

"FIGUEIREDO GABRIEL ALEJANDRO -EJECUCION DE PENAS
S- IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. S/ EJECUCION DE
PENAS"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,
Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra el fallo Casatorio, (fs. 340/346), confirmatorio del de fs. 311/319 del Magistrado de Ejecución Dr. Rossi, deduce Impugnación Extraordinaria *in pauperis* el penado Figueiredo, (fs.351), el que es motivado por la Defensa Oficial que lo asiste , (confr. fs. 356/360), y mantenido ante V.E. por el Sr. Defensor General Dr. Benítez, (confr. fs. 372/379).-

II.- El *thema decidendum* merece el tratamiento de V.E. toda vez que se trata de la compatibilidad constitucional del art. 56 bis Ley 24660, con las modificaciones de la Ley 25.892, 25.948 y 27375, en tanto veda el acceso del penado a los instrumentos normativos del llamado régimen progresivo de la pena, por la índole del delito cometido, -en el caso concreto las "Salidas transitorias", del art. 17 y sig., pese a hallarse en condiciones en cuanto a mérito conductual y de concepto según el organismo de Ejecución.-

a) Como surge sin discusión alguna en la causa, Figueiredo fue condenado por el Tribunal de Juicio de Concordia a la pena de Quince años de prisión y accesorias legales

por los delitos de Homicidio en ocasión de Robo, Robo calif. reiterado (dos hechos), y Privación Ilegítima de libertad, arts. 165, 166 inc. 1º y 2º, 141 y 55 del CP, (confr. testimonio de fs. 1/5vta.; cómputo de pena de fs. 6).-

Tampoco se halla en cuestión que el penado reúne los requisitos del art. 17 de la ley de Ejecución para dar comienzo al período de egresos a prueba, tal como expresamente lo reconoce el Magistrado Dr. Rossi, (fs. 313vta./314), es decir que la negativa a evaluar si procede o no el sistema de revinculación con la vida libre, obedece pura y exclusivamente al valladar prohibitivo que desde las leyes 25.892 y 25.948, -tristemente conocidas como leyes Blumberg-, incluyen entre los delitos interdictados al llamado latrocinio o Homicidio con motivo u ocasión de Robo, del art. 165 CP, -art. 56 bis inc. 4 vigente al momento de los hechos.-

Aclaremos que si bien estos ilícitos graves se han extendido en la Ley 27375, -de 2017-, de tal modo que agrega también al art. 166 inc. 2 CP y reubica a ambos en el inciso quinto, hemos de referirnos a esta solo "*via arguendi*", pues es ley posterior al sub examine y mas gravosa que la anterior.-

Huelga resaltar que la Ley de Ejecución es ley penal, en sentido formal y material, como parte del Principio de Legalidad que hace al modo de cumplimiento de la pena legítima, por lo que sus instituciones del régimen progresivo o de las penas sustitutivas que prescribe contienen todas las garantías

principialistas, -sin requerir ninguna adhesión provincial-, entre las que obvio se halla la irretroactividad de las modificaciones mas gravosas.-

b) Ahora bien, para analizar con rigor racional la situación Constitucional planteada es imprescindible dejar sentado que el proceso legislativo relatado *supra*, -Leyes 25892,25948 y 27375- contienen un claro sentido de lo que en dogmática se ha definido como pura prevención especial negativa, es decir inocuidadora de los riesgos de determinada franja de criminalidad grave, -en términos vulgares de "sacar de circulación" a estas personas, como mensaje contrafáctico, -normativo-, expresivo del legislador frente a afectaciones graves a la coexistencia, -así fue en 2004 en la llamada "BlumbergStrafe" una ola de secuestros; en la ulterior de 2017 la creciente cifra de femicidios-.-

Como veremos *infra* este es uno de los aspectos mas negativos de lo que se ha dado en llamar "*expansión*" del Derecho Penal, término que se ha asentado pese a su vaguedad, y que comprende a la complejísima evolución social de nuestro "*zeitgeist*" para usar la noción de Hegel.-

