

Reflexiones sobre la constitucionalidad del artículo 14, 2ª parte, del C.P. argentino (ley 25.892)

Por Ab. Natalia Carolina Pacheco

naticheco@yahoo.com.ar

Sumario: I- Introducción. II- Preceptos constitucionales relacionados con el art. 14 2º parte del C.P. A- Concepto de principio. B- Marco normativo aplicable. C- Principio liberal de gobierno en materia penal. D- Principio de humanidad de las penas – respeto a la dignidad de la persona. E- Principio de reinserción social de la ejecución de la pena privativa de la libertad. F- Principio de culpabilidad y sus dimensiones: principios de proporcionalidad de la pena y de razonabilidad comparativa. G- Principio de igualdad. III- El art. 14 2º parte del C.P.: la exclusión de la libertad condicional para los autores de “delitos aberrantes”. A- El requisito negativo del art. 14 2º parte C.P. IV- Conclusión: la inconstitucionalidad del art. 14 2º parte del C.P. (ley 25.892). V- Bibliografía.

I- Introducción

El objetivo principal de este trabajo es el análisis dogmático de la segunda parte del artículo 14 del Código Penal¹, dentro del marco constitucional argentino reformado en el año 1994, que incorporó los tratados internacionales de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). A tal fin, se interpretará dicha norma bajo el canon sistemático².

La reforma de ley 25.892³ introdujo como requisito negativo para la concesión de la libertad condicional⁴ (art. 14 2º parte del C.P.) la exigencia de que el condenado no haya

¹ En adelante C.P.

² “...que considera al derecho vigente como una totalidad que se basta a sí mismo y busca el significado de las leyes tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos...” cfme. Nuñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, 1999, p. 76 y ss.

³ Publicada en el Boletín Oficial el día 26/05/2004

cometido uno de los delitos previstos en los artículos 80 inc. 7º, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del C.P. (llamados “delitos aberrantes”).

Se parte de la hipótesis de que este agregado vulnera principios constitucionales fundamentales porque le niega a ciertos reclusos acceder a un beneficio que se legisló de manera igualitaria, al menos originariamente, para todos los penados a los fines de su reinserción social, y porque además, permite una discriminación del sistema olvidando que todos los autores de un delito comparten una condición esencial: la de seres humanos. Asimismo, se postula la idea de que el precepto legal mencionado violenta los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad comparativa porque a delitos de distinta gravedad⁵ se les aplica la misma consecuencia sancionatoria, basándose en un criterio peligrosista de autor, contrario a nuestro sistema de responsabilidad penal subjetiva.

En los primeros apartados se hará una introducción del concepto de “principio”, a la vez que desarrollaremos las directrices constitucionales que se consideran conculcadas y el marco normativo en el que se encuentran consagradas. Luego, se analizará el citado Art. 14 segunda parte del C.P. dentro del instituto de la libertad condicional. Y finalmente, se expondrán las conclusiones a las que arribamos y si las hipótesis que preestablecimos se confirman o no.

II- Preceptos constitucionales relacionados con el art. 14 2º parte del C.P.

Vamos a iniciar el estudio sobre la constitucionalidad del Art. 14 2º parte del C.P. a partir del análisis de los principios básicos relacionados con dicha norma. En este capítulo desarrollaremos algunas directrices rectoras de todo el sistema jurídico penal y otras específicas de la ejecución penitenciaria⁶ que tienen vinculación con el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, y más específicamente con el instituto de la

⁴ Siguiendo la metodología propuesta por Cesano, José Daniel *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, 2008.

⁵ Que suponen penas de distinta gravedad como por ejemplo el homicidio en ocasión de robo cuyo máximo establecido es de veinticinco años, en tanto que los otros tipos delictivos contemplados están penados con pena de prisión o reclusión perpetua.

⁶ Para mayor profundización, consultar: Arocena, Gustavo A, “Los principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad”, *Foro de Córdoba*, Córdoba, 2007, Número 118, p. 15 y ss.

libertad condicional. Son preceptos que por su jerarquía normativa no pueden ser soslayados ni por el legislador en el dictado de una norma, ni por el juez al momento de aplicarla. Su esencia es ser parte del cúmulo de derechos humanos que gozan, en nuestro caso en particular, los condenados a penas privativas de la libertad por el sólo hecho de ser seres humanos, y de los cuales no pueden ser excluidos bajo ningún pretexto.

Por ello habremos de analizar la exigencia negativa del art. 14 2º parte del C.P. bajo las siguientes directrices, a saber: el principio liberal de gobierno en materia penal, el principio de humanidad de las penas relacionado con el respeto por la dignidad de la persona, el principio de culpabilidad -cuyas dimensiones son la proporcionalidad de la pena y la razonabilidad comparativa-, el principio de reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad y el principio de igualdad. Todo ello dentro del marco normativo de nuestra C.N. y de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), y las disposiciones de la ley 24.660 que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad en nuestro país.

