



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-127861-1

"DÍAZ, Walter David s/

recurso de casación"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la Defensa Oficial contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Morón, que había rechazado el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del CP y, en consecuencia, la libertad condicional solicitada por Walter David Díaz (v. fs. 58/65).

II. Contra esa decisión, el Defensor Adjunto de Casación Penal interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando, por una parte, la violación al principio de progresividad de la pena derivado del postulado de resocialización, consagrado en los arts. 18 de la CN y 5.6 de la CADH y al principio de igualdad ante la ley, y en segundo lugar, la violación a los principios específicos del fuero penal juvenil y al derecho a obtener una revisión amplia y eficaz de la sentencia de condena (v. fs. 81/89).

Destaca, en primer lugar, que su defendido ha sido condenado a la pena de nueve años de prisión, por los delitos de robo agravado por el homicidio resultante y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, por hechos cometidos a los dieciséis años de edad; que estuvo detenido antes y después de la mayoría de edad en distintos establecimientos y que los informes realizados por los organismos penitenciarios indican la

conveniencia de que acceda a salidas transitorias o a la libertad condicional, concluyendo que corresponde garantizar en el caso el derecho de Díaz a gozar la última etapa de la progresividad del régimen de ejecución de pena.

Afirma que, al negarse la posibilidad de acceder a la libertad condicional con base en lo dispuesto en el art. 14 del CP -que establece la imposibilidad de obtener el beneficio para los autores de ciertos delitos, entre ellos el tipificado en el art. 165 del CP- se ha hecho prevalecer un obstáculo inicial e insalvable previsto en la ley penal por sobre el fin último de la pena, quebrantándose el principio de progresividad del régimen penitenciario, derivado del principio de resocialización.

Indica que tanto la ley nacional 24.660, como la provincial 12.256 adoptaron el régimen progresivo, previendo la posibilidad de regresar en forma secuencial y paulatina al medio libre, siguiendo en este punto a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y a las Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), ambas adoptadas por la ONU.

Así, concluye que la posibilidad de transitar en libertad condicional la última parte de la pena se impone como máxima expresión del principio de progresividad, derivado de la finalidad de resocialización, que sólo puede ser garantizada a través de ese medio y que es contrario a ese objetivo constitucionalmente consagrado denegar a su defendido el beneficio considerando, exclusivamente, en el delito cometido.

Añade a lo expuesto que la neutralización de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-127861-1

la finalidad resocializadora que implica la aplicación del art. 14 de la ley de fondo al caso es incompatible, además, con el principio de igualdad, en la medida que importa denegar a los autores de ciertos delitos un derecho inserto en el régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad, el que queda reducido a mero castigo.

Fundando el segundo de los agravios planteados indica que la Casación se limitó a reeditar los argumentos desplegados por la alzada departamental, sin analizar los planteos de la parte referidos a la necesidad de analizar la cuestión a la luz de los principios rectores del régimen penal juvenil, dictando de este modo una sentencia arbitraria, que no cumple con las exigencias impuestas por el art. 8.2.h de la CADH y su doctrina.

Sin perjuicio de ello, señala que su asistido era menor de edad al momento de cometer los hechos por los que fuera condenado, correspondiendo en consecuencia aplicar lo dispuesto por el art. 37 inc. b) de la CIDN y la doctrina de la Corte federal en el caso "Maldonado", que indican que la resocialización del condenado es el objetivo preponderante en ese régimen y que, conforme las constancias que mencionara previamente, ese objetivo ya se habría cumplido en el caso y en la persona de su defendido.

III. El remedio fue concedido por el tribunal a quo (v. fs. 91/94), remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General (v. fs. 118).

IV. Entiendo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto de Casación no puede prosperar.

Ello así pues considero, en primer lugar, que el recurrente no consigue refutar los fundamentos desplegados en la decisión atacada para rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del CP que se sometiera al tribunal intermedio, que indicó claramente: a) que la modificación introducida a esa norma del código de fondo por el Congreso de la Nación constituía una manifestación de las facultades que a ese órgano corresponden en el plano del diseño de la política criminal y penitenciaria, ámbito ajeno al examen jurisdiccional; b) que la distinción que se establece entre los condenados por ciertos delitos particularmente graves y los demás reclusos para la etapa final de la ejecución de la pena reconoce un fundamento razonable, compatible con el principio del art. 16 de la CN y coherente con la distinción tradicionalmente prevista para los reincidentes, convalidada en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y c) que la norma en cuestión no obsta a la resocialización del condenado, principio que debe ser articulado con fundamentos retributivos de la pena que coexisten con aquel objetivo de prevención especial y que están limitados por el principio de proporcionalidad (v. fs. 59 vta./64).

El criterio expuesto por el tribunal *a quo* coincide, en lo sustancial, con el sostenido por esta Procuración General al dictaminar en la causa P. 126.187 -el 9 de octubre de 2015-, oportunidad en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-127861-1

que se destacara que la tacha de inconstitucionalidad de una disposición legal sólo es posible cuando la vulneración de las normas de rango superior sea de tal magnitud que justifique tal declaración y no existan alternativas interpretativas que brinden una solución al caso.