En lo macrosocial, dicha evolución se puede sintetizar en los datos de la denominada globalización; la primacía exorbitante del capital financiero mundializado y cibernético; la devaluación del poder de los Estados nacionales, y su deriva en creciente exclusión social, marginalización e inseguridad existencial de franjas mayoritarias de la población, en lo que aún

antes de la actual pandemia se había denominado "sociedad securitaria" o "del miedo", (nos hemos referido a este tema, en muchas oportunidades, por todos, confr. "Proyecto Integral de Reforma y Actualización del Código Penal Argentino", en el VI Encuentro de la AAPDP, en Hom. al Dr. E. García Vitor" ed. ediar, pag. 281 y sig., 2007, y la inabarcable bibliografía allí citada y la ulterior; idem en la evolución la insuperable elaboración de Silva Sánchez, "Malum passionis": Mitigar el dolor del Derecho Penal", ed. atelier, 2018, pag. 29 y sig.; respecto de la complejidad de la actual eticidad social, imprescindible Axel Honneth, "El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática, katz, 2014, pag. 406 y sig.; ide. Habermas, J, "La Inclusión del otro", ed. paidós, 1999, pag. 231 y sig).-

Pero si hablamos de "complejidad", -no de pura negatividad-, es precisamente porque describimos como Norbert Elías procesos culturales, de flujos y reflujos en las emocionalidades y sensibilidades civilizatorias, es decir una dinámica social que se ha normativizado en consensos morales y jurídicos sobre afectaciones insostenibles a la coexistencia que se han cristalizado en Convenciones Internacionales o reformas Constitucionales que imponen deberes positivos a los Estados de persecución incluso penal.-

Ha sido muy fructífera -hasta en términos pedagógicos-, la evolución que presentó hace años Silva Sánchez en "Tres velocidades": Una tercera, donde ubica la

Macrocriminalidad, de mayor represividad, una segunda, la de la criminalidad económica donde predomina como actor novedoso la empresa o ente ideal, y la primera o "nuclear" de los tradicionales bienes jurídicos, donde resuena fuertemente la demanda social de seguridad, (confr. La Expansión en Derecho Penal", 2da. ed. BdF, 2006 y la discusión reciente en jornadas de discípulos, veinte años después).-

Esta complejidad de la evolución social a que nos referíamos se ve clara cuando analizamos el problema de la victimización criminal de la mujer o de los niños, toda vez que esta problemática hinca de modo transversal a las tres categorías o "velocidades", con solo pensar en los delitos de Trata Internacional vgr.en la cosificación con fines de explotación sexual y el blanqueo de dichas "ganancias ilícitas a través de empresas financieras o paraísos fiscales".-

Es por esta complejidad que si bien somos críticos de un "panpenalismo" burdo, en la comprensión que estos conflictos son en primer lugar culturales y por ende sociales, de ninguna manera pensamos que no deba intervenir en ellos lo penal, incluso hasta como deber positivo Estatal convencionalmente asumido. Es que como hemos dicho muchas veces, Derecho Penal de "ultima ratio" de ningún modo significa "nulla ratio".-

Con el mayor respeto por un pensamiento "minimalista", entendemos que ello de ningún modo

puede significar una renuncia o renuencia, como tarea propia del Estado de Derecho, a pensar los problemas de la seguridad cognitiva y normativa de los ciudadanos con criterios científicos de eficiencia, como si estos temas no pertenecieran a los Derechos Fundamentales sino al pensamiento reaccionario o ultraconservador.-

Ahora bien, que se deriven con legitimidad los conflictos sociales propios de la dinámica social o aún aquellos que ya integraban los "mala in se", pero que se hallaban infraprotegidos como la violencia o el abuso contra la mujer o la niñez, en modo alguno supone afectar a los Derechos Fundamentales de la persona. Estos no significan una "gracia" del soberano sino que integran los consensos éticos, -discursivos-, hoy Constitucionalizados, -"cartas de triunfo" las denomina Nino, o "coto vedado" Garzón Valdés. La autonomía comunicativa y pretensión de consenso se entienden como acuerdos polémicos, es decir que aunque generen deberes de tolerancia ante la infracción Normativa no suponen deber de sujeción a las razones morales de esa normatividad.-

Entre estos principios deontológicos se halla aquellos referidos a la pena privativa de libertad, y en lo que aquí atañe a su ejecución, como es harto sabido, la dignidad del hombre y los principios de igualdad, de resocialización o no desocialización, de humanidad y no trascendencia a terceros.-

