



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 12.683
Causa n° FMZ 39548/2017/TO2/2/1/CFC2,
Sala 3, Fiscalnet 111554/2017,
“M.F. Miguel Ángel s/ infracción ley 23.737”

DESISTE RECURSO

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. FMZ 39548/2017/TO2/2/1/CFC2, Fiscalnet 111554/2017, del registro de la Sala III, caratulada “M. F., Miguel Ángel s/ infracción ley 23.737”, me presento y digo:

I.- Que, vengo a desistir fundadamente del recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal contra la resolución del 28 de noviembre de 2019, dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Mendoza, en la que resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 56bis de la ley 24.660 y conceder salidas transitorias a Miguel Ángel M. F..

II.- El 28 de mayo de 2018 el Tribunal Oral condenó, mediante el procedimiento de juicio abreviado, a Miguel Ángel M. F. a la pena de cuatro años de prisión y multa equivalente a ciento treinta y cinco mil pesos como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5° , inc. “C” de la ley 23.737).

Posteriormente, M. F. solicitó la concesión de salidas transitorias. Corrida la vista a la Fiscal, ésta se opuso por cuanto ello se encontraba vedado por art. 56bis de la ley 24.660, según la redacción de la ley 27.375, que establece que “no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el periodo de prueba a los condenados por los siguientes delitos:... 10. Delitos

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

El 28 de noviembre de 2019 el Tribunal Oral resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 56bis de la ley 24.660 y conceder las salidas transitorias a Miguel Ángel M. F.. Para así decidir, el Juez de Ejecución sostuvo que ese artículo resultaba violatorio de los principios generales de la ejecución penal reconocidos en los primeros artículos de la ley 24.660, contraviniendo los principios de reinserción social (art. 1), humanidad (art. 9), la naturaleza del sistema de progresividad de la pena (art. 5 a 7) e igualdad ante la ley (art. 8). Consideró que se trata de principios que tienen base en normas de jerarquía constitucional. En este sentido sostuvo que “la prohibición de que en el presente caso M. F. pueda acceder a la vida en sociedad progresivamente, poniendo a prueba su interacción con el medio libre y pueda afianzar los lazos familiares contraría el fin resocializador de la pena”.

“Asimismo -dijo- el artículo analizado viola el principio de igualdad ante la ley y de humanidad de las penas entendiendo a los mismos no sólo con la finalidad de evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte del Estado a los internos en contexto de encierro, sino también como la necesidad de que tengan derecho a un trato igualitario en el cumplimiento de la pena, siendo la única diferencia en un trato diferente, el avance o retroceso de su tratamiento individualizado”. A ello agregó que los informes del Organismo Técnico Criminológico dieron cuenta de que el interno había demostrado compromiso con las actividades rehabilitadoras. Consideró que el ejercicio de las salidas transitorias podría tener un efecto beneficioso para el futuro personal, familiar y social. El informe ambiental también fue favorable al acceso al instituto solicitado a fin de permitir una reinserción en la dinámica familiar en forma paulatina.



III.- Contra esa resolución interpuso recurso de casación la representante del Ministerio Público Fiscal. Consideró que las afirmaciones del Juez no se ajustaban a la normativa vigente. Respecto del principio de igualdad ante la ley, señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había expresado que ese principio rige en los casos que abarquen análogas circunstancias. En este caso, considerar la gravedad de los delitos tipificados en la ley 23.737 a la hora de evaluar el régimen de la ejecución de la pena aplicable, configuraría un criterio válido. Para la Fiscal, se trata de una cuestión de política criminal y no concerniría al Poder Judicial analizar el mérito o conveniencia, acierto o error de la norma de una decisión que es propia de otro poder del Estado.

Por otro lado, recordó que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en su artículo tercero, apartado séptimo, establece que “Las partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las demás circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de algunos de esos delitos”.

En cuanto progresividad de las penas, la Fiscal consideró que no se había violado este precepto en tanto que la ley 27.375 había incorporado el art. 56^{quater}, que contempla un programa de libertad que comienza un año antes del vencimiento de la pena y puede incluir salidas transitorias a prueba.

Por último, sostuvo que la circunstancia de que los pactos internacionales obliguen a los estados miembros a imponer un sistema de pena cuya finalidad esencial sea la resocialización del condenado, de ninguna manera

implica omitir considerar los objetivos que persigue la imposición de las condenas privativas de libertad, como es la prevención general.

IV.- Considero que la resolución recurrida tiene fundamentos suficientes en los hechos y el derecho aplicable que, al margen de su acierto o error, le dan sustento como acto jurisdiccional. No se advierte la presencia de arbitrariedades ni vicios de lógica. Por esas razones, y otras que expondré a continuación, en este caso no voy a acompañar la fiscal recurrente.