Como primer paso, introduciremos un concepto de principio, para luego desarrollar cada principio en particular.

A- Concepto de principio.

Adolfo Gabino Ziulu enseña que principio "...constituye una finalidad política que surge de la reconstrucción dogmática de todo un sistema, tiene sustento normativo pero es más probable que esté contenido implícitamente o bien encuentra su etiología en la política criminal..."⁷. Por otro lado, Arocena lo define, específicamente relacionado al derecho de ejecución penal como: "...auténticos ideales regulativos cuya interrelación se orienta a hacer posible la consecución del objetivo de la ejecución penitenciaria que, también como principio básico, adopta la ley..."⁸.

En definitiva, en este capítulo vamos a estudiar los preceptos fundamentales con vinculación al ámbito penal, que poseen una finalidad política y que se deducen de la

⁷ Ziulu, Adolfo Gabino, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1997, t.I, p. 251

⁸ Arocena, ob. cit. p. 20

interpretación dogmática del sistema jurídico argentino⁹, ya sea por estar plasmados expresamente o implícitamente en la Constitución Nacional o en la ley.

B- Marco normativo aplicable.

El derecho penal de ejecución tiene su base constitucional en el art. 18 de la Carta Magna de 1853¹⁰ que dispone que las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. Este artículo tiene como origen la Asamblea del año XIII y consagra el principio de humanidad de las penas, que va íntimamente ligado al principio que resguarda el respeto por la dignidad de la persona humana.

La reforma del año 1994 mantuvo intacto el art. 18 y al incorporar en el art. 75 inc. 22 los tratados internacionales sobre derechos humanos, otorgándole jerarquía constitucional, explicita otros principios relativos a la ejecución penitenciaria. Los tratados internacionales que en este trabajo estudiaremos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948¹¹, la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹² de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ del año 1966, la Convención

⁹ Adherimos a la posición de Ricardo Núñez de que la política criminal no integra la interpretación dogmática por cuanto “... *La ley, por consiguiente, su voluntad, no tiene otra fuente que el total sistema del derecho vigente, que no es otra cosa que el complejo de la Constitución y de leyes, reglamentos y decretos sancionados como derecho positivo. Admitir su complementación, mejora o rectificación por la interpretación psicológica (decisiones emocionales del juez) o por la interpretación sociológica (a través de normas culturales, morales, políticas o religiosas, etc.), implica desconocer que la vigencia del derecho presupone la selección legislativa, en el ámbito del proceso cultural o jurídico, de las normas que exclusiva y obligatoriamente deben regir la conducta del Gobierno y de los gobernados...*” ob. cit. p. 75

¹⁰ Bonetto y Piñero señalan al respecto que: “...*La Constitución, en cuanto ley suprema, se erige en el marco normativo de referencia insoslayable, regulador, limitador del sistema de control social llamado sistema penal. Es ésta la que marca al legislador, el sistema axiológico en el que aquél habrá de inspirarse al dictar la ley penal; delimitándole, además su ámbito de actuación...*”, Lascano, Carlos J. (h) y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Córdoba, 2000, Tomo I, p. 103

¹¹ En adelante D.A.D.D.H.

¹² En adelante D.U.D.H.

¹³ En adelante P.I.D.C.P.

Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ o Pacto de San José de Costa Rica del año 1969 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁵ de 1984.

En un escalón más abajo analizaremos las disposiciones del Código Penal Argentino y la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660¹⁶. El art. 229 de la ley 24.660 establece que sus disposiciones complementan al Código Penal, por lo tanto, ambas son normas de derecho común dictadas por el Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 de la C.N.) en ejercicio de las facultades delegadas por las provincias a la Nación y revisten jerarquía inferior a la Constitución y a los Tratados Internacionales (art. 31 C.N. y art. 75 inc. 22 C.N.). Estas normas de derecho de fondo, que tienen por objeto la definición de las características cualitativas que tendrán las penas privativas de la libertad en todo el país¹⁷, ostentan jerarquía superior a las Constituciones provinciales y a las leyes provinciales administrativas y procesales dictadas en ejercicio de las facultades originarias reservadas por las provincias (arts. 5 y 121 de la C.N.). En la provincia de Córdoba tenemos los Decretos Reglamentarios 343/08 y 344/08 que regulan la situación de los procesados y condenados respectivamente.

Con todo lo precedentemente expuesto, se diseña el marco normativo aplicable.