Por estas razones es que hemos propiciado la tacha de inconstitucionalidad en los casos de la llamada pena de Reclusión por tiempo Indeterminado del art. 80 CP; o igual tacha en el art. 14 CP, en el valladar objetivo de la reincidencia, (confr. nuestra opinión y V.E. in re "*VANDONE, GUSTAVO ALEJANDRO S/ RECURSO DE REVISION*", del 16/2/2011 y los ulteriores idénticos; idem nuestro dictamen en "*BENITEZ, Agustín Oscar Rodrigo - Ejecución de Pena S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*", no obstante la CSJN, a la que sigue V.E. en 27/8/20).-

Ya al dictaminar en "Vandone" hacíamos alusión a que en la discusión sobre la legitimidad de la llamada "*pena perpetua*" incidía que no se trataba en realidad de pena a perpetuidad, dado que el sancionado gozaba del derecho a la libertad condicional a los veinte años, y a los regímenes de semilibertad y salidas transitorias, que preveía, la ley de ejecución de penas -Ley 24.660-, en la "*progresividad*" y *relatividad* de la etapa ejecutiva, reglamentando el mandato de optimización constitucional del fin readaptador o no desocializador de la prisión, (criterio de V.E. desde "*CUEVAS, JUAN CARLOS- HOMICIDIO CALIF. POR EL VINCULO - RECURSO DE CASACION*", de fecha 5/11/98, en coincidencia con el Tribunal Constitucional alemán, -BverfG- ya en 1977 (confr. por todos, Maurach-Gossel-Zipf, II, 640 y sig.; idem. Jeschek, HH, II, 1062; crítico, Zaffaroni, DP. 902).-

Pero decíamos allí, que no obstante

que no se aplicaba retroactivamente a Vandone, esta conclusión variaba ante la reforma al art. 13 CP por Ley 25892, que llevó a treinta y cinco años el término para gozar de la libertad condicional, por lo que ya nos encontraríamos aquí en en la frontera de la efectiva perpetuidad, ante aquella "inocuidad" de la que hablaba Von Liszt en su "*Marburger Universitaetsprogramm*" (confr. Zaffaroni, en la nueva edición de su Manual, ed. ediar, 2005, pag. 709; Von Liszt, "La idea de fin en el derecho penal", que lo reproduce, ed edeval, pag.115 y sig.).-

Si adunamos la prohibición al régimen progresivo reafirmada y extendida a toda la gama de delitos del nuevo art. 56 bis CP en la 27375 citada, ninguna duda cabe que conserva lozanía aquella frase de Liszt: ante "*...los irre recuperables...*", "*...como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida...*" (en la traducción de Aimone Gibson cit., pag. 120; idem Silva Sánchez, "El retorno de la Inocuidad", en Política Criminal y Persona, ed. ad hoc, 2000; idem. su discípulo Robles Planas, R., "Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la Peligrosidad", en in dret, 4, 2007; idem Lascano, C. "El nuevo régimen de la libertad Condicional. Ley 25892, en Pensamiento Criminológico, 2009, nº4; así las reglas de eliminación americanas, conocidas por su nombre vulgar proveniente del beisbol, -"*three strikes your out*"; o las "*selective incapacitationn*" frente a los "high risk offenders" de Gran Bretaña, o

la "custodia de seguridad" (Sicherungsverwahrung), del art. 66 del StrGB, que se puede imponer aún luego de agotada la pena y que el Tribunal Europeo de DDHH ha limitado).-

c) Es que la idea de "persona" consustancial al Derecho Penal republicano, que se halla contemplado en el bloque de Convencionalidad y Constitucional que cita el Sr. Defensor General Dr. Benítez, al que remitimos en aras a la brevedad, se funda en que quien es hecho responsable puede ser imaginado en el doble rol de persona como *status* de ciudadano y persona en derecho.-

Esto, que Klaus Günther siguiendo a Habermas denomina "*personalidad deliberativa*", entrelaza la posibilidad de participación en los discursos públicos y en el espacio reglado. Como ciudadano él puede controvertir y perseguir la modificación o derogación de la norma, pero no puede invocar ese derecho para eximirse de seguirla. Y esto solo es posible si esta Norma puede ser tomada como propia, es decir hablada como su propio lenguaje.-

