

ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL EJERCICIO DE LA DEFENSA DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA



Ministerio P\xfablico

de la Defensa

ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL
EJERCICIO DE LA DEFENSA DURANTE LA
EJECUCIÓN DE LA PENA

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

PUBLICACIÓN REALIZADA POR LA
SECRETARÍA GENERAL DE CAPACITACIÓN Y JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subsecretaría de Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional
Defensoría General de la Nación

2015 Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación
www.mpd.gov.ar
Callao 970 - CP 1023
Ciudad de Buenos Aires

Tirada: 500 ejemplares

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
I. CONTROL JUDICIAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD 7	
Lineamientos para el control judicial de la pena privativa de la libertad	
<i>Sergio Delgado</i>	9
El castigo dentro del castigo	
<i>Silvia Edith Martínez</i>	33
El ejercicio del derecho de defensa en el proceso penitenciario sancionador:experiencias y desafíos de la Defensa Pública	
<i>Rodrigo D. López Gastón y Martín P. Taubas</i>	63
Traslademos el problema al juez. Una propuesta de estándar para garantizar el efectivo control judicial de los trasladados de personas detenidas	
<i>Pablo Corbo</i>	85
II. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL RÉGIMEN PROGRESIVO 99	
Breves relatos sobre salidas transitorias, educación y trabajo en el contexto carcelario cordobés	
<i>Jorge Perano, Julieta Ibañez y Cristela Rottoli</i>	101
El derecho a la educación en la cárcel. Los estímulos educativos como herramienta para un goce efectivo	
<i>Por Gabriel Marnich</i>	121
Libertad condicionada: revocación y cómputo. El extraño caso de la aritmética penal	
<i>Gabriel M. A. Vitale</i>	133
Las limitaciones establecidas por el artículo 56 bis de la ley 24.660 afectan el derecho constitucional a una pena resocializadora	
<i>Roxana B. Genovés y Eugenia Pruzzo</i>	145
Informes técnicos en el proceso de defensa: experiencia del Servicio de Asistencia y Promoción de Derechos	
<i>Silvina Fajreldines, Sara Malek y Victoria Fernández Nuñez</i>	157

III. CONTROL JUDICIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.....	169
Inclusión social, probation y política criminal democrática: Una conjugación posible	
<i>Leandro Costanzo</i>	171
El control de las reglas de conducta en casos de suspensión del procedimiento a prueba. Alcance normativo y práctico	
<i>Mauro Lopardo</i>	209
La extensión del plazo de prueba en la etapa de ejecución penal	
<i>Martín Fiuza.....</i>	221
IV. RÉGIMEN DE LA PENA Y MODALIDADES ALTERNATIVAS	245
Morigeraciones y alternativas a la privación de libertad en la ley nacional de ejecución de la pena privativa de libertad 24.660	
<i>Gabriel Bombini</i>	247
Los supuestos de penas de prisión efectiva inferiores a seis meses: ¿trabajos comunitarios o libertad asistida?	
<i>Rubén A. Alderete Lobo.....</i>	283
V. ARRESTO DOMICILIARIO	297
Arresto domiciliario	
<i>Virginia Sansone.....</i>	299
El arresto domiciliario y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres privadas de la libertad	
<i>Valeria A. Picco.....</i>	315
VI. REINCIDENCIA.....	339
¿Más sobre la reincidencia? Notas sobre el peligrosismo, los eufemismos, los vivos, los muertos y sus espíritus	
<i>Adrián N. Martín.....</i>	341
Reflexiones sobre el plazo de vigencia de los antecedentes penales	
<i>Ariel D. Sukevicius.....</i>	365
VII. MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	379
Internamiento preventivo – derecho comparado	
<i>Maria Laura Böhm</i>	381

PRÓLOGO

Desde su creación, la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia ha tenido entre sus objetivos participar en la edición de publicaciones que contribuyan al debate sobre temas relevantes para la actuación de los defensores públicos. En función de este propósito, el libro que se presenta aborda problemáticas vinculadas con el derecho de ejecución penal, uno de los temas que mayores desafíos ofrece para la defensa.

