

# El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia

Por Mario Alberto Juliano<sup>1</sup>

## 1. El caso

La ciudadana argentina Karina Dana Germano, junto a otras personas, fue condenada en Brasil a treinta años de prisión. Comenzada su ejecución, y amparándose en las previsiones del Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil<sup>2</sup>, solicitó purgar la pena en nuestro país, lo que así obtuvo. Concomitantemente, sus consortes de causa, que habían seguido honrando la pena impuesta en territorio brasileño, solicitaban acceder a las salidas transitorias al arribar a una sexta parte del total, de acuerdo a las previsiones de la ley doméstica del hermano país.

Toda vez que el artículo XI del Tratado dispone que la ejecución de la sentencia se regirá por las leyes del Estado receptor, incluso las condiciones para el otorgamiento y la revocación de la libertad condicional, anticipada o vigilada, según lo previsto por la ley argentina 24.660 de ejecución penal, Germano recién se encontraría en condiciones de acceder a idéntico derecho que sus compañeros al cumplir la mitad de la condena.

Por esta razón (por la evidente desigualdad de tratamiento) Germano solicitó a la justicia argentina la equiparación con la situación de sus consortes de causa y la concesión de las salidas transitorias, reclamo que fue sucesivamente rechazado por las instancias judiciales respectivas (justicia de ejecución penal y Cámara Nacional de Casación Penal), hasta que las actuaciones llegaron a la Corte federal.

El 25 de marzo de 2009 dictaminó el Subprocurador Luis Santiago González Warcalde aconsejando la concesión de las salidas transitorias, en base a los siguientes fundamentos:

*Que, más allá de la interpretación literal que realizaron los jueces de la casación sobre el artículo XI del Tratado, que impone que la ejecución de la sentencia se rige por la ley del Estado receptor, lo cierto es que si Germano no hubiera elegido lo que creyó un beneficio: el de purgar en su país, estaría -si bien, en el*

---

<sup>1</sup> Juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea, presidente de la Asociación Pensamiento Penal, [mjuliano2004@yahoo.com.ar](mailto:mjuliano2004@yahoo.com.ar)

<sup>2</sup> Ratificado por nuestro país por Ley 25.306 (B.O. 13-10-2000)

*extrañamiento- gozando de los efectos de la extensión del recurso de habeas corpus, es decir, habría accedido a salidas transitorias o temporarias.*

*Que razones de humanidad, equidad y estricta justicia, impiden que mire de soslayo las particulares implicancias y duración de este encierro, y me incline por la concesión del recurso, el cual, en definitiva, brega por la equiparación a la menor restricción de la libertad.*

*Por otro lado, esta solución del principio humanitario que aconsejo, no deriva en un incumplimiento contractual, pues no menoscaba la vigencia del orden jurídico extranjero, si se le concede a la presentante algo que también se le concedería en el país que la condenó.*

La Corte, por un ajustado margen de cuatro votos (Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay) contra tres (Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni), el 1 de diciembre de 2009 declaró que el recurso concedido era inadmisibile (artículo 280 CPCCN), mientras que la minoría hizo suyos los fundamentos del Procurador<sup>3</sup>

El caso, así planteado, en tanto la disidencia de tres de los siete miembros de la Corte y el dictamen de la Procuración, insinuaba una interesante plataforma de sustentación para la causa de la aplicación de leyes diferentes a las del lugar del conflicto, pero más benignas.

Sin embargo, la cuestión no terminó allí.

Invocando la existencia de un hecho nuevo (que los consortes de causa radicados en el Brasil ya habían accedido, de manera efectiva, a las salidas transitorias y que se encontraban gozando de las mismas), la defensa de Germano vuelve a recorrer todas las instancias judiciales en procura de obtener las salidas para su representada, siempre con resultados negativos, hasta llegar nuevamente con su caso a la Corte de la Nación.