C- Principio liberal de gobierno en materia penal

Este principio, anima todo el sistema penal y no es específico de la materia ejecución penal, sin embargo ya veremos más adelante como provee soluciones frente a situaciones de conflictos de intereses y también sirve para interpretar otros principios, como por ejemplo el de reinserción social.

Se trata de: "...una finalidad política representativa de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone por un lado, la exclusión del castigo de la idea y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad

¹⁴ En adelante C.A.D.H.

¹⁵ En adelante C.T.T.P.C.I.D.

¹⁶ Publicada en el Boletín Oficial el 16/07/1996

¹⁷ Arocena, ob. cit. p. 18

de los magistrados (art. 19 C.N.)...”¹⁸. Por virtud de esta directriz, el derecho penal no puede tener bajo ningún punto de vista como objetivo ético la dirección de las conciencias y las voluntades individuales que quedan exentas de la autoridad de los magistrados¹⁹.

Con la reforma constitucional del año 94, en la que se incorporan los tratados de derechos humanos, se confirma la prevalencia de los derechos de los individuos como un sistema de garantías. El eje del principio se encuentra, como ya señalamos, en el art. 19 de la C.N. el que, en cuanto a lo que aquí importa, establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral públicos, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. La C.A.D.H., por su parte, consagra en su art. 12 la libertad de conciencia y de religión y en su artículo 13 la libertad de pensamiento y de expresión.

D- Principio de humanidad de las penas – respeto a la dignidad de la persona

Este principio también incide en todo el sistema jurídico penal, no sólo en la ejecución penitenciaria. Veremos cómo se relaciona con el derecho al respeto a la dignidad de la persona, que le sirve como límite a la imposición y ejecución de las penas. Para ello se retoma el principio moral de respeto a la persona humana de Immanuel Kant que enuncia que cada hombre (o condenado) no debe ser tratado nunca como un “medio” o “cosa”, sino siempre como “fin” o “persona”.

En relación con la imposición de las penas, la calidad y la cantidad de la sanción están limitadas por el valor de la persona humana, y esto sirve de fundamento al rechazo de la pena de muerte, a las penas corporales, a las penas infamantes, a la cadena perpetua y a las penas privativas de la libertad excesivamente largas²⁰.

El sentido del principio de humanidad es que: “...toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas

¹⁸ Barberá de Riso, María Cristina, *Reglas penales constitucionales*, Córdoba, 2005, p. 111 y ss.

¹⁹ Este principio es coherente con un derecho penal de acto respetuoso del fuero íntimo de las personas.

²⁰ El análisis sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua, el segundo párrafo del art. 55 C.P. y la primera parte del art. 13 del C.P. (que son, a criterio de una parte de la doctrina, manifestaciones en la práctica de la antigua muerte civil) quedará para otra oportunidad, pero queda abierta la inquietud para el lector.

para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona. Ya se ha dicho que esta medida es el límite máximo no superable sin que el reo sea reducido a la condición de cosa y sacrificado a finalidades ajenas...”²¹.

En relación a la ejecución de la pena, el art. 18 última parte de la C.N., como ya se señaló, establece las condiciones mínimas de encarcelamiento que el Estado debe respetar cuando decide privar de la libertad a las personas. También vemos consagrado este principio en la D.U.D.H. en su art. 5, en el Pacto de San José en su art. 5 ap. 2, en el P.I.D.C.P. en sus artículos 7 y 10 ap. 1 y en la C.T.T.P.C.I.D. en su art. 16 ap. 1.

Por su parte, la ley 24.660 en el art. 9 dispone que: “La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal sin perjuicio de otras que pudieren corresponder”. El C.P. en su Título V tipifica las conductas descriptas por la ley.

Como bien sostiene Arocena, respetar la dignidad de la persona privada de la libertad es la forma más genuina de cumplir con el principio de reinserción social: “...Si esta última ha de lograrse mediante un desarrollo personal que le permita al recluso comprender la conveniencia de una conducta futura respetuosa de la ley, es imprescindible que durante la ejecución de la pena se dispense a éste un trato carcelario que reduzca a la menor expresión posible toda injerencia a su derecho a adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su cuerpo, sobre su conciencia, sobre sus intereses y sobre la configuración del mundo que lo rodea...”²². Aquí se visualiza la relación intrínseca que se establece entre el principio de humanidad y el de reinserción social, y como se encuentran guiados por el principio liberal de gobierno que establece la mínima intervención estatal en la vida privada de las personas.