Este "ser responsable" por el quebrantamiento de deber no requiere que el ciudadano se "motive" en las razones morales de la Norma ni que coincida con ellas, -principio de neutralidad-. Pero tampoco puede abrigar algún derecho a no soportar las consecuencias legítimas de dicho quebrantamiento, lo que Günther denomina "*atribución derrotable de normalidad personal*" (confr. por todos, "*Schuld und*

kommunikative freiheit", -klosterman-Frankfurt, 2005).-

Así entonces quien sufre una condena legítima, tiene el deber de tolerar no solo el aspecto expresivo comunicacional de la pena, sino también la facticidad de la privación de derechos, que puede obviamente variar en orden a la gravedad de la pena impuesta.-

Pero es con ese límite de la culpabilidad que entendíamos que no es legítima una norma que rezara: *"Debes llevar una vida sin delitos"*, que Armin Kaufmann hallaba detrás de la reincidencia del entonces vigente paragr. 48, -y del 20 a) StrGB-, -no *"...dejar arraigar en ti la tendencia a cometer delitos"*, (confr. su *"Legendiges und Totes in Bindings Normentheorie"*, trad. de Bacigalupo y Garzón Valdés, depalma, 1977, pag. 283 y sig.)-.

d) Ahora bien, esa idea de persona que funda la legitimidad "derrotable" del derecho penal, no puede ser abandonada en la etapa de la ejecución de la pena, por una imagen propia del determinismo mas rudimentario propio de la "inocuidación" de que hablaba Von Liszt, es decir la idea mas propia de las medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, una naturaleza peligrosa para sí o terceros que hay que segregar, si la pena es perpetua de por vida, y si es, como en el caso de quince años por todo ese tiempo, -magüer la ridícula fórmula del art. 56 ter ult. parte, Ley 24660, que le da salidas por un máximo de 12 horas por día los últimos tres meses.-

Es que el llamado régimen progresivo de la pena y las alternativas al encierro, son aspectos que derivan del fin Convencional de readaptación, -prevención especial positiva o no desocialización-, que suponen un deber estatal y un derecho del penado en tanto cumpla con los esfuerzos, -competencia- para alcanzar los requisitos conductuales.-

El legislador racional no puede ser, -institucionalmente- imaginado como un ente esquizofrénico que acata la normativa Convencional y Constitucional, que imponen precisamente esa idea de culpabilidad material, -autonomía moral-, que deriva en la finalidad de Readaptación de la pena de prisión que supone como A y No A el retorno progresivo a la vida libre, tal como expresamente reza la regla 87 de "Mandela", -como se las conoce para no transcribir toda su larga enunciación-, que recuerda el Sr. Defensor General.-

Pero es la propia Ley 27375 la que expresa en el art. 6 la deriva lógica Convencional: *"... 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...".-

Esto guarda coherencia con el art. 1 que enuncia la "finalidad" de la "...ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades...", a saber: *"...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..."*, para lo cual se ordena recurrir a los métodos interdisciplinarios apropiados.-

Estos artículos que hemos transcripto, a pesar de su obviedad, y los regímenes de salidas a prueba, de semilibertad, discontinua, de libertad condicional o Asistida, condicen con la imagen de persona que puede en base a su decisión autónoma, es decir en su competencia como tal, cumplir con las normas y reglamentos que le dan derecho a ese regreso paulatino a la vida libre.-

Forzoso resulta concluir que las normas del art.56 bis y siguientes al excluir de cuajo a una franja muy importante de criminalidad, -los originales de las leyes vigentes en el momento del hecho del penado Figueiredo, y su extensión ulterior-, cambia de modo inconciliable a la idea de persona, pues ahora éste se ha transformado en un "High risk offender", es decir un objeto o ente peligroso al cual hay que contener encerrado durante toda la condena, -reiteramos, la "salida" de 12 horas en los

últimos tres meses, art. 56 quater-, suena a broma de humor negro-.

Es que al impedirse fácticamente toda liberación o alternativa al encierro, no obstante los esfuerzos que pueda hacer el penado, se lo trata al modo de la "pérdida de la paz", de la antigüedad, o se trae en realidad sin ninguna discusión teórica la lógica de las "medidas de seguridad" para imputables, es decir post-delictuales, que no por casualidad se discuten nuevamente en el ámbito europeo y que se han aplicado siempre en el ámbito anglosajón. Ello sin importar que nuestra CSJN, en "*Gramajo*", al declarar inconstitucional a la Reclusión Accesorias del art. 52 CP, sepultó toda posible "conversión", de penas irracionales bajo el eufemismo de "medidas", -el embuste de etiquetas que hemos mentado en diversas ocasiones-.-