En este sentido ha expresado la Corte federal que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad y *última ratio* del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 247:121 y sus citas); agregando que "(...) la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa" (Fallos 335:2333 "Rodríguez Pereyra" y sus citas).

En el caso resulta patente que la posición del impugnante se funda en los alcances que confiere al instituto de la libertad condicional, al que considera un paso *imprescindible* en el marco de un régimen progresivo, al que califica como la única alternativa posible para garantizar el objetivo convencional de la resocialización de los condenados a una pena restrictiva de la libertad. Esta postura no es idónea para poner en evidencia aquella incompatibilidad manifiesta e insalvable de la norma legal -en concreto, el pasaje incorporado al texto de la art. 14 del CP por la ley 25.892- con lo dispuesto por los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP, que

establecen como objetivo preponderante o finalidad esencial de la ejecución de las penas privativas de la libertad la reforma y readaptación social de los condenados.

De este modo, descartada la existencia de una relación de incompatibilidad directa e inmediata entre aquellos dispositivos, la invalidación de la norma legal propuesta por el recurrente se funda, en definitiva, en un criterio dispar sobre la conveniencia política de una decisión legislativa -que excede el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales-, más que en la incompatibilidad con dispositivos constitucionales en la que pretende fundársela. Así, ha dicho la Corte Suprema que la ventaja, acierto o desacierto de una medida legislativa "...escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306 :1964; 323: 2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros)" (Fallos 333:447 "Massolo").

Es oportuno destacar que la libertad condicional constituye un modo alternativo de ejecución de la sanción que el legislador nacional puede o no establecer, en el marco de un régimen progresivo que también a él compete regular -teniendo en cuenta las recomendaciones de los organismos internacionales correspondientes y la concreta realidad penitenciaria nacional- contando además la prerrogativa de limitarlo en tanto lo realice siguiendo pautas razonables (art. 28 de la Carta Magna).

En este sentido, descartando la incompatibilidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-127861-1

del nuevo texto del art. 14 del ordenamiento penal con las mandas constitucionales mencionadas, ha dicho esa Suprema Corte que al regular la pérdida de la posibilidad de acceder a la libertad condicional para el caso de los condenados por alguna de las cinco graves figuras del Código Penal allí mencionadas (arts. 80 inc. 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo), *"...lo que hace, en palabras de la Corte [federal], es determinar "la sujeción de los condenados a un régimen más severo de ejecución de la pena en el que se los priva del derecho a obtener la libertad condicional..." (v. Fallos: 334:559)", sin que ello importe "privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de las penas de encierro carcelario a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el art. 5, inc. 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asigna a las penas privativas de la libertad (conf. en lo pertinente, dictamen de la Procuración General de la Nación en causa A. 558. XLVI. RECURSO DE HECHO, "Arévalo, Martín Salomón", C.S.J.N.)"; concluyendo así que "...aun en el caso de ser condenado por alguno de los delitos respecto de los cuales el legislador nacional estimó que dada su gravedad debían observar un régimen más severo, la evolución del penado en el ámbito penitenciario puede implicar, bajo las condiciones que la ley establece, acceder a salidas transitorias (conf. art. 100, ley 12.256 y sus modif.)" (P. 126.187, sent. del 4/8/2016).*

Es claro, entonces, que la imposibilidad de

obtener la libertad condicional no trae como desenlace inevitable la imposibilidad de resocialización del condenado, como lo plantea el recurrente, toda vez que ese objetivo tendencial se puede ir llevando a cabo a través de las salidas transitorias mencionadas y del tratamiento que el interno recibe en la Unidad Penitenciaria. Cabe agregar que en el caso no se ha impuesto una pena perpetua, sino una sanción temporal de nueve años de prisión, que vence en el mes de agosto del año en curso, conforme las constancias del legajo.

Tampoco consigue el recurrente, con la escueta argumentación desarrollada al efecto, poner en evidencia la incompatibilidad del dispositivo legal en cuestión con el art. 16 de la Carta Magna, que establece el principio de que todos los habitantes son iguales ante la ley, basamento de todo sistema republicano de gobierno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado, desde sus primeras decisiones (Fallos 16:118), que aquélla consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrientes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de igualación absoluta o rígida sino en dispensar un trato igualitario a todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos 123:106; 180:149), lo cual no prohibiría al legislador nacional la creación de categorías normativas diferenciales, como las previstas en el art. 14, segunda parte, del digesto de fondo, siempre que las mismas no resulten arbitrarias y atiendan a una objetiva razón de discriminación (Fallos 301:381; 304:309).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-127861-1

En el caso de autos, debo decir que la situación de aquellos penados incluidos en la segunda parte del art. 14 del digesto de fondo respecto de los privilegios que pueden o no gozar de acuerdo a lo allí dispuesto, resultan idénticas para todos los integrantes de su clase. De igual modo, sí resulta diferente su situación si se los compara con los demás penados a los que se les permite el goce de la libertad condicional, ya que en esos supuestos existe una condición excluyente de la misma cual resulta ser la comisión de una serie de delitos particularmente graves -en los que el atentado contra el más valioso de los bienes, la vida, aparece vinculado a la comisión de otro delito-, circunstancia que diferencia a sus autores de quienes no han cometido delitos de esa entidad -incluso, atentados contra la vida-, criterio de distinción que a mi modo de ver no resulta arbitraria. Naturalmente, es opinable la decisión adoptada en este sentido por el legislador pero, reitero, la cuestión pertenece al plano de las decisiones políticas, en las que no corresponde al Poder Judicial pronunciarse sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una decisión legislativa legítimamente adoptada.