E- Principio de reinserción social de la ejecución de la pena privativa de la libertad

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2005, p. 396

²² Arocena, ob. cit. p. 35

Este capítulo no pretende ser un desarrollo exhaustivo sobre el estudio del fin de la pena²³, ni mucho menos. En base a la distinción efectuada por Enrique Buteler²⁴, habremos de explayarnos, en lo que aquí interesa, sobre el momento de la ejecución de la pena privativa de la libertad donde rige plenamente la prevención especial positiva conforme lo establecido por nuestro orden constitucional en el ya citado art. 18 in fine de la C.N., en el art. 5 ap. 6 C.A.D.H. y en el art. 10 ap. 3 del P.I.D.C.P.

El principio de reinserción social de la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra regulado en el art. 1 de la ley 24660 que dispone: “La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

El término “resocialización” ha sufrido muchas interpretaciones por parte de la doctrina. Nosotros, siguiendo la metodología propuesta por Arocena²⁵, coincidimos en cuanto a que un programa de resocialización máximo o para la moralidad en el cual el objetivo del encierro carcelario es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse a los fines de no cometer nuevamente delitos al momento de recuperar su libertad, es incompatible en un Estado de Derecho guiado por el principio liberal de gobierno que respeta las libertades individuales y no admite bajo ningún modo la injerencia del Estado en el fuero íntimo de las personas. Asimismo este paradigma violenta el principio de respeto a la dignidad del ser humano, porque deja de lado el poder de autodeterminación y la libertad de cada uno de elegir, pensar y sentir.

²³ Para mayor profundización, ver Ferrajoli, Luigi, ob. cit., Cap. II, Título 5: “Si y por qué castigar, prohibir y juzgar. Las ideologías penales”, p. 247 a 281

²⁴ Lascano, Carlos J. (h) y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Córdoba, 2000, Tomo II, p. 400 y ss. Buteler distingue tres momentos en la determinación de los fines de las penas en nuestro Estado de Derecho: el primero es el de la conminación, cuando el legislador dicta en abstracto la escala penal, en la cual sólo se pueden hacer consideraciones preventivo – generales de la pena; el segundo momento es la individualización judicial de la pena que tendrá en cuenta las necesidades preventivo generales y también las especiales; y el último momento es el de la ejecución de la pena.

²⁵ Arocena, ob. cit. p. 20 y ss.

En cambio, un programa de resocialización mínimo o para la legalidad en el cual la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley y a respetar el núcleo de valores no negociables que forman parte de la sociedad, es el apropiado dentro del marco de un Estado de Derecho como el nuestro, teniendo en cuenta el principio liberal de gobierno (art. 19 C.N.), y el derecho al respeto de la dignidad de toda persona (arts. 5 ap. 2 C.A.D.H., 10 ap. 1 P.I.D.C.P.).

Ahora bien, dentro de la ejecución de la prisión o de la reclusión, la libertad condicional es el instituto por excelencia a través del cual se hace posible este objetivo constitucional de reinserción social. Como señalan los autores, la libertad condicional es una suspensión condicionada de la ejecución de una parte de la pena privativa de la libertad²⁶. Entre los requisitos de procedencia, nos interesa destacar la calificación de concepto, que sirve de base para la concesión de este instituto (art. 104 de la ley 24.660) – amén de otros-, y que tiene relación con la proyección extra muros que se hace del penado y las posibilidades de reinsertarse socialmente. Lo que se busca es que a través del programa de tratamiento individual (que es voluntario), el condenado pueda reintegrarse al medio libre respetando la ley y los bienes jurídicos ajenos, coherente con el paradigma de reinserción social mínimo ya aludido.

F- Principio de culpabilidad y sus dimensiones: principios de proporcionalidad de la pena y de razonabilidad comparativa.

Nuestro país se enrola en el sistema de responsabilidad subjetiva por el cual se entiende que el autor del delito comprende la criminalidad del acto por su resultado socialmente dañoso o peligroso, y posee la intención de hacerlo o su menosprecio como probable o necesario, o la comprensión de la violación de la regla de cuidado y la confianza de que el resultado dañoso no ocurrirá²⁷.

²⁶ Ver, por todos, Cesano, ob. cit. p. 49. Coincide respecto de esa naturaleza jurídica, Alderete Lobo, Rubén, *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 2007, p. 37.

²⁷ Barberá de Riso, ob.cit. p. 96. Por su parte, Nuñez señalaba que: “...a través de la admisión de la culpabilidad como presupuesto de la pena, el derecho penal le reconoce al delincuente la categoría de

El principio de culpabilidad goza jerarquía constitucional a través del art. 19 de la C.N. en cuanto dispone que: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, pues no podrá imponerse a éste deber de obediencia a la ley si no se puede establecer el nexo subjetivo personal entre el hecho y su autor. También extraemos este precepto como una derivación del art. 18, porque es imposible que haya pena sin culpa. Sin embargo, con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos con la reforma del año 1994, al reconocerse expresamente el respeto a la dignidad de la persona humana, comprensiva de la capacidad de autodeterminación de la persona para actuar conforme a derecho, este precepto asume jerarquía constitucional de manera expresa, en el art. 1 de la D.U.D.H. y en el art. 11 inc. 1º de la C.A.D.H.²⁸, y también se ve reflejado en el art. 33 de la D.A.D.D.H. que establece que: “Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre”, ya que resulta inadmisibles que alguien que no comprenda lo que hace, puede estar obligado a acatar la ley.

