectivo vulnerable, las personas quedan últimas en la lista o directamente por fuera del orden de asignación.

Esto resulta contrario al sentido de la Ley N° 24.660, que directamente veda el otorgamiento de otros beneficios (libertad condicional, salidas transitorias, etc.) a ciertos imputados, con fundamento en el delito por el cual fueran condenados, lo que en

definitiva evidencia la peligrosidad de la persona y la voluntad del órgano legislativo –en su carácter de representante del pueblo de la nación argentina- de que esa persona, durante el cumplimiento de su condena, permanezca efectivamente en prisión.

Este es el supuesto de los condenados por los delitos detallados en el art. 56 bis del mencionado cuerpo legal (según texto ley 27.375, que también modifica el artículo 14 del CP, en idéntico sentido), tal como ya lo he reseñado a lo largo de este recurso, que comprende, en su inciso 10°, los **“delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737”**. Es decir, el ilícito por el cual fuera condenado por sentencia firme Ariel Omar IRIARTE.

Ahora bien, a pesar de ello, la gravedad del ilícito y la consecuente peligrosidad de la persona, no han sido un criterio para la colocación de la tobillera electrónica, sino lo único que se contempla –reitero- es la situación de vulnerabilidad y para casos de otorgamiento de detención domiciliaria, más allá de que el delito por el cual fuera condenado, no revista mayor lesividad.

De esto se deduce que al momento de dictarse la Resolución 808/16 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no se tuvo en consideración que al sancionarse la Ley N° 24.660 se pretendió evitar que las personas condenadas por esos ilícitos gozaran de algunos beneficios que les permitiera recuperar rápidamente ciertas libertades (art. 56 bis), apartándose entonces del espíritu propio de la norma y reglamentándola a *contrario sensu*.

Pareciera que al dictarse dicha reglamentación se intentó adoptar una posición que atendiera las necesidades más urgentes de ciertos colectivos vulnerables (que generaría un menor rechazo social de tal liberalidad), lo que sin duda debe ser contemplado e inmediatamente subsanado por la intervención tanto de la ley, como la justicia y el Estado.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

No obstante, lo cierto es que acá se hizo lo contrario. Con esta resolución se agravó la situación de los grupos vulnerables, puesto que de acuerdo al orden de prelación establecido aquellos nunca serán administrativamente dispensados de la colocación del dispositivo electrónico de control por encontrarse situados primeros en la lista, cuando sí lo podrán ser, por ejemplo, los homicidas simples o los ladrones que utilizaron un arma de fuego apta para el disparo en su quehacer delictivo, siempre que no se encuentren abarcados por los parámetros establecidos en la Resolución cuestionada.

Esto es lo que sucede en el presente caso, cuando en realidad, conforme los principios emanados de la Ley N° 24.660 y sus modificatorias, con aquellos debería adoptarse una postura de mayor control y rigurosidad, puesto que los legisladores quisieron evitar el pronto otorgamiento de beneficios liberatorios y salidas transitorias.

El Estado no debería poder eludir, bajo ningún concepto, la responsabilidad de contar con dispositivos suficientes para asignar a la totalidad de las personas que requieran de ese control, conforme lo establece la ley, por lo que si no tiene, debe salir a buscarlos-, así la reglamentación ministerial se torna absurda e igualmente violatoria del principio de igualdad ante la ley.

¿Por qué? Porque guste o no, sea más beneficioso que la cárcel para el condenado estar libre o en detención domiciliaria, la colocación de un dispositivo de monitoreo electrónico no deja de ser una restricción más a la libertad del individuo. Lógica, fundamentada y legal, pero restricción al fin.

La prioridad en el otorgamiento del dispositivo electrónico de control debe estar dado por la mayor peligrosidad del imputado –determinada en base a la conducta por la cual fuera

condenado, debiéndose emplear el criterio establecido en el art. 56 bis de la Ley de Ejecución Penal- y no por la vulnerabilidad de la persona, que poco y nada tiene que ver con la rigurosidad y severidad del control que debe llevarse sobre el cumplimiento de la pena, sino más bien con el otorgamiento de beneficios y prerrogativas que tiendan a equiparar la situación de desigualdad y afectación de derechos frente a los demás.

La incongruencia advertida no puede ser convalidada, en tanto coloca en mejores condiciones a un condenado por un delito de mayor gravedad, a diferencia de quien, habiendo cometido un delito menor, se encuentra atravesando un contexto de mayor vulnerabilidad, agudizándose entonces la desigualdad estructural preexistente, máxime considerando que las causas de tal condición ni siquiera resultan atribuibles al propio condenado (por ejemplo: tener un hijo con discapacidad).

Para ilustrar la situación planteada, corresponde mencionar lo que pasó en oportunidad de debatirse en el Congreso la ley 27.375⁷⁵, que actualizó el texto por entonces vigente de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660, estableciendo la imposibilidad de conceder ciertos beneficios de libertad anticipada a los condenados por los delitos detallados en el art. 56 bis, tal como lo reseñe pormenorizadamente a lo largo del presente recurso.

