



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

P-129539-1

"Fernández Chamorro, Abel
s/ Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación rechazó por improcedente el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial contra el pronunciamiento dictado por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías de Morón, que había dispuesto no hacer lugar a la solicitud de salidas transitorias e incorporación al régimen abierto formulada en favor de Abel Maximiliano Fernández Chamorro (v. fs. 70/85).

II. Contra dicho pronunciamiento, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 132/149).

Denuncia que los arts. 100 de la ley 12.256 y 14, segunda parte, del Código Penal, resultan inconstitucionales en tanto afectan el principio de finalidad resocializadora de la pena y el derecho de igualdad (art. 16, CN). Alega que se prohíbe la libertad anticipada por el sólo hecho de haber sido condenado por alguno de los ilícitos especificados en la norma de fondo antes citada, sin importar ningún dato relativo al modo de ejecución de la sanción impuesta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

Seguidamente, desarrolla el alcance del derecho a la resocialización como fin de la pena impuesta (arts. 18, CN; 7 y 10.3, PIDCP; 5.6, CADH). Señala que es el Estado quien se encuentra obligado a

brindar un tratamiento a todo penado, teniendo como finalidad esencial la reforma y readaptación social del mismo, lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia catalogaron como "teoría de la prevención especial positiva", desprendiéndose de ella que la pena es un instrumento para corregir en el penado pautas sociales establecidas. Para concretar ese fin, deberán trazarse objetivos generales (capacidad de comprender y respetar la ley y promover la comprensión y el apoyo de la sociedad) y contener un tratamiento a la medida de cada infractor teniendo en cuenta los rasgos personales del autor.

Añade que la resocialización implica que la persona debe ser preparada para que viva en libertad, por lo que el régimen de ejecución debe ser progresivo y se logra pasando del encierro a la libertad. En efecto, las penas de ciertos delitos a los que se les priva de transitar por periodos de prueba y libertad son de larga duración, y de seguro que el resultado al liberar a una persona en esas condiciones no será positivo.

Expone que para verificar si el penado ha internalizado los conceptos incorporados durante el cumplimiento de aquella, sería necesario un mayor estado de libertad, pues es allí donde adquirirá el resto de las pautas necesarias para completar de forma exitosa el proceso de resocialización. Cita en su apoyo las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" adoptadas por el 1º Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Por otro lado, argumenta que es insostenible, por contradictorio, pretender que una persona se prepare mejor para vivir en



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

P-129539-1

sociedad sin que puede ingresar en ella de modo progresivo, no resultando lógico que su asistido sea impedido de acceder paulatinamente a los beneficios previstos para las últimas etapas del régimen de ejecución de la pena, basándose dicha denegación en el mero hecho de haber cometido determinado delito, aspecto objetivo de la ley penal que de ningún modo puede prevalecer sobre el fin último de la pena privativa de la libertad.

Sostiene que la variable para seguir avanzando por los diferentes estadios que llevan al objetivo final no puede ser otra que las mejoras obtenidas en sus condiciones personales, con lo cual el delito por el cual se lo condenó nunca podrá constituirse en el dato definitorio para que se decida si avanza en el tratamiento o no. En todo caso, afirma, será un dato más a tener en cuenta para definir el tratamiento más adecuado. Por ello, si a la persona no se le otorgan salidas transitorias y demás beneficios, será por no haber alcanzado las metas pero nunca podrá decidirse ello de antemano, pues la ley no puede estatuir anticipadamente que los individuos que cometieron determinados delitos van a cumplir en totalidad la pena.

En base a todo lo expuesto, cuestiona el recurrente el criterio adoptado por el Tribunal de Casación Penal al afirmar que el fin principal de la pena es la resocialización, pero no el único, añadiendo que ello no es correcto pues el fin resocializador deja de ser "esencial", tal como lo fijan las normas internacionales.

Arguye que prohibir la posibilidad de vincularse con el medio libre, con fundamento en el tipo de delito, implicaría dejar de

lado la teoría de prevención especial positiva y se justificaría por otra. Al entender de la recurrente ello es lo que sucede, pues el legislador ha optado por justificar la pena de acuerdo a los postulados de la teoría de la prevención especial negativa.

A continuación, denuncia la violación al principio de igualdad ante la ley, en tanto resulta injustificada la distinción que realiza la ley al ordenar que algunos condenados, a pesar de habersele impuesto el mismo tipo de pena -reclusión o prisión- reciban un tratamiento diferente (arts. 16 y 75 inc. 23, CN; art. 24, CADH).