De manera que, vigentes los criterios clasificatorios, nada impide que se otorguen a unos ciertas concesiones que no se confieren a quienes no están en análoga situación -los condenados por los delitos particularmente graves- (arg. arts. 16 y 28 de la Constitución Nacional). Es facultad del legislador determinar las consecuencias en cada ámbito y no parece posible afirmar categóricamente que la solución deba ser la misma, toda vez que las situaciones reguladas no son idénticas.

En esta línea, ha dicho esa Suprema Corte en el precedente antes citado que *"las figuras delictivas a que se refiere la norma en cuestión son homicidios particularmente graves por su conexión con otros delitos. Cuando el legislador exige que la pena impuesta en esos casos se cumpla en su totalidad no selecciona ningún grupo de personas por su condición, sino por lo que han hecho... //Que la ley, de modo general, haga una distinción entre delitos más y menos graves, y que estos últimos tengan reglas más severas, limitadas por supuesto al término de la condena dictada con todas las garantías en el juicio correspondiente, no establece una diferencia que viole el art. 16 de la Constitución nacional.// El art. 14 citado no se refiere a un grupo indeterminado de personas, sino a determinadas figuras de homicidio particularmente graves. Y la mayor severidad que para ellos establece es la de que la pena impuesta en juicio se cumpla en su totalidad. [...] Lo que el art. 14 del Código Penal hace es seleccionar un número muy limitado de homicidios particularmente reprobables -todas figuras en las que se mata en conexión con otro delito- y excluir una liberación anticipada. Igual ocurre con la reincidencia, que tampoco permite tomar en cuenta la conducta durante el cumplimiento de la condena, y cuya vigencia y validez constitucional han sido ratificadas por la Corte federal y por esta Suprema Corte (Fallos 311:1451, 552 y 248:232; nuevamente sostenida en el caso "Arévalo", A. 558. XLVI, sent. del 27/V/2014; esta Corte P. 100.577, sent. del 22/X/2008; P. 102.267, sent. del 29/XII/2008; P. 99.832, sent. del 1/XII/2008; P. 111.948, sent. del 13/XI/2013)"* (voto de los Jueces De



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-127861-1

Lázzari y Pettigiani en P. 126.187 cit.).

Considero, por lo hasta aquí expuesto, que el agravio principal del recurrente, en el que postula la inconstitucionalidad del art. 14 del CP, no puede ser atendido.

Tampoco puede prosperar el segundo de los motivos de agravio, en la medida que el recurrente no consigue demostrar la existencia de las infracciones constitucionales y convencionales que denuncia.

En primer lugar, es evidente que la decisión atacada cuenta con la fundamentación pertinente, pues aborda y descarta el planteo del recurrente referido a la necesidad de aplicar en el caso lo dispuesto por los arts. 37 inc. b) y 4 de la CIDN, remitiéndose a la decisión de la alzada departamental que había descartado la aplicación de esa normativa al caso, por no tratarse el condenado de autos de un *niño* privado de la libertad (v. fs. 64 vta.).

Al margen del acierto o desacierto de la decisión, estimo que la misma se encuentra fundada y que constituye, teniendo en cuenta la entidad estrictamente jurídica de la cuestión planteada, una adecuada revisión en los términos de lo dispuesto por el art. 8.2.h de la CADH y su doctrina.

Cabe agregar que el recurrente no demuestra, tras manifestar su disconformidad con lo decidido, que exista una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre la aplicación al caso de la restricción prevista en el art. 14 del CP y lo dispuesto en los arts. 37 incs. b) y

c) y 40 de la CIDN, de modo tal que no logra poner en evidencia que la consideración de la normativa que denuncia inaplicada hubiera podido torcer la suerte negativa del planteo de inconstitucionalidad que formulara.

Tampoco demuestra que los lineamientos sentados por la Corte Suprema en el precedente "Maldonado" (Fallos 328:4343) resulten incompatibles con la aplicación de aquella disposición al caso concreto en el que -cabe destacarlo nuevamente- se impuso al imputado una pena que se ubica por debajo del mínimo legal previsto en el art. 165 del CP, aplicando para ello la normativa específica que así lo habilita (art. 4 ley 22.278).

Es por todo ello que estimo que tampoco puede ser atendido el segundo de los motivos de agravio esgrimidos por el recurrente.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto de Casación Penal a favor de Walter David Díaz.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 27 de marzo de 2017.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General