Esto da cuenta de la voluntad del legislador de que los sujetos penados por tales ilícitos no puedan recuperar rápidamente

⁷⁵ Conf. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 21ª Reunión, 20ª Sesión Ordinaria (Especial), noviembre 23 de 2016, Período 134º, ps. 106 y sgtes.; *Cámara de Senadores de la Nación*, versión taquigráfica, Período 135º, 5ª Reunión, 3ª Sesión Especial, 26 de abril de 2017, ps. 6 y sgtes. y *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 12ª Reunión, 7ª Sesión Ordinaria (Especial), Julio 5 de 2017, Período 135º, ps. 105 y sgtes.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

la libertad, lo que también impone que, en esos casos, el control de la pena revista mayor rigurosidad.

En efecto, el legislador tuvo la clara intención de que, en esos casos, el cumplimiento de la pena se produzca, en su mayoría, intramuros y, a medida que se otorgan ciertas libertades, éstas se den lentamente, con escasez y de forma sumamente controlada (art. 56 quáter).

Se advierte de este modo el espíritu de la norma en cuanto a lo cauteloso que se pretendió ser con los condenados por este tipo de ilícitos, por lo que la Resolución N° 808/2016 no puede reglamentar en sentido contrario, permitiendo que personas condenadas por alguno de tales delitos (de considerarse las disposiciones que prohíben su libertad anticipada inconstitucionales, como lo hace el Tribunal Oral de Bahía Blanca) no sean contemplado, siquiera en el orden de prioridad para la colocación de dispositivos electrónicos de vigilancia, puesto que, justamente, es cuando se requiere el máximo control.

Al respecto, nótese que el proyecto original, según sus fundamentos, perseguía “modificar el régimen establecido por la ley de ejecución penal, que tuvo por objeto establecer un catálogo de delitos que quedaban excluidos de la concesión de cualquier beneficio penitenciario de los comprendidos en el periodo de prueba, es decir, ingreso en establecimientos abiertos, salidas transitorias, régimen de semilibertad, ni tampoco prisión discontinuada o semidetención, ni libertad asistida. En este sentido, debemos recordar que los fundamentos del proyecto de ley que derivó en la sanción de la ley Nro. 26.813, comienza por advertir que la modificación tiene por objetivo reducir la probabilidad de reincidencia y una adecuada inserción al medio social de las personas condenadas por delitos graves. (...) Asimismo, la Asociación de Magistrados de la Provincia de Neuquén

formuló graves críticas al régimen de la Ley 26.813 pues se evidencia la falta de un organismo real de acompañamiento psicológico y denunció la falta de dispositivos de control electrónicos para controlar al cumplimiento de las salidas transitorias de los condenados. En ese sentido, indicó que resulta necesario recordar casos actuales donde los delincuentes se encontraban gozando de alguno de los regímenes especiales de la ejecución de la pena establecido por el la Ley 26.813 – en su periodo de prueba– como el de Yasmín Chacoma, en Comodoro Rivadavia, donde las pruebas genéticas analizadas por el Laboratorio Científico de Chubut determinaron que el ADN hallado en el cadáver se correspondían a un hombre que figuraba en los registros de la provincia y gozaba de salidas transitorias de prisión.

Otros renombrados casos, que gozaban de salidas transitorias al momento de reincidir, fueron los de Carlos Dalmasso, Juan Ernesto Cabeza, Héctor Sánchez, etc. [Basta sólo consultar (vía web) las noticias de la época para corroborar que lo que aquí se dice no constituye una falacia].

Como puede verse de los antecedentes mencionados, todos ellos tenían como denominador común, la sucesión de hechos delictivos muy graves, en muchos de los cuales el autor del hecho debía haber estado detenido, cumpliendo una pena anterior impuesta.

Como puede apreciarse, con este detalle minucioso sobre los pormenores de la sanción de la ley 27.375 – a los que ya me he referido con antelación en esta presentación-, pocas veces se ha visto tan clara la voluntad del legislador (prácticamente unánime) en la sanción de una norma que limita -en ciertos casos- únicamente aquellos que consideró como delitos graves o “aberrantes” -entre los que comprendió al narcotráfico en sus distintas modalidades- en la prohibición expresa de cualquier tipo de libertad anticipada. En otras



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

palabras más claras, guste o no, lo que aquél claramente determinó es que estos delitos, de existir una sanción de efectivo cumplimiento, dicha condena se cumpla íntegramente en la cárcel (con la excepción que hace el artículo 56 quáter de la Ley de Ejecución Penal), no pudiendo obtenerse libertades progresivas durante el transcurso en que dure dicha condena.

Así las cosas, de acuerdo a lo que consigna el nuevo texto del artículo 56 bis de la Ley de Ejecución Penal aquí cuestionado, se determina en forma categórica que **“no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados”** por los delitos allí mencionados, por lo que no pueden obtener los beneficios de la prisión discontinua, semidetención, libertad asistida, régimen de semilibertad, ni salidas transitorias (como el caso), previstos en los artículos 15, 35, 54 y concordantes de la Ley de Ejecución Penal.

Del mismo modo procedió el legislador al reformular la redacción del art. 14 del CP, excluyendo a los condenados por los mismos delitos establecidos en el art. 56 bis de la ley 27.35, del acceso al beneficio de la libertad condicional.

Ello me lleva a sostener que el legislador no habilitó este tipo de alternativas más beneficiosas para el tratamiento penitenciario del delincuente, precisamente para vedarle su libertad, aunque parcial, por haber cometido un delito grave, es decir, valorando entre otras pautas su peligrosidad.