Los principios de resocialización/reinserción social y progresividad de las penas son el fruto de la experiencia acumulada sobre los efectos deteriorantes de la prisionización en las personas y, por consiguiente, con consecuencias tangibles en el resto de la sociedad. Ello se tradujo en su positivización en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que son la guía indispensable para la interpretación de normas de derecho interno. A los fines de evaluar el acierto del juez de ejecución al declarar la inconstitucionalidad del art. 56bis de la ley 24.660, recordaremos las principales normas de derecho internacional aplicable, algunas de ellas de jerarquía constitucional.

El inc. 3) del art. 10 del PIDCP establece que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Por su parte, el inc. 6) del art. 5° de la CADH, reza “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Zaffaroni explica que el fin de la ejecución penal compatible con los Derechos Humanos -y con la realidad del poder punitivo- impone, entre otras cosas, que sea lo menos deteriorante posible, o sea que dentro del general efecto deteriorante de la institucionalización, que condiciona una cierta patología regresiva, trata de que la misma sea lo menos marcada que las circunstancias permitan¹.

¹ Zaffaroni, E. Raúl, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”. En *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al prof. David Baigún*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1995, p. 115-129.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

El Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas (OEA/SER.L/V/II.DOC.64, 2001), la CIDH sostuvo que “...aun cuando existe una relación directa entre el cumplimiento de los fines de las penas privativas de libertad y la prevención del delito y la violencia (la protección de las víctimas y la sociedad), el mandato contenido en el art. 5.6 de la Convención está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar y su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo (...). Así, los Estados deben adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados” (párr. 229).

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) se lee que “es conveniente que, antes que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz” (Regla 87). Además, la regla 95 dice prescribe que “en cada establecimiento se instituirá un sistema de beneficios adaptado a las diferentes categorías de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta de los reclusos, desarrollar su sentido de la responsabilidad y promover su interés en lo referente a su tratamiento”.

El art. 10 de Los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 dispone que “Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”. El art. 11 agrega que “Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial”.

V.- Estos principios fueron receptados por la ley 24.660 en sus primeros artículos. Su artículo 1° incorpora a la legislación local el principio de reinserción social cuando expresa que “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”. Esto significa que las normas de la ley deben ser interpretadas conforme a este principio. Así, Alderete Lobo sostiene que “cualquier precepto contenido en las leyes relativas a la ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo considerado “esencial”². La reinserción social debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad. De ello se deduce que toda medida de ejecución de penas debe estar dirigida a hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del

² Rubén A. Alderete Lobo comentario al Art. 1° ley 24.660 en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial (Zaffaroni, E. Raúl -dir.-), 1ra ed., Hammurabi, Bs. As., 2016, p. 189.



despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del encarcelamiento y ofrecer asistencia al condenado en el medio libre, durante un periodo previo a su liberación definitiva.

VI.- El marco normativo reseñado en los apartados precedentes es claro en cuanto a la obligación del estado de ajustar su legislación al objetivo resocializador de la ejecución de la pena. Este principio se realiza principalmente al aproximarse el agotamiento de la condena, momento en el que el Estado debe propiciar el retorno del penado al medio libre. Las restricciones como la contenida en el art. 56bis de la ley 24.660 resultan contrarias a los fines de la ejecución de la pena de jerarquía constitucional ya que no consideran el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que éste alcance, dado que de cualquier forma se encontraría imposibilitado en su acceso.

Las restricciones análogas introducidas por la ley 25.948, ya habían recibido fuertes críticas. En este sentido, se dijo que “este tipo de legislación es criticable ya que, más allá de las razones de política criminal que se hayan tenido en cuenta, resulta muy difícil de compatibilizar con el fin primordial de la presente ley, el cual es la pena como fin de reinserción social [...] Se ha dicho que la reforma introducida por la ley 25.948 a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad contradice la garantía legal de base constitucional que consagra el régimen progresivo para todos los condenados. Otros autores han postulado la inconstitucionalidad de la norma bajo comentario por impedirle a los condenados por “delitos aberrantes” la imposibilidad de

resocializarse contenida en la ley 24.660 y en los pactos internacionales con jerarquía constitucional, tales como la CADH y el PIDCP”³.

En igual sentido, la Sala IV de esa Cámara Federal de Casación penal expresó que “es inconstitucional el art. 56bis ley 24.660 pues, en cuando veda la concesión de cualquiera de las modalidades de ejecución distintas al encierro que implican el ingreso al período de prueba -entre las que se encuentran las salidas transitorias- a los condenados, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos cometidos, vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad -esto es, la resocialización o readaptación social de los penados-, y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial positivo como corolario del programa constitucional para aquel fin (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH y 14 PIDCyP)” (CFCP, Sala IV, in re “Soto Trinidad, Rodolfo R. s/rec. de casación”, causa n° : 675/13, Reg. n° 2557.13.4, rta. el 20/12/13, y “Lemes, Mauro Ismael s/recurso de casación”, causa CCC 54865/2007/TO1/1/CFC1, reg. n° 288.15.4, rta. el 6/03/15).