Por su parte, el principio de proporcionalidad de la pena es una de las dimensiones del principio de culpabilidad. Así, mientras éste último nos señala cuando hacemos responsable subjetivamente a una persona de la autoría de un hecho y debe ser pasible de una sanción, la proporcionalidad define que tipo de pena se aplicará. Este precepto va dirigido principalmente al legislador penal y tiene incidencia en todo el régimen jurídico penal. Básicamente es una manifestación del carácter convencional de las penas²⁹. Esta característica, sumada al nexo estrictamente jurídico entre el ilícito penal y su consecuencia, exige que la elección de la calidad y de la cantidad de pena se realice en relación con la naturaleza y gravedad del delito, y en función del límite que le impone la

persona, esto es, la categoría de ser capaz de conducirse racionalmente, cuya responsabilidad jurídica no descansa en la sola naturaleza lesiva de su comportamiento (responsabilidad por el resultado), sino, en su actitud espiritual al portarse de esa manera (responsabilidad por la culpabilidad)...”, ob.cit. p. 178.

²⁸ Lascano, Carlos J. (h), “El nuevo régimen de la libertad condicional – LEY 25.892”, *Pensamiento Penal y Criminológico Revista de Derecho Penal Integrado*, Córdoba, 2004, Año V, N° 9.

²⁹ La historia de las penas se divide en tres fases: penas informales: marcado por el carácter casual, no reglado y privado de la intervención punitiva, las penas naturales que significaban la búsqueda de un nexo natural entre pena y delito y finalmente las penas convencionales, basadas en la relación jurídica entre delito y pena, y el tipo y el grado del delito. Para mayor profundización ver Ferrajoli, ob. cit. p. 385 y ss.

culpabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad presupone la cuantificación de tiempo que permiten las penas abstractas y convencionales privativas de la libertad.

Ahora bien, como derivación del principio de proporcionalidad tenemos el principio de razonabilidad comparativa, que se aplica en el momento de determinación judicial, es decir cuando la constitucionalidad de una ley debe ser estimada comparativamente dentro del sistema. No podemos admitir una ley como razonable cuando para un hecho menos grave – desde el punto de vista del bien jurídico protegido- impone una pena más grave o viceversa³⁰ (en relación a otro tipo penal con un hecho más gravoso y una pena igual o menor).

Estos dos últimos principios, que como ya dijimos son una derivación del principio de culpabilidad, tienen como fundamento común el art. 1 de la C.N. de donde surge el Estado Democrático de Derecho y el art. 33 de la C.N. que señala los derechos y garantías no enumerados que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico. Podemos deducirlos igualmente, como regla de interpretación, de la C.A.D.H. en su art. 4 ap. 2 y del P.I.D.C.P. en su art. 6 ap. 2 en cuanto establecen que la pena capital para los países que no la han abolido se fijará para los delitos más graves. Aún cuando nuestro país derogó la pena de muerte, estos artículos nos dan una pauta de cómo se aplica el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad comparativa, en cuanto a que a delitos más graves se imponen penas más graves y viceversa.

Asimismo los preceptos en estudio revisten como base el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la C.N., porque ante delitos de igual gravedad y circunstancias similares, deben aplicarse penas proporcionadas entre sí.

G- Principio de igualdad.

³⁰ Así lo hizo la Cámara 9º del Crimen de Córdoba cuando en los autos “*Moya, Diego Martín p.s.a. abuso sexual agravado continuado reiterado*” (Expte. M/3/04), sent n° 40 de fecha 14/10/2005 en cuanto declaró inconstitucional la escala prevista por el cuarto párrafo del art. 119 en relación al supuesto contemplado por el párrafo segundo. “*Al fijar la ley una escala penal de ocho a veinte años de reclusión o prisión, cuando concurren las circunstancias previstas en el párrafo cuarto del art. 119 del CP en relación a la agravante del párrafo segundo, escala penal idéntica a la prevista para una agravante de mayor entidad como lo es la prevista en el párrafo tercero, la ley, al no distinguir ésta de aquélla, incurrió en un defecto que la invalida desde que al someter en su párrafo cuarto a igual escala penal dos agravantes con distinta significación jurídica, como lo reconoce precedentemente la propia ley, se afecta el principio de proporcionalidad (CN arts. 1 y 33)*”

El principio de igualdad es un principio normativo que reconoce como hecho que las personas son distintas, a la vez que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales³¹.