Entonces, ningún sentido tiene que esos ilícitos ahora no sean contemplados como aquellos casos en los que debe maximizarse las medidas de control. Y como se dijo en el debate legislativo, esto no es agravar la pena impuesta, sino simplemente reclamar su cumplimiento, puesto que de esa forma está prevista en la ley 24.660.

Llegado a este punto -y volviendo al caso en concreto- es necesario destacar que, el delito por el cual fue condenado Ariel Omar IRIARTE, más allá de haber sido cometido en el marco temporal en que resulta aplicable la nueva normativa (ley 27.375) es considerado un hecho ilícito gravísimo, no solo por la afección social al bien jurídico específico, sino también por la entidad del daño que provoca en todo el ejido social. Ello, sin perjuicio de la pena finalmente impuesta, producto de un juicio abreviado, en donde, como se sabe, la colaboración del imputado y su conformidad, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho, su participación en éste y la calificación legal recaída, en mi criterio, debe ser considerado como un elemento atenuante de la sanción a imponer, lo que finalmente se tradujo en este caso.

La investigación y juzgamiento de este tipo de hechos debe tener una especial consideración, en tanto su impunidad, además de acarrear gran alarma social y desprestigiar en máxima medida la función tutelar del Estado, importarían el incumplimiento de las obligaciones internacionales reconocidas por el Máximo Tribunal y por la Constitución Nacional.

En conclusión, considerándose los delitos previstos en el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 como aquellos que por su gravedad ameritan la restricción al acceso a los beneficios de libertad anticipada, deviene incoherente la Resolución N° 808/2016 que dispone el otorgamiento de los dispositivos electrónicos de vigilancia de acuerdo a la situación de vulnerabilidad del imputado, sin tener en cuenta las conductas entendidas por el legislador como especialmente graves, en cuyo caso los condenados podrán verse administrativamente dispensados de su colocación, gozando, entonces, de beneficios adicionales que morigeran las condiciones del cumplimiento de la pena.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

c. De los agravios por arbitrariedad de la sentencia e inconstitucionalidad de la interpretación dada a la disposición administrativa en la que se basó el fallo.

Por último, en la decisión también se incurrió en arbitrariedad, al efectuar una mera remisión a la objeción plasmada por la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica para rechazar la implementación del dispositivo electrónico de control, sin tamizar la información allí asentada, que resulta contraria a los lineamientos establecido en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660.

En efecto, lo decidido no puede solamente basarse en lo informado por la aludida Dirección, en tanto la Resolución 808/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, máxime considerando lo controvertido de la norma, que pone en crisis la ley 24.660, circunstancia que ameritaba el abordaje de la cuestión en profundidad.

Ello, más allá que como hube de advertir en mis dictámenes en causas similares, de ningún modo el Juez se veía supeditado a una resolución administrativa ministerial (para colmo inconstitucional), que considero que no puede condicionar al Poder Judicial en sus órdenes, menos aun cuando ellas derivan de lo exigido por una ley nacional dictada por el Congreso.

La negativa a la colocación del dispositivo de control terminó operando como una dispensa en favor del imputado, cuando la ley establece, expresamente, que esta eximición solo podrá ser ordenada por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución (conforme el último párrafo del art. 19 de la ley 24.660).

Esto constituye una inobservancia que invalida el decisorio recurrido en cuanto a lo que aquí respecta (456, inc. 2° del CPPN).

Asimismo, para resolver de la forma en que lo hizo, se debió ponderar las normas en juego, en tanto la reglamentación ministerial invierte el sentido de la norma, por cuanto dispensa administrativamente a ciertos imputados de la colocación de una pulsera electrónica, por no encontrarse contemplados siquiera y menos aún en el orden de prioridades establecido, mientras que la Ley de Ejecución prevé la posibilidad de dispensa como un beneficio para determinados casos donde se verifiquen circunstancias que tornen ello favorable, en términos de progresividad de la pena.

Por otra parte, la Ley 24.660 prevé que los diversos momentos de la ejecución privativa de la libertad se encuentran sujetos al “permanente control judicial” (art. 3), criterio que ha sido definitivamente consagrado y fortalecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo “Romero Cacharane” (2004), tras el cual no queda margen de dudas acerca de que cualquier circunstancia que pueda incidir cualitativa o cuantitativamente en la ejecución de la pena habilita la intervención jurisdiccional.

No obstante, lo resuelto administrativamente por la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, en cuanto a que no corresponde el otorgamiento de la tobillera electrónica en ciertos casos, esta es una decisión netamente jurídica, al vincularse directamente con la pena y la morigeración de su cumplimiento, cuyo control judicial encuentra amparo en lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 24.660.

Por ello es que lo decidido no debió solamente apoyarse en una decisión administrativa tomada por la aludida Dirección en base a la Resolución N° 808/16, por cuanto correspondía



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

el dictado de un verdadero pronunciamiento judicial al respecto, donde se analizara si esa reglamentación efectuada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos resultaba acorde a la letra de la Ley N° 24.660 y si, en este caso concreto, más allá de lo informado en sede administrativa, correspondía o no dispensar al imputado de la colocación de la tobillera electrónica; facultad –ésta- que también resulta de competencia exclusiva del juez (art. 19, último párrafo).

En este caso, esa negativa, basada en la citada resolución, fue considerada a su vez como el “informe previo” del organismo de control para prescindir de su colocación, partiendo, al menos en mi criterio, de una arbitraria consideración de la normativa aplicable, ya que los informes referidos, deberían garantizar que en el caso concreto del beneficiario, atendiendo a sus circunstancias, el monitoreo electrónico (o, en este caso, su alternativa de control por parte de un empleado), resultaba incensario. Es por ello que el último párrafo del artículo 19 de la ley 24.660 exige que esos informes sean “favorables”.