---

<sup>3</sup> G. 942 XLIV “Germano, Karina Dana s/recurso de casación”

El 31 de octubre de 2011 vuelve a dictaminar el Subprocurador<sup>4</sup>, Luis Santiago González Warcalde quien, como es obvio, se expide en el mismo sentido que lo había hecho anteriormente, es decir, recomendando se concedieran las salidas transitorias solicitadas, agregando nuevos fundamentos a su pronunciamiento:

*Sólo agregaré que la solución que propicio no sólo está basada en el principio general de interpretación pro hómine de los instrumentos internacionales (Fallos: 328:2056; 329:2265 y 5762). sino que se adecua. por su sentido de equidad, al de la "reinserción social de las personas condenadas", finalidad superior que informa el Tratado sobre traslado de condenados con Brasil (ley 25.306) y nuestra ley de ejecución penal (N° 24.660, artículo 1).*

*Esto permite considerar que se podría, según mi modo de ver, y sin que se desnaturalice la razón del sistema penitenciario nacional. hacer una excepción a la letra del artículo 17 de la ley 24.660, en cuanto exige, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad, un tiempo mínimo de ejecución de la mitad de la condena.*

*Y digo sin menoscabar la voluntad legislativa argentina. porque la ley citada ha querido y plasmado expresamente que 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 semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.*

*Y no sólo eso, sino que ha previsto, en su artículo 7. que el condenado podrá ser promovido **excepcionalmente** a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales. de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente.*

*Situación de excepción que concurriría en este caso, sobre todo*

---

4

*teniendo en cuenta que si en Brasil -donde rigen parecidos principios penitenciarios, y el tratado es una prueba de ello- se consideró que ese tratamiento era suficiente para la reinserción social de los compañeros de Germano, no hay motivos para que también no lo sea para que esta ciudadana se vaya incorporando a nuestra sociedad.*

El 14 de febrero de 2012, la Corte resuelve en el caso, esta vez haciendo lugar al planteo de la defensa, resolución que es suscripta solamente por cuatro de los integrantes del tribunal: Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, haciendo notar que esta última ahora abandona su postura inicial de que el recurso era inadmisibile, suscribiendo el despacho de quienes hasta ese entonces habían conformado la disidencia y que ahora pasan a ser mayoría.

La Corte nuevamente hace suyo el dictamen de la Procuración, agregando los siguientes argumentos, en sustancia muy similares a los de la disidencia de diciembre de 2009:

*Que por otra parte cabe agregar que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado.*

*El tratado que permite el cumplimiento de la pena en el país, con el propósito de posibilitar la reinserción del condenado -si bien se rige por la legislación local en su modo de ejecución- no puede habilitar una pena diferente y más gravosa, pues implicaría una contradicción con su objetivo.*

*Que se plantea en el caso como hecho nuevo la circunstancia de que los co-condenados en la misma causa que la presentante, que cumplen su pena en Brasil, han accedido al régimen de salidas transitorias que ya se ha concretado, por lo que corresponde proceder con igual temperamento con respecto a Germano.*

*En consecuencia, la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 24.660 que invoca el señor Procurador Fiscal en su dictamen, resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional y de los*

*principios pro homine, igualdad y no contradicción.*

## 2. El derecho al mejor derecho.

Previo a realizar algunas consideraciones puntuales respecto del dictamen de la Procuración y la resolución de la Corte, resulta importante recordar, al menos de modo somero, la idea del *derecho al mejor derecho*.

El concepto del derecho al mejor derecho parte de una concepción igualitarista que considera que las legislaciones locales no pueden restringir derechos y garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos y que, por ende, los ciudadanos amparados por los tratados que los receptan tienen el derecho de reclamar la aplicación de legislación extraña a su propia jurisdicción territorial<sup>5</sup>, que contemple de un modo más amplio y generoso la efectivización de sus derechos y garantías.

Es que cuando un Estado adopta la decisión soberana de celebrar o suscribir un tratado (más aún cuando el tratado está referido a los derechos humanos), aunque pueda parecer paradójal, en buena medida renuncia al ejercicio de su propia soberanía, en tanto y en cuanto la firma de ese tratado implica el compromiso de cumplirlo de buena fe y respetar el contenido de sus cláusulas. Traducido este concepto, la renuncia de la soberanía a que hacemos alusión consiste en que en lo sucesivo ese Estado no podría dictar leyes que se encuentren en contradicción con el contenido del tratado<sup>6</sup>, no obstante contar con potestad legislativa para hacerlo.

La tesis del derecho al mejor derecho se refuerza con el contenido del artículo 2 de la Convención Americana<sup>7</sup>, que obliga a los Estados a adoptar disposiciones de

---

<sup>5</sup>O aún de su propia jurisdicción territorial, ya que existen provincias donde se encuentran en marcha procesos de reforma que hacen convivir distintos ordenamientos procesales penales a un mismo tiempo, tal el caso de Entre Ríos, Santiago del Estero, La Pampa y Salta.