En nuestro ordenamiento constitucional, el principio de igualdad está receptado en el art. 16 de la C.N., C.A.D.H. art. 24, D.U.D.H. art. 2.1 y P.I.D.C.P. art. 3. Específicamente en lo que hace a la ejecución de la pena privativa de la libertad lo vemos consagrado en el art. 8 de la ley 24.660, que establece que: “Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”.

Esta norma supone el trato igualitario a todos los internos respecto a los derechos y beneficios a los que puedan acceder, para los internos en iguales condiciones y sin perjuicio del tratamiento individualizado conforme las circunstancias y características personales de cada recluso (art. 5 de la ley 24.660). Lo que hay que evitar es que el fundamento del tratamiento diferenciado obedezca a razones de discriminación arbitraria ajenas al objetivo de reinserción social.

III- El art. 14 2º parte del C.P.: la exclusión de la libertad condicional para los autores de los “delitos aberrantes”.

A- El requisito negativo del art. 14 2º parte C.P.

³¹ Ferrajoli, destaca al respecto que: “...entre igualdad jurídica y los demás derechos fundamentales existe una relación biunívoca: no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad. Los derechos fundamentales son universales, corresponden igualmente para todos, son personalísimos, indivisibles, en el sentido de que su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas...” ob. cit. p. 908.

La ley 25.892 sancionada el 05 de mayo de 2004 es fruto de una maratón de leyes dictadas en ese mismo año bajo la influencia del fenómeno “Blumberg”³² y que implicaban un endurecimiento del régimen penal argentino en nombre de una mayor seguridad. Por obra de este “empresario moral”³³ se reformaron varios ítems del instituto de la libertad condicional, entre los cuales nos interesa el siguiente, a saber: se impuso como requisito negativo para la concesión del beneficio no haber sido condenado por los delitos previstos en los artículos 80 inc. 7 (homicidio *criminis causa*), 124 (abusos sexuales seguidos de la muerte de la víctima), 142 bis, anteúltimo párrafo (privación ilegítima de la libertad agravada por haber causado intencionalmente la muerte de la víctima), 165 (homicidio en ocasión de robo) y 170, anteúltimo párrafo (secuestro extorsivo seguido de la muerte intencional de la víctima), todos del Código Penal (art. 14 2º parte C.P.)

En el debate parlamentario de la ley 25.892 estos tipos delictivos fueron tildados de aberrantes. Lascano enseña que el adjetivo “aberrante” significa: “aquello que se desvía o aparta de lo normal o usual”. Coincidimos con el autor que el término se puso de moda en los medios en los últimos tiempos para denotar una criminalidad de gravedad extraordinaria o inusitada, merecedora de mayor severidad en la respuesta punitiva³⁴.

Ahora bien, veamos qué tienen en común estos delitos. Únicamente el resultado de la muerte de una persona (no necesariamente de la víctima, como en el caso del art. 165 C.P.) es lo que une a estos tipos, sirviendo en todos los casos como una agravante. De hecho, se atacan bienes jurídicos diferentes: la vida, la integridad sexual, la libertad y la propiedad, y las circunstancias objetivas del tipo son de igual modo distintas. En cuanto a las circunstancias subjetivas del tipo, el resultado de la muerte es doloso en los casos de los arts. 80 inc. 7º, 142 bis, anteúltimo párrafo y 170 anteúltimo párrafo, pero no así en el abuso sexual calificado y en el homicidio en ocasión de robo, donde la muerte no es querida por el autor. La mayoría de estas conductas típicas tienen pena de prisión o

³² De público conocimiento, se trata de Juan Carlos Blumberg padre de un joven secuestrado y asesinado en la provincia de Buenos Aires, que en su afán por demandar mayor seguridad pretendió, junto a su equipo de trabajo, hacer política criminal únicamente con el dictado de leyes más duras.

³³ Famosa expresión de Becker (1963) que explicaba como el castigo de determinadas actividades era obra de grupos de presión que consiguen imponer su peculiar visión del mundo y sus peculiares valores, castigando todo lo que esté en contraposición a ellos.

³⁴ Lascano, ob. cit. p. 163

reclusión perpetua, salvo el homicidio en ocasión de robo que tiene una pena máxima de 25 años de prisión o reclusión.