Textualmente se expuso en la sentencia en relación al informe referido que *“Esta información cuenta como ‘informe de los órganos de control’ que señala la ley, dejando constancia de que no existe la posibilidad de que informe al respecto un ‘equipo interdisciplinario’ pues no se cuenta con ese recurso en este Tribunal”*.

Es decir, se trata de una invocada imposibilidad de colocación genérica, que no se refiere al caso concreto, por lo que al menos en mi criterio nunca podría valer como informe previo de los “órganos de control” (de la pena y del cumplimiento de la manda) que exige la ley al implementar las salidas transitorias, ya que está claro que el organismo informante, no tiene (y tampoco tendrá a partir de lo resuelto) el control o la evaluación total o parcial de la ejecución de la pena de Ariel Omar IRIARTE.

Mucho menos se cumplió con la intervención de un “equipo interdisciplinario”, alegando únicamente que el Tribunal no cuenta con ese recurso.

Por lo expuesto, entiendo que lo decidido resulta arbitrario en tanto el Juez omitió analizar el contenido del impedimento para la asignación de la tobillera electrónica, decidiendo basarse en lo informado por la autoridad administrativa, y consecuentemente en la Resolución N° 808/16, sin adentrarse a analizar si dicha reglamentación resulta válida (control de constitucionalidad y convencionalidad de obligatoria observación por los jueces antes de decidir un caso; de ahí que en este país sea difuso), conforme el ordenamiento jurídico, o violatoria de los estándares establecidos en la Ley N° 24.660, que la tornan inaplicable.

En definitiva, el monitoreo electrónico contribuye a supervisar de un modo eficaz el cumplimiento de las reglas impuestas para quiénes fueron beneficiados por las salidas transitorias, entre otros, por lo que la interpretación dada en la sentencia impugnada afecta el mejor desempeño de la administración de justicia, por cuanto priva al Estado de llevar adelante un efectivo control del cumplimiento de la medida y de las penas dictadas en sede judicial, y aumenta el riesgo de que se generen situaciones de impunidad.

En consecuencia, resulta arbitrario el resolutivo impugnado que prescindió de colocar el dispositivo de vigilancia electrónica al condenado, pues solo se basó en lo informado por la autoridad administrativa, omitiendo dar verdaderos y serios fundamentos, considerando la trascendencia de lo que se estaba resolviendo.

En este sentido, considero atingente traer a colación que en un caso llevada a instancia de casación por este Ministerio Público, en donde únicamente se discutía la prescindencia



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de la colocación del sistema de monitoreo electrónico para el control de la prisión domiciliaria de un condenado, aunque con idénticos argumentos a los que invocó la sentencia aquí impugnada (la resolución 806/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que el caso no encuadraba en el listado de prioridad), la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de casación de esta parte, anuló lo resuelto y ordenó el dictado de una nueva sentencia (CFCP, Sala I, sentencia del 04 de agosto de 2022 en el legajo N° FBB 14869/2017/TO1/24/1/CFC2, caratulado “MC COUBREY, César Esteban s/recurso de casación”).

Para así resolver, el máximo tribunal especializado en materia penal expresó:

“Ahora bien, asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en punto a que la resolución recurrida carece de fundamentación suficiente, lo que impide tenerla como un acto jurisdiccional válido. Así, cabe memorar que al momento de autorizar el cumplimiento de la condena impuesta a Mc. Coubrey por infracción a la Ley 23737 bajo la modalidad de prisión domiciliaria se dispuso la colocación de un dispositivo de control electrónico. Posteriormente, y a raíz de lo informado por la Directora de la DAPVE, el juez de ejecución penal dispuso dejar sin efecto la colocación de dicho dispositivo, lo que según surge del recurso y de las constancias del LEX100 no fue notificado al representante del Ministerio Público Fiscal.

Así las cosas, asiste razón al recurrente en punto a que no se dio cumplimiento con lo dispuesto en el art. 33 in fine de la ley 24.660, reformado por la Ley 27375, en punto a que ‘al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución’.

No puede soslayarse que al momento de dictarse la decisión aquí recurrida, no surgía del legajo ningún informe acerca del control efectivamente realizado respecto del nombrado hasta esa fecha, lo que determinó la decisión del juez de librar 'DEOX a la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal informando esto y solicitando con urgencia se informe el resultado de la supervisión oportunamente encomendada, ya que pese al tiempo transcurrido no obra constancia en la causa'.

En razón de lo expuesto, y sin que ello importe adelantar mi opinión sobre el fondo del asunto, habré de proponer al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas, y en consecuencia, anular la decisión recurrida en cuanto no hizo lugar a la colocación de un dispositivo electrónico de control de la prisión.

Asimismo, y teniendo en cuenta que el planteo de inconstitucionalidad formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal fue deducido al momento de interponer el recurso bajo estudio y la competencia revisora de esta Cámara, corresponde que sea analizado por el juez de ejecución al momento de resolver el modo de supervisión de la prisión domiciliaria que cumple César Esteban Mc Coubrey”.

Es por todo lo expuesto que al resolverse el caso aquí impugnado, se ignoró que el monitoreo electrónico constituye una herramienta de control estatal de carácter accesorio y complementario para garantizar el cumplimiento eficaz de las salidas transitorias.