Señala que el derecho a la igualdad se ha visto ampliado en su protección constitucional a partir de la reforma de 1994, pues ahora debe ser relacionado con la vigencia y aplicación de los restantes derechos contenidos en la Constitución Nacional y que tiene como destinatario al legislador. Sostiene el defensor que el texto constitucional no asegura una igualdad absoluta y rígida, sino que enmarca la igualdad en iguales circunstancias, siendo sólo admisible un diferente tratamiento entre quienes no se encuentran en la misma situación, pero lo que no debe hacerse son diferencias arbitrarias o irrazonables.

Considera que lo neurálgico de lo antes expuesto es el modo en que se agrupan las diferentes situaciones, es decir, el criterio a utilizar para decidir que tal o cual persona se encuentra en la misma situación que otra. En el caso en estudio, restringir el régimen de progresividad en la ejecución de la pena a determinados ciudadanos, haciendo fincar tal



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

P-129539-1

restricción en el delito cometido, provoca una discriminación irrazonable, desde que no tiene sustento en ninguna circunstancia relacionada a la ejecución de la pena, y ni siquiera existen características comunes para agruparlos. Cita los precedentes "Nápoli" y "Véliz" de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha aplicado igual razonamiento para determinar si existe una correcta distinción para determinar si hay una afectación al principio de igualdad.

Por último, expone que la mayoría del órgano casatorio no explicitó cuál fue el criterio utilizado por el Congreso Nacional y la Legislatura Provincial para agrupar los tipos penales en los arts. 14 del Código Penal, 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660, pues si se pretendía establecer un régimen penal especial para esos delitos era necesario justificar que dicho régimen iba a garantizar el fin resocializador, como también expresar qué tienen de especial esos delitos para merecer un régimen de ejecución diverso, sin que el parámetro de "gravedad" resulte razonable, pues existen otros que también lo son y allí no están incorporados.

En consecuencia, solicita se case lo resuelto por el Tribunal de Casación y se concedan el régimen abierto y las salidas transitorias para su representado, y en subsidio se reenvíen los autos al inferior para que decida conforme las pautas señaladas.

III. Entiendo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto no puede prosperar.

En primer lugar, cabe tener presente que la Corte

federal ha expresado 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 a las salidas transitorias, las que considera un paso imprescindible en el marco de un régimen progresivo, al que califica como la única posibilidad para garantizar el objetivo convencional de la resocialización de los condenados a una pena restrictiva de la libertad, y que terminaría cumpliendo en totalidad la pena impuesta.

Esta postura no es idónea para poner en evidencia aquella incompatibilidad manifiesta e insalvable de la norma legal (en concreto, el pasaje del art. 100 de la ley 12.256) con lo dispuesto por los arts. 5.6 de la C.A.D.H. y 10.3 del P.I.D.C.P., 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, por los argumentos que daré de seguido.



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

P-129539-1

En efecto, en forma preliminar cabe destacar que el recurrente no consigue refutar todos los fundamentos desplegados por el doctor Natiello -compartidos por el doctor Kohan- para rechazar el planteo de inconstitucionalidad incoado, donde se indicó: a) que la redacción de las normas cuestionadas constituye una manifestación de las facultades que a ese órgano -Poder Legislativo- corresponden en el plano del diseño de la política criminal y penitenciaria, ámbito ajeno al control jurisdiccional; b) nada impide que se otorguen ciertas concesiones a unos condenados que no se confieren a otros, en análoga situación, c) que la norma en cuestión no obsta a la resocialización del condenado toda vez que el mismo puede obtener un cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro (art. 14 de la ley 24.660), así como gozar del beneficio de salidas transitorias previo al otorgamiento de la libertad condicional (art. 100 de la ley 12.256), si correspondiera (v. fs. 81 vta./84 vta.).

La defensa reedita sus objeciones, más no se ocupa de estos argumentos y, en particular, no rebate de modo puntual lo dicho en relación a que al encartado le podría corresponder la libertad prevista en el art. 100, párrafos 6° y siguientes de la ley 12.256.

Por otro lado, la defensa trae nuevamente un criterio dispar sobre la conveniencia política de una decisión legislativa que excede el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales. 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").

Aún superando estas insuficiencias en la técnica recursiva, resta adentrarse en las violaciones de los principios constitucionales traídos por la impugnante.

A mi entender, la parte no pone correctamente en evidencia la incompatibilidad de los dispositivos legales 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 aquella consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de igualdad 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 provincial la creación de categorías normativas diferenciales, como las previstas en la norma en crisis, siempre que las mismas no resulten arbitrarias y atiendan a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381; 304:309).