Es que detrás de este mediocre tratamiento de un problema social muy complejo, se halla la banalización propia del lenguaje irreflexivo de una visión de sociología de la vida cotidiana, -es decir propia de legos-, que supone que aquel que es sancionado y luego vuelve a quebrantar otra regla merece una sanción que se debe incrementar de modo aritmético, o que igualmente todo ilícito grave no merece un régimen progresivo de no desocialización pues ello es lenidad o gracia insólita.-

Esta visión ingenua es injustificable en el Legislador republicano, que mas allá de presiones o indignación

social por hechos de inmensa gravedad, vgr. femicidios, o robos con violencia o muerte como en el caso, debe recurrir a las ciencias sociales y su comprobación empírica de muchos años, que ha desechado, -aún en los países que volcaron recursos inmensos-, efectos positivos e integradores a la pena de prisión, sobre todo de larga duración.-

Entre nosotros Zaffaroni sintetizó con crudeza en el neologismo "*prisonización*" este efecto deletéreo para la personalidad, derivado de la regresión que sufre la persona al pautarse toda su vida hasta en detalles, perdiendo la capacidad de optar, además de las condiciones propias de nuestro margen, de superpoblación y hacinamiento en las cárceles, que abonan la asunción de la subcultura carcelaria y su despersonalización, (nos hemos referido a esta cuestión, que ya nadie discute, en nuestra colaboración a la obra de Chiara Díaz, "La ley penal Tributaria y Previsional 24769", ed. Rubinzal, 1997, pag. 60 y sig, y las citas).-

En suma, el legislador como genuino representante del ciudadano tiene un amplísimo margen de competencia para abordar los quebrantos mas graves a la coexistencia con sanciones graves que expresen el reproche general del colectivo y la comunicación ilocuicionaria de que esa desviación a la lealtad comunicativa no debe ser, es decir un mensaje contrafáctico de no tolerancia.-

Ahora bien, ese mensaje comunicativo a la persona responsable, que va a responder como tal con la sujeción

derivada de la Norma individual legítima, no puede perder esa condición de dignidad, -autonomía-, si se halla en la nómina de delitos graves del art. 56 bis (en el sub examine en la ley vigente 25892 y 25942 o en su extensión de la actual 27375), para pasar a ser una especie de *homínido* peligroso que hay que contener, -a la manera de un Lombroso o Garófalo aunque no se los cite-, en una pura prevención especial negativa por encierro.-

Mas aún, se halla dentro de la competencia del legislador el establecer gradaciones o tratamientos especiales para delitos mas graves, sea en el tiempo de acceso a alternativas, sometimiento obligatorio a abordajes psicoterapéuticos; o a toda la tecnología cibernética de vigilancia y control, abundante y de fácil implementación y desarrollo, como para aventar el razonable temor a represalias por parte de las víctimas, que deben tener anoticiamiento, etc.

Ningún agravio a derechos fundamentales habría si el legislador a la nómina de los graves ilícitos del art. 56 bis les impone lapsos temporales mayores, conformidad pericial especializada o alguna restricción análoga que no suponga la proscripción de toda alternativa.-

No coincidimos en este sentido con la Defensa Oficial en que el principio de culpabilidad material aludido no admita la consideración de la gravedad del ilícito por el que se ha condenado al penado en el régimen penitenciario en tanto ello sea importante para las consideraciones periciales sobre la toma de

consideración de lo ocurrido, y siempre obvio que ello no se transmute en valladar prohibitivo, como aquí ocurre con el art. 56 bis.-

Si algo ha demostrado esta terrible pandemia global que estamos sufriendo es que todas aquellas experticias científicas que el neoliberalismo bizarro de nuestro país condenaba a la extinción, vgr. recuérdese el emblemático *ukase* del ex ministro Cavallo mandando a "*lavar los platos*" a la ciencia básica, han permitido una asistencia sanitaria que ha evitado una enormidad de pérdida de vidas, de allí que sea muy fácil, -como nos consta-, el desarrollo de *softwares* adecuados al control de las personas que eviten acercamientos o nuevos ilícitos.-

Pero ello requiere que se extreme el ingenio y la inventiva para no recurrir al burdo y autocontradictorio brochazo prohibitivo del art. 56 bis citado, el que ante la crítica sobre el principio de igualdad, respondió generalizándola a toda la criminalidad grave.-