Al respecto, no debe perderse de vista que, si bien el fin principal de la pena es la resocialización del condenado, conforme la aceptación de la mayoría de la doctrina, lo cierto es esta teoría también pretende que –resocialización mediante- la persona no vuelva a cometer delitos y, mucho menos, durante el cumplimiento de la



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

propia pena, etapa en la que resulta indispensable el control del estado.

Por ello es que el monopolio estatal de la actividad punitiva obliga a ensayar un discurso legitimador que solo puede construirse a partir de la racionalidad de la pena. Ésta, a su vez, depende de su coherencia con los elementos del sistema penal que le anteceden en su actuación. Por tanto, la función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual.

Un discurso legitimador de la pena que asuma este planteamiento como punto de partida soportará luego ser confrontado con las consecuencias jurídicas que genera la aplicación de la pena. En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.

La libertad de actuación que la sanción estatal reivindica es la que se deriva de los valores ético-sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad.

El enfoque descripto asume como premisa que en la legitimación de la pena debe reivindicarse su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto, y no limitarse el análisis a la relación entre el infractor que la padece y el Estado que la aplica. Así como la libertad jurídicamente garantizada que delimita la norma de conducta no es solo un vínculo entre el destinatario de la norma y el Estado, sino que

enlaza a todos los ciudadanos entre sí y con el Estado –pues se trata de respetar la libertad de actuación del otro como se pretende que la de uno sea respetada-, así también la aplicación de la pena exige que se constate una necesidad social como presupuesto adicional a la vulneración de la norma de conducta.

En definitiva, la resocialización debe ser valorada como postulado político criminal que inspira la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no como fin único de la sanción penal. Así lo establece el art. 10.3 PIDCP. De conformidad con ello, reeducación, rehabilitación y reincorporación significan aprender a hacer un uso responsable de la libertad, en donde el término «responsable» es sinónimo de respeto por las normas de convivencia social⁷⁶.

Al reivindicar el derecho vulnerado por el delito, la prevención general positiva asume que la legitimación de la pena se desprende de la relación entre ésta y la norma de conducta. Ello le permite mantener la coherencia frente al funcionamiento del sistema penal: la norma de conducta vulnerada, que se legitima como expresión de la libertad jurídicamente garantizada, sigue siendo necesaria y tiene plena vigencia como pauta de conducta en la sociedad, a tal punto que se impone una pena por su desconocimiento.

Pero fundamentalmente la confianza en el derecho que ha de generar la pena, no depende de esta en sí misma, **sino de la manera en que esta se aplica**. Si se propicia confianza en el derecho se trata, habría que atender antes que a la pena, a **la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal**, como la Policía, el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Estado, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho.

⁷⁶ Conf. Meini, Iván. Imputación y responsabilidad penal. Lima: Ara, 2009, pp. 327 y ss., en especial, pp. 334 y ss.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Finalmente, resta señalar que la situación planteada también podría revestir un caso de gravedad institucional, tal como lo he señalado.

Se trata entonces de un conflicto a nivel federal que merece ser subsanado y más allá de lo que se resuelva en este caso puntual, respecto de IRIARTE, corresponde que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establezca una nueva normativa acorde a los estándares establecidos en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660.

Y hasta tanto, el Poder Judicial no puede permanecer impávido, conformándose con lo que arbitrariamente dispone un organismo administrativo en contra de lo que marca la ley, omitiendo directamente incluir en el citado programa a quiénes son beneficiados, en este caso, con salidas transitorias.

Es que lo que aquí no parece comprenderse es que no sólo se está poniendo en riesgo el cumplimiento de los fines del derecho penal (y con ello la propia justificación del Estado constitucional de Derecho). Si no, fundamentalmente a la seguridad de la propia ciudadanía, al tener a un sujeto librado a su suerte, sin control permanente alguno, que cuando le venga la gana puede salir a cometer nuevos delitos.

Y de ahí la interpretación inconstitucional que el magistrado ha hecho de la disposición administrativa (que, por otra parte, lo habilitaba a que, en casos excepcionales, como son precisamente estos en donde conceden una libertad anticipada (más allá de transitoria) de sujetos que deberían estar detenidos en prisión carcelaria, según la ley, a adoptar este tipo de recaudos). Dejo entonces planteado dicho recurso, en los términos de los citados artículos 474 en función del art. 457 (sentencia equiparable a definitiva que hace a las condiciones de las salidas transitorias concedidas) y 475 del CPPN.

Las normas del Bloque de Constitucionalidad relativas a la exigencia estatal de proteger la integridad personal y patrimonial de sus habitantes y que han sido inobservadas, fueron detalladas al comienzo de esta presentación, por lo que corresponde remitirse a ellas en honor a la brevedad.

No se procura aquí de plantear un discurso de “mano dura”, de emergencia penal en procura del orden, o, sencillamente, punitivista. No es así y eso se ha visto traslucido en la pena propuesta por este Ministerio Público para castigar la infracción penal cometida por IRIARTE.

No creo tampoco que baste con la aplicación de una tobillera electrónica para procurar la resocialización de los condenados. Ésta realmente resulta posible (porque nada obsta a que el condenado decida cortar la tobillera y salir corriendo) cuando se la utiliza juntamente con intervenciones de tratamiento que han demostrado ser eficaces.