En el caso de autos, debo decir que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

P-129539-1

situación de aquellos penados incluidos en los arts. 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660 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 las salidas transitorias, 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 arbitrario.

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 CN). 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.

Cabe agregar que, el criterio expuesto por el tribunal revisor coincide, en lo sustancial, con el sostenido por esa Suprema Corte de Justicia en la causa P. 126.187, el 4 de agosto de 2016, donde tuvo que resolver si el art. 14 del C.P., que establece la exclusión de la libertad condicional para diversos delitos, entre ellos, por el que fuera condenado Fernández Chamorro (art. 80 inc. 7, CP), provoca lesión a principios constitucionales, en concreto, al de igualdad, el que fuera rechazado. Vale traer aquí las consideraciones efectuadas por los Dres. De Lázzari y Pettigini: *"[q]ue 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. Caso contrario debería también caer por inválido el diverso régimen -más severo- que tiene la pena de reclusión"*.

Seguidamente se señaló que aquella norma *"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"*.

Por otro lado, y en relación a posible violación al principio de resocialización, sostuvieron que *"la libertad condicional no es el único medio que permite la adaptación social del condenado (fs. 162 y vta. con cita de un fallo de otra sala del mismo*



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

P-129539-1

Tribunal). Eso ya señala que no hay una contradicción directa que pueda dar base a la declaración de inconstitucionalidad. Sólo si estuviéramos ante una franca oposición entre una disposición superior, los fines que ella establece, y la ley, podría invalidarse esta última. Pero no corresponde fundar una decisión tan grave como es la declaración de inconstitucionalidad en la opinión de que el sistema funcionará mejor o peor con tal o cual técnica.// Al mismo fin de la resocialización tienden las salidas transitorias, además del trabajo intramuros, la educación, etc. La liberación anticipada sujeta a una serie de condiciones es una de las formas que eventualmente pueden ser útiles para la finalidad de la resocialización, pero también puede frustrarla. No es el único medio, ni necesariamente el adecuado en todos los casos. En particular, cuando se está frente a quien ha cometido un delito muy grave, no es arbitrario que el legislador limite el rango de las herramientas disponibles para la finalidad de la resocialización, que excluya una de ellas, y mantenga todas las demás".

Todas aquellas consideraciones son trasladables al presente caso, desde que el artículo 14 del Código Penal tiene un paralelismo con la norma que cuestiona el recurrente (art. 100, ley 12.256), en tanto veda la concesión de "beneficios" a personas condenadas por determinados delitos, en especial, el aquí endilgado a Fernández Chamorro.

Por otro lado, tampoco puede escapar al análisis de la cuestión traída la última reforma al régimen de ejecución de penas privativas de la libertad, cual es la ley 27.375 (B.O. 28/7/2017),

introduciendo un dispositivo para atenuar la rigurosidad del cumplimiento de la pena para los delitos previstos en el art. 56 bis de la ley 24.660.

Así, el art. 56 *quater*, dispuso que "[e]n 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."

Es decir, un año antes del cumplimiento de la pena, podrá obtener durante nueve (9) meses salidas al mundo exterior, bajo supervisión y, posteriormente, de modo libre; el que se aplicaría al presente



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

P-129539-1

caso en virtud del art. 2, segundo párrafo del Código Penal. Esa norma federal acentúa el beneficio regulado por el art. 100, párrafos 6, 7 y 8 de la ley 12.256, lo que permite "garantizar" una mejor progresividad del régimen de ejecución de la pena.

Es oportuno destacar que el instituto de las salidas transitorias constituye uno de los modos alternativos de ejecución de la sanción que el legislador provincial 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 de la Provincia- contando además la prerrogativa de limitarlo en tanto lo realice siguiendo pautas razonables (art. 28 de la Carta Magna).

Es claro, entonces, que la imposibilidad de obtener las salidas transitorias 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 los modos expuestos por el tribunal intermedio, el que ya fuera señalado o del recientemente incorporado "régimen preparatorio de la liberación" de la ley nacional.

Estimo, por lo hasta aquí expuesto, que el agravio que postula la inconstitucionalidad de los arts. 100 de la ley 12.256 y 14 del Código Penal no puede ser atendido, pues la interpretación aquí asignada al instituto de salidas transitorias, es producto de un análisis integral

del régimen progresivo de la pena que se ajusta a las consecuencias queridas por el legislador, pues *"uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias (Fallos: 324:68, 1481, entre otros)"* (Fallos: 338:1504, CSJN).

IV. En virtud de lo dicho, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido.

La Plata, 18 de septiembre de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General