Algo similar ocurría con la imposibilidad de personas imputadas de ciertos delitos para acceder a la excarcelación. Al respecto, en el precedente “Napoli” (Fallos: 321:3630), la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que, “que la potestad legislativa para, con amplia latitud, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetos de la legislación (Fallos: 238:60; 251:53, entre otros) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva - como medida de coerción procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos: 8:291; dictamen del Procurador General en 21:121; *mutandis mutandi* 102:219), esto es, que el imputado eluda su acción o

³ Ver el comentario de Ricardo Matías Pinto al artículo 56 bis de la ley 24.660 en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, (Zaffaroni, E. Raúl -dir.-), 1ra ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 301.



entorpezca las investigaciones” (cons. 7°). Entiendo que en este caso corresponde hacer análogas consideraciones. El legislador tiene amplias potestades para ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad, en tanto y en cuanto, ajuste sus actos a las obligaciones internacionales asumidas. Es por ello que la declaración de inconstitucionalidad del art. 56bis de la ley 24.660 no se presenta como arbitraria, ya esa norma resulta incompatible con el marco normativo reseñado. Ello no implica que el Poder Judicial se arroge facultades legislativas, en tanto el magistrado no le impone al legislador ningún modelo en particular. El deber de establecer mecanismos de reinserción social viene impuesto por normas supralegales. Lo que no puede ocurrir es que se prive al recluso de acceder a beneficios -sea cual fuere el establecido por ley- destinados a su resocialización por la naturaleza del delito cometido, siendo que su gravedad ya fue establecida por el legislador (escala de la pena de prisión prevista para el delito) e individualizada en el caso concreto por los jueces de la condena, y que lo priva de un derecho que se concede a otros en iguales circunstancias (igual pena impuesta).

VII.- En “Napoli” la Corte Suprema también advirtió sobre la violación al principio de igualdad. Al definir los alcances de este principio, dijo que “que desde sus primeras decisiones (Fallos: 16:118) este Tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley frente a todos los casos ocurrentes según sus deferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a uno de los que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide

que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir que, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390)” (cons. 13).

Al aplicar este principio al caso, sostuvo que “en tales condiciones, la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (Fallos: 303:267, considerando 8º, segundo párrafo)” (cons. 16). Y luego concluyó que “la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Erika Elizabeth Napoli ya que la priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia” (cons. 17).

En el caso bajo estudio podemos hacer observaciones análogas, pues la restricción legal se basa en el sólo fundamento del nombre del delito cometido, que tiene la misma pena que otros que no están excluidos del régimen genral, y con prescindencia de si con ello se alcanzaría el fin esencial de la pena privativa de libertad. De esta forma, la distinción hecha por el legislador se presenta como violatoria del principio de igualdad.

En el mismo sentido, en el precedente “Suárez Rosero”⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado

⁴ Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 98.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados.

En “Veliz” (causa V. 210, XLI “Veliz, Linda Cristina”, rta. 15/6/2010) la Corte Suprema adoptó un criterio similar y declaró inconstitucional una cláusula de la ley 24.390 que vedaba un derecho a los autores de determinados delitos, que se concedían a los de otros de igual o mayor pena. En lo que aquí interesa, sostuvo que “la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional...” (cons. 14). Lo mismo puede decirse en el caso que nos ocupa pues el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas disponga que las partes velaran para que los tribunales tengan en cuenta la gravedad de los delitos al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada de ningún modo puede interpretarse como una abolición de principios de raigambre constitucional, como son el principio de reinserción social, progresividad de las penas e igualdad ante la ley.

Así, la Corte sostuvo que “desde esta perspectiva, los acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes presupone necesariamente el compromiso de que su debido cumplimiento jamás puede significar la violación o supresión de derecho o garantía alguna consagrada en la Constitución Nacional. De lo contrario, ella misma quedaría a merced de la voluntad política coyuntural y, entonces, se desvirtuaría su propio carácter supremo, soslayándose el propósito de construir un Estado constitucional de derecho” (cons. 16).

VIII.- Por último, observo que la pretendida finalidad de prevención general de la pena no posee la jerarquía constitucional que sí tienen los principios aquí reseñados. Ya sea en forma de prevención general positiva o prevención general negativa, nunca podría oponerse a los principios constitucionales nacidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Obsérvese la contradicción que supondría dar preeminencia a la función preventiva de la pena por sobre principios cuyo objetivo es, precisamente, disminuir los efectos deteriorantes que tiene la pena privativa de libertad que, paradójicamente, contribuyen a multiplicar el delito. Así, con el pretexto de prevenir delitos con sustento en doctrinas apartadas de la realidad, se multiplicarían.

Estas razones me llevan a concluir que, en este caso particular, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 56*bis* de la ley 24.660, según la redacción de la ley 27.375, es la solución ajustada a derecho.

IX.- Por lo expuesto, y en orden a las facultades que me confiere el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, desisto del recurso de casación interpuesto por la Fiscal General.

Fiscalía N° 4, 18 de febrero de 2020.

RN