Una evaluación del Programa de Recursos de Aprendizaje en Canadá produjo algunos aciertos interesantes. El programa proveía acceso a los delincuentes en libertad condicional a la terapia de grupo y formación. Como resultado, se ha observado que los delincuentes de alto riesgo a quienes se les hizo vigilancia electrónica y tratamiento intensivo tenían índices de reincidencia más bajos que aquellos que no lo tenían. La importancia de esta evaluación es que ha demostrado la eficacia de los servicios de rehabilitación intensiva para delincuentes de alto riesgo (los que cometieron delitos graves) que involucraba una combinación de supervisión y



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

tratamiento⁷⁷. Por esto también debería velar el Tribunal, si lo que pretende es beneficiar realmente al condenado.

Lo que se exige simplemente es el cumplimiento de la ley y la ley exige los recaudos que pongo de manifiesto para acceder a los beneficios que le han sido concedidos.

No voy a ingresar aquí al análisis exhaustivo del complejo y controversial tema de la seguridad ciudadana que, según la CIDH es más amplia, pero también comprende, a los términos “seguridad pública”; “seguridad humana”; “seguridad democrática”; “seguridad interior” u “orden público” y su relación con los derechos humanos.

No hay dudas, sin embargo, que, por imperativo supra legal, se trata de una obligación estatal de política pública de prevención (por ende, pasiva de responsabilidad internacional), y de un verdadero *derecho* de cada uno de los habitantes, a diferencia de los institutos de morigeración de la prisión, que son *beneficios*.

Un derecho a que cada ciudadano pueda desenvolver su vida cotidiana con el menor nivel posible de amenazas a su integridad personal, sus derechos cívicos y el goce de sus bienes.

No necesito aclarar que los Informes y Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser tomados como guías de interpretación de los preceptos convencionales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de igual carácter; pauta refrendada por la CSJN en diversas ocasiones. Cito, a modo de ejemplo, los primeros fallos al respecto, sin perjuicio de que existen

⁷⁷ Conf. *Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*, UNODOC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2013, p. 84.

otros tantos: “Girolodi”⁷⁸; “Bramajo”⁷⁹; “Sánchez Reisse”⁸⁰; “Claudia Beatriz Acosta”⁸¹, etc.

En lo que aquí importa, corresponde ser resaltado el “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, de la CIDH aprobado el 31 de diciembre de 2009. El documento es muy largo y aquí sólo me remitiré a algunos párrafos que hacen a la solución del caso planteado.

Allí la CIDH dijo que:

- La Comisión ha llamado la atención sobre los efectos de la violencia y el delito sobre las condiciones de gobernabilidad en los países del hemisferio y ha señalado que la seguridad ciudadana requiere de una fuerza policial civil que resguarde a los habitantes; de una administración de justicia fortalecida, sin corrupción ni impunidad; y de un sistema penitenciario que tienda a la verdadera recuperación e inserción social del detenido. Ha señalado que los Estados Miembros, en su legislación y procedimientos internos, deben operar sobre la base de que los instrumentos que integran los Sistemas Universal y Regional sobre derechos humanos “... permiten aplicar medidas para enfrentar las amenazas a la seguridad ciudadana [...] dentro del marco del Estado de Derecho, sin desatender el respeto a las garantías básicas, no derogables, previstas por el derecho internacional” (párrafo 2).

- En nuestros países, el Poder Judicial, el Ministerio Público, las fuerzas de seguridad y el sistema penitenciario no han desarrollado las capacidades necesarias para responder eficazmente, mediante acciones de prevención y de represión legítimas, el crimen y la violencia (párrafo 3).

⁷⁸ CSJN, 7/4/95, *Fallos*, 318:514.

⁷⁹ CSJN, 12/9/96, *Fallos*, 319:1840.

⁸⁰ CSJN, 7/5/98, *Fallos*, 321:1328.

⁸¹ CSJN, 22/12/98, *Fallos*, 321:3555.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- La seguridad ha sido desde siempre una de las funciones principales de los Estados. Indudablemente, con la evolución de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad. El concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado. Hoy en día, los Estados democráticos promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales. Así, desde la perspectiva de los derechos humanos, cuando en la actualidad hablamos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la delincuencia, sino que estamos hablando de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas. Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados (párrafo 20).

- Por primera vez en décadas, en los países de América Latina, la delincuencia ha desplazado al desempleo como preocupación de los habitantes. La seguridad aparece como una demanda cotidiana en el debate político y ciudadano (párrafo 30).

- La inseguridad generada por la criminalidad y la violencia en las Américas constituye un grave problema donde está en juego la vigencia de los derechos humanos. Las políticas sobre seguridad ciudadana deben ser evaluadas desde la perspectiva del respeto y garantía de los derechos humanos. Por un lado, las obligaciones negativas de abstención y respeto y, por otro, las obligaciones positivas vinculadas a la adopción de medidas de prevención. Asimismo, la invocación efectiva de los derechos involucra obligaciones positivas y negativas en cuatro niveles: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. La obligación de respetar se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso

al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (párrafo 35).

- Puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Parte en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención (párrafo 40).

- El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales (párrafo 41).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (párrafo 42).

- A juicio de la Comisión, de los aspectos desarrollados en los párrafos anteriores se deriva que la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiendo por ésta los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad. Una política pública es, por tanto, un instrumento de planificación, que permite la racionalización de los recursos disponibles, en un marco de permanente participación de los actores sociales involucrados (párrafo 52)⁸².