<sup>6</sup> Por ejemplo, ninguno de los países signatarios de la Convención Americana podría restablecer la pena de muerte (artículo 4.3 CADH)

<sup>7</sup> Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

derecho interno tendientes a efectivizar los derechos y libertades garantizados por la Convención. Una arquitectura jurídica de esta índole implica que la efectivización de los derechos y las libertades debe ser tamizada con los principios de progresividad y pro hómine, que necesariamente informan al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los derechos y las libertades no son conceptos pétreos, sino que, muy por el contrario, se encuentran sometidos a permanentes avances y transformaciones. De tal manera que la aludida efectivización no se satisface con la mera consagración legislativa, sino que se satisface con la actualización de acuerdo a los avances que se registran en esa sensible materia.

La globalización que caracteriza a la modernidad tardía, o posmodernidad, que vivimos, también atraviesa al mundo jurídico. El viejo modelo del Estado nacional ha tenido que bajar sus fronteras, para admitir formas asociativas (Mercosur, Unión Europea), que se encuentran en pleno desarrollo y que, se supone, deberían permitir afrontar los desafíos de un mundo nuevo y complejo. La resignificación de los Estados necesariamente traerá aparejado el cuestionamiento de los desequilibrios en materia de derechos y garantías, que resultan inexplicables para ciudadanos que se encuentran amparados por los mismos tratados internacionales de derechos humanos.

Una concepción de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos de esta naturaleza (la universalización e los derechos y las garantías) abre un abanico impresionante e impensado de consecuencias jurídicas que, por lo menos, merece ser reflexionado con detenimiento, en la búsqueda de la expansión de los derechos y las garantías, tan necesarias para la realización de los individuos, fundamentalmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad o que tienen menos posibilidades de ser oídos.

### 3. El dictamen de la Procuración.

El dictamen de la Procuración es halagüeño en el terreno de los hechos, ya que desde un comienzo propició la equiparación de la situación de Germano con sus consortes de causa, ubicados fuera del país. Sin embargo, nos permitiremos

---

constitucionales y a la disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

poner en tensión los argumentos empleados para su fundamentación.

En el primer dictamen (el del 25 de marzo de 2009), González Warcalde aconseja que se haga lugar al recurso *por razones de humanidad, equidad y estricta justicia*, ya que si Germano no hubiese optado por lo que creyó un beneficio (purgar la condena en su país) estaría gozando de las salidas transitorias.

Independientemente de la simpatía que a primera vista nos genera el razonamiento del Subprocurador, entendemos que las razones aducidas para fundamentar el dictamen (humanidad, equidad y estricta justicia) carecen del rigor conceptual o, dicho con otras palabras, son conceptos vagos y ambiguos, para asignar sustentabilidad legal al pronunciamiento. Indudablemente que *la humanidad, la equidad y la justicia* son valores universales de los cuales no puede despojarse el jurista a la hora de poner en acto la ejecución de la ley, ya que, en definitiva, la labor del especialista en leyes no puede ni debe estar despojada de principios morales y éticos como los enunciados. Pero lo que resulta humanitario y justo para unos y para otros, aún ubicados en una misma corriente filosófica, puede diferir en forma radical al momento de definir qué es lo que debe entenderse por cada uno de esos conceptos.

La humanidad, la equidad y la estricta justicia sobrevuelan (suponemos) el contenido de las leyes pero, finalmente, no se encuentran consagradas de modo expreso en ningún texto legal. Esto es, no existe un texto legal, una norma positiva que nos diga, sin lugar a especulaciones, qué es lo humanitario, qué es la equidad o qué es lo estrictamente justo. Es en este aspecto que, sostenemos, el dictamen de la Procuración se encuentra carente de fundamentos, convirtiendo el consejo a la Corte en un mero parecer fundado en altruistas principios éticos y morales, que en ese plano del pensamiento compartimos, pero que no son suficientes a la hora de motivar una decisión judicial.

El segundo dictamen (el del 31 de octubre de 2011), quizá advirtiendo las falencias de fundamentación del primero, ingresa en otros andariveles que, en general, también compartimos, referidos al modo de interpretar y aplicar la ley de ejecución penal.