De todo lo dicho podemos colegir que, salvo en lo atinente al resultado objetivo de la muerte de una persona, no hay un denominador común de carácter científico que nos indique una criminalidad de gravedad extraordinaria (que de por sí es un término de altísima vaguedad) o la pertenencia a una categoría de delitos que justifiquen excepciones al régimen general en base a la gravedad objetiva de la lesión al respectivo bien jurídico. Y decimos esto por cuanto la lógica nos indica que si tomáramos al resultado muerte como elemento objetivo idóneo para incluir tipos penales en la categoría especial de delitos “aberrantes”, entonces todas las demás figuras penales cuyo consecuencia fatal sea la muerte deberían ser incorporadas a la excepción del art. 14, 2º parte del C.P., conclusión inaceptable desde el punto de vista constitucional³⁵.

Sentadas estas bases, ya estamos en condiciones de reflexionar acerca de la constitucionalidad de la norma que dispone la prohibición expresa de conceder la libertad condicional a los autores de los delitos “aberrantes”.

IV- Conclusión: la inconstitucionalidad del art. 14 2º parte del C.P. (ley 25.892)

La reforma constitucional del año 94 supuso que se previeran expresamente muchos de los derechos fundamentales que ya estaban implícitos en nuestra Carta Magna. Es este complejo de principios lo que funciona de marco y de guía para el legislador al momento de dictar una ley y también para el juez al momento de evaluar la constitucionalidad de una norma en el caso concreto.

³⁵ Por ser violatorio al principio de reinserción social de la ejecución de la pena conforme lo veremos más adelante. En tal sentido, Lascano sostiene que: *“en un derecho penal de acto – opuesto al derecho penal de autor- cuya columna vertebral es el principio de culpabilidad, resulta difícilmente conciliable con este postulado reconocerle status científico en la dogmática jurídico-penal a los delitos aberrantes pues carecen de caracteres ónticos propios que permitan diferenciarlos del resto de los hechos punibles. En definitiva, entendemos que se trata de una categoría delictiva de límites imprecisos y fluctuantes en las diferentes sociedades y en distintos momentos de la evolución histórica, que para colmo adolece de un alto grado de subjetividad por parte de quien deba decidir cuáles son en concreto esos hechos delictivos aberrantes...”* ob.cit. p. 164

Sin embargo, habiendo analizado el agregado del art. 14 del C.P., podemos inferir que en la redacción parlamentaria de la norma no se tuvieron en cuenta algunas de las máximas constitucionales que fueron estudiadas en los párrafos anteriores.

Y decimos esto por cuanto en relación puntualmente a los supuestos de los arts. 80 inciso 7, 124, 142 bis anteúltimo párrafo y art. 170 anteúltimo párrafo del C.P., cuyas penas son de prisión o reclusión perpetua, se lesionan los siguientes preceptos a saber: en primer lugar, el principio de resocialización como objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en virtud de que si la pena de prisión es de por vida, es obvio que es de imposible cumplimiento el tratamiento progresivo para la proyección de la vida de una persona extramuros ya que se priva al interno de un importante estímulo para asumir voluntariamente el mismo^{36 37}; en segundo lugar, se viola el principio de humanidad de las penas, ya que el condenado a perpetuidad carece de la posibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional, adquiriendo la pena de este modo un tinte de tipo sancionatorio, eliminatorio y segregatorio propio de una concepción de derecho penal de autor^{38 39}; y

³⁶ Alderte Lobo señala al respecto que: “...la libertad condicional sólo puede tener como fundamento hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del encarcelamiento y ofrecer asistencia al condenado en el medio libre, durante un período previo a su liberación definitiva. Por lo tanto, si el Estado se encuentra obligado a garantizar a todas las personas privadas de su libertad la posibilidad de un reintegro al medio libre antes del agotamiento de su condena, se descarta que deba existir también la posibilidad de que ésta se tenga por cumplida en algún momento. Ninguna interpretación, ni siquiera la más restringida imaginable, que pueda hacerse del principio de reinserción social puede avalar que una persona permanezca de por vida en prisión...” ob. cit. p. 230 y 231.

³⁷ Cabe aclarar que no sólo se les ha privado a los autores de los delitos en cuestión de la libertad condicional, sino que además por ley 25.948 por la que se agregó el art. 56 bis a la ley 24.660, se ha vedado a estos reclusos de gozar de los beneficios del período de prueba (es decir de las salidas transitorias y semilibertad), de la libertad asistida, prisión discontinua y semidetención, reforma cuya constitucionalidad es discutida también.

³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2005, p. 48 y 49. Los autores sostienen que: “...la pena opera sobre la persona criminalizada para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social... El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un estado de autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales...”.

finalmente, esta aniquilación de las personas privadas de la libertad provoca que se lesione el principio del respeto a la dignidad humana⁴⁰.

