



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

P-129831-1

"Avalos Martínez, Gabriel A.

s/ Recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación rechazó por inadmisibile la queja deducida por la defensa contra la denegatoria del recurso de casación decidida por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías de San Martín, que había rechazado el recurso de apelación de la parte y confirmado la decisión del Juzgado de Ejecución N° 1 Departamental, mediante la cual se denegó el beneficio de salidas transitorias solicitado a favor de Gabriel Andrés Ávalos Martínez y se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660 (v. fs. 50/57).

II. Contra dicho pronunciamiento, la defensa particular del citado interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 70/76).

En primer término, aduce que el órgano casatorio se negó a tratar la cuestión federal deducida amparándose en que la queja devenía inadmisibile conforme las previsiones del art. 450 del Código Procesal Penal, haciendo caso omiso a la doctrina de la Corte Federal ("Strada" y "Di Mascio") que exige su abordaje a fin de posibilitar su tránsito hacia el superior tribunal de la causa. Complementa su tesis al final del remedio extraordinario,

destacando diversos aspectos de la cuestión.

En cuanto al fondo de su planteo, denuncia que los arts. 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660 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 normas antes citadas, sin importar ningún dato relativo al modo de ejecución de la sanción impuesta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

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, reciban un tratamiento diferente. Añade que el art. 100 de la ley 12.256 consagra una categoría de personas que por haber realizado el tipo indicado (en el caso el art. 165 del CP) deben ser inocuidadas o neutralizadas al no permitirles gozar de las salidas transitorias, estableciendo de modo general un fin propio de las teorías de la prevención general negativa de la pena, ajeno al previsto con jerarquía constitucional.

Seguidamente, menciona que los arts. 10.3 del P.I.D.yC. y 5.6 de la C.A.D.H. proclaman como finalidad esencial del régimen penitenciario la reforma y readaptación social a través del tratamiento; que las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" configuran las pautas a las que debe adecuarse toda detención, estableciendo que antes del término de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

P-129831-1

la ejecución de una pena se deben adoptar los medios necesarios para que el recluso retorne progresivamente a la vida en sociedad (Regla 60.2); y que los arts. 18 de la C.N., 4 y 5 de la ley 12.256, y 1 de la ley 24.660 se enderezan hacia el mismo objetivo.

De igual modo, desarrolla el alcance del derecho a la resocialización como fin de la pena impuesta. 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 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.

Por otro lado, aduce que los fundamentos de la ley 12.543 no se condicen con las pautas antes enumeradas, pues se parte de una presunción de peligrosidad *iuris et de iure* incompatible con el principio de legalidad criminal y se ingresa en el campo del derecho penal de autor, porque además no encuentra apoyos en datos empíricos ni se condice con la información disponible.

P-129831-1

Asimismo, estima que la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos requiere que toda distinción se funde en una justificación objetiva y razonable e impulse un fin legítimo, advirtiendo el recurrente que aunque los fines perseguidos por el art. 100 de la ley 12.256 son atendibles, los mismos no resultan razonables o adecuados a una comunidad como la que pretende la Constitución de la Nación, en tanto tiende a prolongar la segregación de individuos por sí repudiados por la sociedad y seleccionados, comúnmente, de sus estratos más postergados, agregando que del decisorio impugnado se desprende que el dispositivo legal es aplicado sin atender a las particularidades del caso.

En ese orden, menciona que el tribunal intermedio se limita a consignar los términos de la condena y la calificación legal atribuida para fundar su negativa, manifestando que el hecho de que su representado cuente con un dictamen favorable para ser insertado en las salidas transitorias y habiendo superado el requisito temporal para acceder al instituto ha sido juzgado irrelevante, poniendo de manifiesto el trato desigual que le ha sido propinado como consecuencia de la legislación vigente.