Es que el legislador no puede pues no se halla en su competencia sino en la del Constituyente, abrogar la finalidad de readaptación social de la pena de prisión al transformarla en un encierro eliminatorio. No se trata de un problema de conveniencia, es decir estratégico o consecuencialista, -mas allá de lo que hemos de decir sobre ese punto-, sino deontológico, principialista o de la "*wertrationalität*", pues supone dos ideas de persona diametralmente contradictorias, esta última incompatible

con el bloque de convencionalidad, (confr. nuestro trabajo "*Límites Temporales al poder penal del Estado?*", en el X Encuentro de la AAPDP, ed. infojus, 2013, pag. 301 y sig. y sus referencias; idem "*El anteproyecto de Ley de Reforma , Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) y la Determinación Judicial de la Pena*", en EIDial, 21/10/14).-

e) Como decíamos *supra* esta conclusión de inconciliabilidad se impone aún desde perspectivas estratégicas, -o de *Zweckrationalität* para seguir empleando conceptos weberianos-.-

En primer lugar, el mensaje *intramuros* cuando comiencen a concretarse, -como en el caso-, las prohibiciones a *tour court*, ha de ser sin duda alguna, de aumento inusitado de tensiones y violencia, toda vez que la inconducta y la no sujeción a la normativa reglamentaria de la vida en común no tendrá mayor relevancia, pues el encierro está ya estatuido sin importar el acatamiento.-

Sin ser alarmistas no cuesta mucho imaginar la tensión social que puede originar una seguidilla de motines y levantamientos en las unidades penales ante un horizonte sin esperanzas de liberación gradual.-

Dentro de ese concepto de persona que goza de autonomía, -y que no puede abrogarse-, se halla aún el cálculo estratégico del cumplimiento de las reglas y su sinalagma: la paulatina incorporación a las alternativas al encierro

fáctico, es decir que no se requiere ningún tipo de expiación moral, ni humillación genuina, sino solo la probabilidad de valorar las consecuencias del quebranto legal.-

Si este sinalagma normativo ya no existe, ninguno de los objetivos enunciados en la ley, -a que hacíamos alusión- pueden perdurar, por lo que la facticidad de la sobrevivencia ha de ser acorde a la calidad de animal peligroso que en la terminología del art. 56 bis se endilga al penado; es decir un panorama sombrío que nada bueno augura para el momento indefectible del cumplimiento de la pena y "salida" brusca a la vida comunitaria .-

La segunda reflexión consecuencialista, es que como recuerda el Sr. Defensor General Dr. Benítez, en el reciente caso "*López y otros vs. Argentina*", de la Corte Interamericana de DDHH, -25/11/19, es mas que probable la condena a nuestro país cuando un caso similar al sub examine llegue a esos estrados.-

Es que si tenemos en cuenta que el fallo citado condena por las dificultades en los traslados de acercamiento familiar derivado de la distancia de las unidades y el lugar de residencia, lo que afecta a la finalidad esencial de reforma y readaptación del interno, con cuanta mayor razón hallará el máximo Tribunal Regional afectado este Derecho Fundamental de quien cumple castigo estatal sin alternativas de regreso paulatino a la vida libre.-

f) Creemos que aún dentro de la interpretación restrictiva del control de Constitucionalidad, la norma aludida, -art. 56 bis Ley 24.660 en el texto vigente para el caso subexamine, con mayor razón en su extensión actual-, quebranta el principio de readaptación social de la persona privada de libertad por una condena, y por la imperatividad de su texto prohibitivo no es plausible siquiera de una interpretación "*orientada a los fines de la Constitución*", sino solo la declaración de afectación a los Derechos Fundamentales, tal como han resuelto algunos Tribunales Superiores provinciales, (confr. en un caso análogo, el T.S. de Salta, "Cañarima, Diego Alberto—Recurso de inconstitucionalidad penal", del 13/05/19; idem el TS de Córdoba, en el caso "GAUNA , Nathan Santiago Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-", del 10/3/20 , que cita el Sr. Defensor General, o como una gran cantidad de Tribunales de Instancia o Casación).-

Ya en varias ocasiones hemos enfatizado que el control jurisdiccional de constitucionalidad, se deriva de la superioridad o prioridad de los Derechos Fundamentales frente a la legislación parlamentaria, pero condiciona su legitimidad a que la inconciliabilidad de la ley con aquellos se demuestre en el caso como flagrante. Alexy trae a colación para ello la "*fórmula de peso*", a resultas de la cual quede un grave desbalance que justifique como "correcta" en base a la teoría del discurso, la declaración de contradicción del producto legal con la Constitución