Por otra parte, con respecto a la totalidad de las figuras delictivas enumeradas en el art. 14 2º parte del C.P. podemos concluir que las directrices que se encuentran violentadas son: el principio de culpabilidad en sus dos dimensiones, proporcionalidad y razonabilidad comparativa y el principio de igualdad ante la ley. A la primera conclusión se llega por cuanto los llamados delitos aberrantes se basan más en un parámetro de tipo peligrosista, fruto de una demanda de seguridad preventiva en el momento de dictarse la ley, que en base a criterios objetivos. Como ya sostuvimos, las figuras penales no poseen un punto en común que justifique legítimamente una mayor gravedad en la ejecución de la sanción penal. Cabe más en este caso una apreciación subjetiva de un grupo de personas, las cuales no podemos asegurar que son mayoría, sobre que delitos producen mayor alarma social. Lo señalado, riñe muchísimo con un principio de culpabilidad que reconoce la facultad a un sujeto de autodeterminarse y actuar en consecuencia, pasible de una sanción penal por el nexo subjetivo entre el acto y la consecuencia jurídica, y no por la peligrosidad que representa. Ahora bien, el principio de proporcionalidad también se ve vulnerado atento que a delitos de distinta gravedad se los cargó con la misma exclusión del beneficio. Sentado lo anterior, estamos en condiciones de aseverar que la reforma afecta el principio de igualdad, ya que mantiene el objetivo resocializador para los delitos menores, no así para los delitos “aberrantes” y la distinción es arbitraria, por no seguir un parámetro científico y serio que la justifique.

Consideramos que es necesario de manera urgente una reforma legislativa del art. 14 segunda parte del C.P. Lo cierto es que la norma está vigente y pronto llegarán a nuestros

³⁹ Este paradigma entiende a los reclusos como incorregibles y peligrosos a los cuales se los pretende excluir y encerrar hasta sus últimos días en una cárcel excluyéndolos de la sociedad. La prisión a perpetuidad se convierte en una muerte civil y coincidiendo con Cesano, el efecto aniquilador de la misma la hace asimilable a la pena capital: “...tal asimilación es correcta desde que la posibilidad de perpetuidad existencial del encierro importa, directamente, tolerar la regresión hacia objetivos preventivo especiales negativos que se identifican con la idea misma de inocuización; concepto que, a su vez, no resiste el más mínimo análisis desde la óptica de este principio constitucional...”, Cesano, ob. cit. p. 104 y 105

⁴⁰ José Pérez Arias destaca que la persona es transformada y tratada como un ser descartable, insuceptible de recuperación, ob. cit. 53

tribunales de ejecución casos de condenados por estas figuras penales. En tal caso, el Poder Judicial deberá declararla inconstitucional en cada caso concreto por violar los principios en juego descriptos ut supra⁴¹, en base a nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso. Sin embargo, coherente con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el fallo "Zabala, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p.s.a. de Homicidio calificado -Recurso de Casación-" (Expte. "Z", 3/2001), creemos que ante lesiones claras y palmarias a preceptos constitucionales (que no quedan abiertas a una cuestión racional), y siendo la materia penal de orden público, los jueces pueden por su propia iniciativa examinar la constitucionalidad de la norma y no aplicar las que consideran inconstitucionales⁴².

De este modo creemos que se restablecería el principio republicano de gobierno mediante el control de razonabilidad que la Constitución Nacional otorga al Poder Judicial sobre los errores del Poder Legislativo, poniendo en funcionamiento nuestras instituciones. Sólo de esta forma reafirmaríamos nuestra confianza en nuestro Estado de Derecho, respetuoso de las libertades fundamentales.

V- Bibliografía

Alderete Lobo, Rubén, *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 2007.

Arocena, Gustavo A, "Los principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad", *Foro de Córdoba*, Córdoba, 2007, Número 118.

Barberá de Riso, María Cristina, *Reglas penales constitucionales*, Córdoba, 2005.

Cesano, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, 2008.

⁴¹ El art. 4 de la ley 24.660 prevé que: "Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado..."

⁴² "ZABALA, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p.s.a. de Homicidio calificado -Recurso de Casación-" (Expte. "Z", 3/2001) Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sentencia de fecha 08/07/2002. En la sentencia se sostuvo que: "No se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de reparar el error a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego"

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2005.

Lascano, Carlos J. (h), “El nuevo régimen de la libertad condicional – LEY 25.892”, *Pensamiento Penal y Criminológico Revista de Derecho Penal Integrado*, Córdoba, 2004, Año V, N° 9.

Lascano, Carlos J. (h) y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Córdoba, 2000, Tomo I y II.

López, Axel y Machado, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, 2004.

Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Córdoba, 1999

Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba, 1999

Pérez Arias, José, “Libertad condicional. Presupuestos de procedencia a partir de la ley 25.892”, *Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, Buenos Aires, 2006, Año 1- N° 1.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2005.

Ziulu, Aldo Gabino, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1997, t.I