En consecuencia, solicita se case lo resuelto por el Tribunal de Casación, se declare la inconstitucionalidad de lo dispuesto en los arts. 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660, dejándose sin efecto el fallo que deniega la concesión de las salidas transitorias para su representado y, en subsidio, se reenvíen los autos al inferior para que decida conforme las pautas señaladas.



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

P-129831-1

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

Aclaro que si bien el tribunal intermedio comenzó su labor expresando que la queja devenía inadmisibile conforme las previsiones del art. 450 del Código Procesal Penal (v. fs. 50/54) tal como lo expone el recurrente, lo cierto es que a continuación se manifestó en forma expresa contra la solicitud de inconstitucionalidad formulada por la defensa, trayendo a colación el criterio expuesto en la causa "Rivadeneira" (v. fs. 54/56), razón por la cual me abocaré a abordar el planteo de la defensa que solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 100 de la ley 12.256 y 56 bis de la ley 24.660.

En primer lugar, entonces, 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.yP., 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.

En efecto, en forma preliminar cabe destacar que el recurrente no consigue refutar todos los fundamentos desplegados por el doctor Ordoqui -compartidos por el doctor Celesia- para rechazar el planteo de inconstitucionalidad incoado, donde se indicó: a) que en relación a la garantía de igualdad, la cual no se encuentra afectada, nada impide que se otorguen ciertas concesiones a unos condenados que no se confieren a otros, en análoga situación, b) que el régimen de progresividad del art. 6 de la ley 24.660, si bien admite la inclusión del condenado en espacios de mayor autogestión, ello es siempre "en la medida de lo posible", lo cual no sólo se limita en razón de la propia evolución favorable del interno, de lo que se desprende que el propio plexo de ejecución puede limitar ciertos institutos, lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

P-129831-1

cual ocurre con el art. 56 bis de dicha legislación; y espíritu similar ostenta la ley 12.256 cuyo fin último es la adecuada inserción social conforme al régimen de tratamiento (art. 4), de manera que se admite cierta elasticidad en la forma concreta de la ejecución de cada condena, conforme las particularidades del ejecutado y siempre teniendo en miras las limitaciones de la ley aplicable, y que las restricciones del art. 100 de la ley 12.256 ingresan en la órbita de dichas limitaciones legales a las peculiaridades de la ejecución de la pena (v. fs. 54/55 vta.).

A ello se agregó que: c) los arts. 56 bis de la ley nacional y 100 de la ley provincial se enmarcan en la reglamentación puntual de la ejecución penal para quienes cometen los injustos allí previstos, conforme al art. 28 de la Constitución de la Nación; en tanto que el objetivo resocializador es la finalidad esencial (no la única), de modo que las normas internacionales de derechos humanos admiten, con dicho giro, la introducción de cuestiones de política criminal en la ejecución de la sanción en concreto, siempre que no se desnaturalice dicha finalidad esencial, por lo que debe existir una cierta compatibilización de la política criminal con el fin preventivo resocializador; d) que al ser la declaración de inconstitucionalidad de las leyes la *última ratio* del orden jurídico, los planteos deben rechazarse en virtud de que la interpretación postulada permite inferir la razonabilidad de las normas cuestionadas (v. fs. 55 vta./56).

Sentado lo anterior, estimo que el recurrente reedita sus objeciones, más no se ocupa de refutar en forma debida estos

argumentos, quedando su alocución como una opinión divergente con la del juzgador.

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 el 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



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

P-129831-1

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 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, si 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 Ávalos Martínez (art. 165, 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*



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

P-129831-1

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 la 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 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 las normas que cuestiona el recurrente (art. 100, ley 12.256; y 56 bis, ley 24.660), en tanto veda la concesión de "beneficios" a personas condenadas por determinados delitos, en especial, el aquí endilgado a Ávalos Martínez.

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 (BO 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*



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

P-129831-1

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 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 un

P-129831-1

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, 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 56 bis de la ley 24.660 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, 27 de noviembre de 2017.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General