(confr. Alexy, R. exhaustivamente en Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. de la 2a. ed., trad. Bernal Pulido, CEC, madrid, 2007, esp. el Epílogo en el que contesta a sus críticos, pag. 511 y sig.).-

Es que no debemos olvidar que la legitimidad Institucional del control de constitucionalidad frente al principio democrático que da fuente al legislador, pese a no derivar de las mayorías eleccionarias, no se cimenta en un inexistente acceso privilegiado a la Razón en los Jueces, al uso del idealismo platonista, ni tampoco en que de un modo paternalista la judicatura haga valer sus juicios de valor moral frente a la "irracionalidad" legislativa.-

Como dice Habermas frente a un eventual exceso en el activismo judicial, "*...el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste.*" (confr. Habermas, J. en "Facticidad y Validez, ed. trota, trad. Jimenez Redondo, pag. 354).-

Excede al "sub examine", si como considera este autor la jurisdicción constitucional debería limitarse a examinar las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas, vgr. que no hubiese abuso de mayorías, discriminación, intereses o lobbies contrarios a la universalidad, etc. a lo que llama "*comprensión procedimentalista*

de la Constitución", o si como Alexy ésta podría obtener su legitimidad de una "verdadera representación argumentativa". En ambos autores la fulminación de una norma debe llevarse a cabo en el caso concreto, ante lo que aparece como contradictorio con el referido principio del discurso. Esto es, que sujetos racionales en el marco de una comunicación leal -dirigida al acuerdo, sin coerciones, en igualdad, con pretensiones de universalidad-, no podrían hacer valer estos contenidos o su procedimiento formal como compatible con el mejor argumento, sino simplemente como acto de poder.-

Estas arduas discusiones iusfilosóficas, subyacen en los pocos supuestos en que V.E. ha decidido la incompatibilidad de injustos penales con los Derechos Fundamentales, sin confundir dicho examen, -el mas delicado de la ius decisión pues hace al juego de pesos y contrapesos del Poder Republicano-, con preferencias dogmáticas o politico-criminales frente a la evolución cultural de la cuestión penal que referimos *supra*.-

Es decir, aún un producto legislativo defectuoso no implica "per se" su inconstitucionalidad salvo cuando ello lo torne intolerable hasta para una interpretación flexible "conforme" al sentido constitucional, es decir la intepretación propia del desarrollo continuador del Derecho, (vgr. V.E. en el caso "Albornoz"; idem. la agravante genérica del art. 41 ter en el caso "Clari" etc.; o en nuestra CSJN el ya citado "Gramajo", sobre el art. 52 CP; la interpretación correcta del art. 86 inc. 2º, -el famoso

caso "F:A:L", o en caso contrario la compatibilidad constitucional del art. 268 (2)CP - "*Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*" - 22/12/2008 etc).-

Sin la consecuencia derogatoria que posee nuestro sistema de contralor difuso, el caso bajo análisis nos remite a un procedimiento de ponderación (weighing) mediante una fórmula de peso, en operaciones argumentales de subsunción, balance y comparación (confr. aut. cit., en "Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación", en LL,9/10/08)".

En un sentido similar lo expresa de un modo exhaustivo el ex presidente de la Corte de Israel, el filósofo Aaron Barak, (confr. "Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones", -trad. ViilaRosas-, 2017, ed. Palestra, Perú, 419 y sig.), incluso citando decisiones propias: "*...La moderación judicial no equivale a estancamiento...*" "*Así cuando el legislador restringe un derecho humano que está constitucionalmente protegido y la restricción no es proporcional, el juez no tiene mas opción que asumir una postura muy clara..*" Pero esta prudencia no equivale de ningún modo a "deferencia" hacia el Legislador o Ejecutivo, -término en inglés que a veces no ha sido empleado como "respeto", sino con una adición que implica sumisión, y que Barak critica acerbadamente.-

Y para verificar si la restricción, -no importa sobre cualquier tema-, excede la proporcionalidad o se mantiene en la zona propia Barak emplea el baremo o "test de la

"conexión racional"; de "necesidad"; el del "medio razonablemente menos restrictivo, y hace jugar allí a la "ponderación", -como proporcionalidad en sentido estricto.-