Invocando el principio *pro homine*, el Subprocurador encuentra factible hacer excepción a la letra del artículo 17 de la ley 24.660<sup>8</sup> en cuanto exige un tiempo mínimo de cumplimiento de la mitad de la condena para aspirar a las salidas transitorias, ya que el artículo 7 de la misma ley<sup>9</sup> admite promover al interno, de modo excepcional, a cualquier fase del tratamiento penitenciario.

Hasta donde conocemos, la aplicación de la regla de excepción del artículo 7 es poco menos que inédita, y solo resta esperar que el criterio del señor Subprocurador (que luego la Corte haría suyo), sea extendido a una innumerable cantidad de casos que se encuentran en similares condiciones y que por su aplicación permitirían acceder a las salidas extramuros. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la solución propuesta aparece como una solución de circunstancias, con muy buenas intenciones pero con elevados grados de discrecionalidad, ya que no se deja constancia de la existencia de los informes técnicos criminológicos que exige la ley para acceder a las salidas<sup>10</sup>, que en este caso habrían sido omitidos en beneficio de la solución del caso.

#### 4. La resolución de la Corte.

---

<sup>8</sup> ARTICULO 17. — Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere: I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince años; c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: 3 años. II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente. III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.

<sup>9</sup> ARTICULO 7. — El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente.

<sup>10</sup> Independientemente de los reparos que nos merecen los aludidos informes criminológicos, desde varias aristas del análisis, lo cual no es materia de este trabajo.

Como se consignó precedentemente, en su primera resolución (la del 1 de diciembre de 2009) la mayoría de los integrantes de la Corte habían dicho que el recurso era inadmisibile, mientras que la minoría había hecho suyo el dictamen de la Procuración.

La novedad es que si bien en el segundo fallo (el del 14 de febrero de 2012) la Corte vuelve a hacer suyo el dictamen de la Procuración, incorpora un dato que, a nuestro juicio, es relevante para la resolución del caso, cuando señala que *la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 24.660 que invoca el señor Procurador Fiscal en su dictamen, resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional y de los principios pro homine, igualdad y no contradicción.*

Resulta significativo que por primera vez se mencione en este asunto al principio de *igualdad* (igualdad ante la ley, agregaríamos) que, entendemos, es la clave para dirimir el pleito sobre una base legal cierta y concreta. También es de interés la invocación del principio de *no contradicción*, con el que, creemos, se está haciendo alusión a la imposibilidad que dos órdenes jurídicos distintos resuelvan una misma cuestión, para la misma persona, de diferente manera. No contradicción que, en definitiva, remite a la lesión que se puede producir al derecho a un tratamiento igualitario frente a la ley, ya que la igualdad ante la ley no puede ser un principio vacío de contenido, meramente declamatorio, sin posibilidades reales de materializarse en la resolución de los conflictos que ameriten su aplicación.

Consideramos que en este caso la Corte da en la tecla legal correcta, al detectar la evidente desigualdad ante la ley de que era objeto Germano frente a sus iguales. Se dice de modo expreso que debe procederse con Germano *con igual temperamento* al que se lo hizo con los co-condenados de la causa en el Brasil, ya que *una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado.*

5. Conclusiones.

La resolución de la Corte abre nuevas expectativas para la causa del derecho al mejor derecho. Camino que, somos conscientes, no será sencillo transitar, ya que la causa de los derechos humanos, que, en ultimidad, es de lo que se trata, jamás ha sido de sencilla y gratuita concreción.

Quienes adscribimos a esta causa y bregamos por su difusión y extensión<sup>11</sup>, imaginamos un futuro signado por el mejor derecho, que es decir por un universo normativo impregnado por los principios que informan al derecho internacional de los derechos humanos (pro homine, progresividad, irretractabilidad, etcétera) y donde la materialización de las garantías no quede constreñida a las coyunturas domésticas de aquellos países que se han obligado y asegurado adoptar todos los recaudos necesarios para la efectivización de los derechos y las libertades (artículos 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos).

En resumidas cuentas, un orden jurídico en el que desaparezcan las fronteras para la vigencia de los derechos y las garantías, que es el paradigma universalista que propone el igualitarismo.

---

<sup>11</sup> Alfredo Pérez Galimberti, José Raúl Heredia, Gerardo Nicolás García y, en alguna medida, como comentaristas condescendientes, Alberto Binder y Maximiliano Rusconi.