- En definitiva, la seguridad ciudadana es concebida por la Comisión como aquella situación donde las personas pueden vivir

⁸² De ahí que en mis múltiples dictámenes y recursos he insistido hasta el hartazgo con que las prohibiciones impuestas por el legislador en torno a prohibir las libertades anticipadas de personas que han cometido ciertos tipos de delitos, específicamente detallados y consignados por considerarse graves, constituye una cuestión de Política Criminal, ajena al Poder Judicial, y absolutamente constitucional.

libres de las amenazas generadas por la violencia y el delito, a la vez que el Estado tiene las capacidades necesarias para garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas. En la práctica, la seguridad ciudadana, desde un enfoque de los derechos humanos, es una condición donde las personas viven libres de la violencia practicada por actores estatales o no estatales.

El informe precitado acredita que el Poder Judicial -como el resto de los poderes incluyendo a este MPF- tiene la obligación internacional de proteger a la ciudadanía; concretamente a su derecho a la seguridad; con acciones concretas y positivas.

d. Sobre la necesidad de ordenar e implementar el sistema de monitoreo electrónico en el caso concreto

Como ya lo anticipé, siendo que de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal y en la ley 24.660, Ariel Omar IRIARTE se encuentra excluido del beneficio que, previa declaración de inconstitucionalidad, se le concedió, al momento de así decidírselo se debieron arbitrar, como mínimo, los recaudos necesarios para que esas salidas (legalmente vedadas), se ejecuten bajo los requisitos y condiciones requeridos por la ley aplicable en los casos que la ley sí lo admite, esto es, justamente, la implementación del sistema de monitoreo electrónico, salvo que se ordene la vigilancia por parte de un empleado (art. 19 ley 24.660).

Casos como el de autos son justamente aquellos donde se deberían extremar las medidas de control, para garantizar, al menos, el cumplimiento eficaz de las salidas transitorias, instituto que el legislador vedó.

Aunado a ello, la necesidad de la solución propuesta se imponía con mayor énfasis en autos, en virtud de Ariel Omar IRIARTE, como ya lo relaté, al momento de cometer el delito por



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

el cual resultó condenado en las actuaciones principales, se encontraba condenado, por sentencia firme, por otro hecho en infracción a la ley 23.737, incumpliendo de esta manera las condiciones establecidas al momento de suspender la ejecución de esa primera pena.

Por lo tanto, la veda legal para el instituto que finalmente se le otorgó, y las circunstancias particulares del caso, constituyen causales que abonan en el sentido contrario a la resolución impugnada.

Es por ello que, como también se insistió a lo largo de este recurso, judicialmente se puede ordenar la colocación del sistema de monitoreo electrónico y que la administración cumpla con lo que la ley obliga y manda, en particular en un caso como el de autos.

Considero que la resolución del caso no se puede conformar con una imprevisión o falencia del Poder Ejecutivo a hacer lo que la ley manda, en pos de proteger y salvaguardar los derechos y garantías para todos los ciudadanos, tal como se ha detallado extensamente a lo largo de este recurso.

IX.- REQUERIMIENTO DEL DICTADO DE UN FALLO PLENARIO

Como señalé al principio de esta presentación, en los términos del art.10, inc. b) de la ley 24.050, habré de requerir expresamente que a partir del presente caso, se convoque a la totalidad de los integrantes de esa Cámara Federal de Casación Penal, para que se expidan expresamente sobre las dos cuestiones que han sido materia de los presentes recursos, esto es, tanto sobre la validez de las disposiciones del Código Penal y de la Ley 24.660 que impiden cualquier tipo de salida anticipada y en particular la libertad condicional de para los casos de condenas por delitos por ellas

contemplados, así como sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones administrativas que niegan la colocación de dispositivos de control electrónico en supuestos en donde, quien resultó condenado se encuentra en libertad y se le haya acordado el beneficio del cumplimiento de la pena extramuros o cuando obtiene su libertad anticipada en un proceso en la que se juzgó cualquier clase de delito (aun los que la ley **no** prohíbe esta concesión y los Tribunales Orales Federales la conceden sin dar cumplimiento con lo que ordena expresamente los arts. 19 *in fine*, 28, párrafo quinto, 33, 45 y 54 último párrafo de la Ley 24.660 y sus modificatorias).

En este estado de las cosas, aun cuando la postura de la mayoría de los jueces de ese Tribunal es clara en cuanto a los impedimentos que impone la ley para que las personas que han sido condenadas por los delitos ya enunciados es plenamente válida desde su análisis constitucional, lo cierto es que se verifica el criterio de algunos de sus magistrados que no apoyan esta tesitura y, estribados en estas disidencias, algunos Tribunales Orales Federales del país - entre ellos el de Bahía Blanca que aquí intervino-, encuentran la llave para declarar la inconstitucionalidad de la ley, permitiendo que sujetos que han sido condenados por delitos a los que se prohíbe el beneficio, igualmente lo obtengan, lo que genera por parte de este Ministerio Público Fiscal un desgaste jurisdiccional inconmensurable que se traduce en interponer múltiples remedios casatorios, que luego la Cámara, por lo general, revoca dicha concesión y el sujeto debe volver a ser encarcelado.