Este juego ponderativo propio del discurso ilocucionario y de pragmática iusfilosófica de la mas alta racionalidad como parte de la llamada "democracia deliberativa", es el propio del Poder Judicial.-

No se trata de "Jueces Filósofos", ni una indebida calidad legisferante usurpada por éstos, ni en el otro extremo de una sumisión a cualquier "razón de Estado" o paráfrasis que supongan complacencia con el poder de turno.-

Esta visión "ponderativa" fue destacada incluso por un iusfilósofo positivista como el colega Rosenkrantz en la "Lauda" como Honoris Causae a Robert Alexy en la UBA hace unos años.-Decía éste con razón que uno de los méritos mayores de la teoría Alexyana era evitar la sobreconstitucionalización, que deriva de tratar los conflictos normativos como si se tratase de reglas, es decir en la estructura binaria "injusto/Derecho"; "licito/ilícito". En cambio su distinción capital, -reglas/ principios-, permite que la colisión principialista se pondere en rango de rendimiento y solo recién su quebranto grotesco e insuperable dar lugar a la tacha.-

g) Pues bien, en el sub examine, tanto en la Resolución del Sr. Magistrado de Ejecución, como en la confirmación en la Alzada Casatoria, la denegatoria se funda pura y

únicamente en la prohibición que el art. 56 bis CP vigente al momento de la condena, -idéntico al actual-, lo excluye de todo beneficio derivado del régimen progresivo de la pena, - a la sazón de las salidas transitorias del art. 17 y sig. ley 24660-.-

Es decir ambas instancias no han argumentado que dichas alternativas de regreso progresivo a la vida libre no le cabía al penado por su conducta, o por informes desfavorables de los equipos técnicos criminológicos, o por cualquier incumplimiento de la "*obliegenheit*" de sujeción del interno, sino solo en razón de esa tacha legal a la que se considera un acto propio de las Normas potestativas de dicho Poder del Estado, no revisable judicialmente.-

Incluso el Sr. Magistrado Dr. Rossi cita un párrafo del voto mayoritario del ST Santa Fe, (confr. "*BELIZÁN, MANUEL LUIS - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD/ROBO CALIFICADO POR HOMICIDIO RESULTANTE - SALIDAS TRANSITORIAS*", del 2/6/15), con el que discrepamos enfáticamente y que estimamos desacertado por lo que hemos expuesto *supra*.-

En efecto, sostener que la finalidad de Reforma y Readaptación Social del art. 5.6 de la Convención Americana de DDHH no alcanza al régimen progresivo de la pena de prisión, es caer en una literalidad claramente reñida con una interpretación racional y con una extensio semántica que no tolera la autocontradicción.-

Ello supone tanto como imaginar que la aludida finalidad, -que conforme las comprobaciones de la sociología criminal absolutamente dominante se ha redefinido como "No Desocialización"-, se podría realizar en una pena de Quince años como el subexamine, manteniendo el encierro del penado sin ninguna de las alternativas del régimen de prueba, ni de libertad condicional, ni semidetención, sino solo la inicua del art. 56 quater, es decir posibles 12 horas tres meses antes.-

Hemos argumentado supra sobre que ello no solo es autocontradictorio con la propia Ley 24.660, sino que descansa en una idea de persona para la etapa de ejecución penal que es incompatible con la idea de persona propia de un Derecho Penal republicano, es decir de acto y de culpabilidad, al tratarlo como un ente u objeto peligroso que se debe resguardar cognitivamente tanto como sea posible.-

Es obvio que compartimos el voto minoritario de dicho Tribunal, y como éste consideramos que no cabe otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis Ley 24660, vigente al momento de la sentencia, -para el caso-, y remitir la causa para que sea resuelta sin dicha tacha, es decir conforme a las pautas generales del régimen progresivo de la pena.-

III.- Por todo lo expuesto es nuestra opinión que V.E. debe hacer lugar a la Impugnación Extraordinaria Provincial y declarar la inconstitucionalidad del art. 56 bis Ley 24660, vigente al momento de la sentencia, -para el caso-, y remitir

la causa a la instancia de Ejecución Penal, para que sea resuelta conforme a las pautas generales del régimen progresivo de la pena, art. 5.6 Conv. Americana DDHH y 521 y conctes CPP.-

PROCURACION GENERAL, 18 de septiembre de 2020