Un perjuicio para la justicia; un perjuicio para el propio individuo involucrado (que interrumpe su proceso de resocialización) y -sobre todo- un perjuicio para la sociedad que, desde el momento en que el sujeto es liberado, hasta que es vuelto a encerrar, convive con una persona a la cual la justicia -mediante el dictado de



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

una condena lo considera *peligroso* (hasta tanto la cumpla en su totalidad)- y que el legislador, en ciertos casos, precisamente por ese motivo y por las características del hecho objeto de condena ha decidido, en aplicación de la política criminal que le corresponde dictar, que no obtenga ningún tipo de salida anticipada hasta el agotamiento de su condena, sin perjuicio del período previo en el que se lo prepara para reinsertarse en ella.

Observo en este sentido, que en la actualidad nos encontramos frente a idéntico panorama al que se verificaba previo al dictado del Fallo Plenario N° 13, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, rto. el 30/10/2008, precisamente ligado a cuestiones relativas a la libertad de los imputados (en este caso su detención cautelar).

En aquella época existía un desconcierto absoluto acerca de si las mandas que habilitaban a la detención cautelar de una persona eran de interpretación *iure et de iure*, o *iuris tantum*; y, en este sentido, si era posible o no privar a alguien de su libertad por aplicación expresa de lo que mandaba el Código Procesal Penal de la Nación o solamente cuando se verificaran los peligros procesales de fuga y/o entorpecimiento de la investigación.

Hasta tanto, los tribunales inferiores federales y nacionales del país (pues para entonces, la justicia nacional se encontraba bajo la órbita de esa Cámara), hacían y deshacían lo que les resultara en gana, afectando claramente al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 CN), pues unos ordenaban la detención cautelar de manera automática, si se daban taxativamente los requisitos de los arts. 312 y 316 CPPN, mientras que otros individuos -investigados por la misma clase de delitos- permanecían en libertad durante el transcurso del proceso hasta el dictado de una sentencia

(que a veces no se esperaba que quedara firme para proceder en tal sentido).

Hoy en día sucede exactamente lo mismo con quienes fueron condenados por un delito que la ley prohíbe su salida anticipada. Algunos salen beneficiados a partir del fundamento –a mi entender erróneo- postulado por algunos tribunales acerca de que las leyes que lo impiden son inconstitucionales, mientras que otros, deben esperar que se cumpla lo que la ley manda.

Este caos jurisprudencial, merece, sin dudas de una respuesta unívoca de parte de la totalidad de los miembros de esa Cámara, para poner de una vez por todas blanco sobre negro, y que los tribunales inferiores, en más, deban seguir el criterio mayoritario que se adopte a partir de la sustanciación del fallo plenario que con esta presentación promuevo y solicito expresamente.

Y aun cuando se llegue a la conclusión de que la libertad anticipada no es procedente en éste y en casos análogos por lo que dice la propia ley, habré de requerir que, por economía procesal lo mismo se trate la inconstitucionalidad del decreto administrativo que, sin fundamentación jurídica alguna, discrecionalmente hecha por tierra lo que también manda la ley en cuanto a la obligación de colocar un dispositivo de control electrónico (en casi todos los casos) a quienes obtengan salidas anticipadas al cumplimiento de la pena, por cualquier tipo de delito, esto es, no sólo aquellos enumerados en el artículo 14 del CP y sus mandas reflejas de la ley 24.660.

Aquí, lo mismo que sucede en la hipótesis anterior, nos encontramos frente a una desprotección estatal inusitada de la ciudadanía, frente a los Tribunales que aplican *ipso facto* la resolución administrativa aludida, (de orden jerárquico inferior a las leyes, conf. art. 31 CN), dictada, para colmo de las gravedades, por un sub-órgano de un Ministerio ejecutivo del P.E.N., sin exigirle al organismo -insisto,



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

administrativo- lo que la ley expresamente contempla, que es la colocación de un mecanismo de monitoreo para el control de los liberados, que eviten por el lado su fuga, verifiquen el efectivo cumplimiento de la condena, y permitan rastrear (controlar) al individuo frente a la posible comisión de nuevos delitos.

X.- RESERVA DE CASO FEDERAL

En atención a que la materia de la discusión del presente recurso, sobre las bases ya descriptas, se concentra en la interpretación de normas de indiscutido carácter federal; esta Fiscalía dejará hecha la reserva del caso federal para acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el caso de que la resolución de ese tribunal resulte adversa a la pretensión que aquí se explicita.

XI. PETITORIO

Por todo lo expuesto, esta Fiscalía General solicita que:

1º) Se tenga por interpuesto, en tiempo y forma, los presentes recursos de casación e inconstitucionalidad, se los conceda y se remitan las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal, para su sustanciación.

2º) Oportunamente, se revoque la resolución recurrida en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24.660 y la consecuente concesión del régimen de salidas transitorias en favor de Ariel Omar IRIARTE.

3º) Se declare la inconstitucionalidad de la Resolución 808/16 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, o la interpretación que en el caso se ha formulado sobre esta, ordenando cumplir de inmediato y bajo el apercibimiento que corresponda con lo

ordenado en el art. 19, último párrafo de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660.

4°) Se tenga presente la cuestión federal planteada.

FISCALÍA GENERAL, 6 de octubre de 2022.

GONZALEZ
DA SILVA
Gabriel

Firmado digitalmente
por GONZALEZ DA
SILVA Gabriel
Fecha: 2022.10.06
12:14:08 -03'00'