A pesar de que la prisión es una institución pública, el mundo de la privación de la libertad es difícil de conocer. No es sencillo neutralizar la opacidad carcelaria y, en consecuencia, garantizar que aquellos principios y reglas establecidos claramente por el propio sistema penal sean aplicados en toda su extensión en la prisión. En ese ámbito donde debería primar la ley, prevalecen las violaciones a los derechos humanos, con consecuencias físicas, psíquicas y sociales de carácter irreparable. De la misma manera, la imposición y cumplimiento de otras sanciones penales también presentan desafíos para la defensa. No obstante sus conocidas ventajas, las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad aún no han sido implementadas en forma amplia y, adicionalmente, tampoco están exentas de presentar puntos ciegos que exigen una adecuada interpretación constitucional.

A la luz de estas consideraciones, esta publicación ha sido proyectada con un enfoque teórico-práctico, para ofrecer posibles respuestas a las problemáticas de quienes han sido alcanzados por el sistema penal. Esta mirada que prioriza el acceso a la justicia de los sectores desventajados es la que mejor puede convertir en realidad la idea de que la ley no debe estar al margen de la ejecución de las sanciones penales.

Teniendo como eje las cuestiones derivadas de la imposición y cumplimiento de las penas, los artículos seleccionados abordan temas vinculados con el control judicial de la pena privativa de la libertad, con el régimen progresivo de la pena, con el control judicial de las medidas de suspensión del juicio a prueba, con modalidades de sanción alternativas al encarcelamiento en centros penitenciarios, incluido el arresto domiciliario; y finalmente, con la reincidencia y las medidas de seguridad. Sus autores y autoras cuentan

con una reconocida experiencia ya que han trabajado en la temática desde diferentes ámbitos institucionales y operativos, un desarrollo que asegura que sus propuestas puedan ser llevadas a la práctica por la defensa pública.

Esperamos que este esfuerzo se refleje en la actuación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa y que favorezca a quienes reclaman por la vigencia de sus derechos.

Julieta Di Corleto
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

I

CONTROL JUDICIAL DE LA PENA

PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Lineamientos para el control judicial de la pena privativa de la libertad

Sergio Delgado¹

I. Introducción

Cuando un defensor oficial o quien lo asiste en su labor, o un abogado particular entrevista a una persona privada de la libertad en nuestro país es aconsejable que, luego de atender a sus inquietudes, le explique nuestra realidad penitenciaria. Aunque, por lo general, después de preguntar sobre su situación procesal y sobre sus posibilidades de recuperar su libertad, inevitablemente una persona detenida planteará inquietudes sobre sus condiciones de alojamiento y sus posibilidades de mejorarlas. Estas, precisamente, se verán condicionadas por el estado de las prisiones.

II. El hacinamiento y la promiscuidad: la vulneración de la clasificación penitenciaria

El defensor deberá entonces hacerle saber que una parte importante de la población carcelaria del país, que llegó a 62.263 personas durante el año 2012 según el último Informe Anual del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena², se aloja en calabozos de seccionales de policía o en meras alcaidías, y no en cárceles o establecimientos penitenciarios³. Es

1 Abogado (UBA). Profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (UBA); Profesor titular de Política y Legislación Penitenciaria de la UNLZ; Juez Nacional de Ejecución Penal (2003-2010) y Director Académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la UBA (2012-2014).

2 Disponible en la el sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (http://www.jus.gob.ar/media/1125932/informe_sneep_argentina_2012.pdf).

3 Las Alcaidías Penitenciarias bonaerenses de Batán, Junín y Malvinas Argentinas y la Alcaldía Femenina de Isidro Casanova no pueden considerarse cárceles pese a su administración penitenciaria y, desde ya, no lo son las seccionales policiales del Gran Buenos Aires donde continúan alojados, por tiempo prolongado, muchos detenidos. Lo mismo puede decirse de las alcaidías y comisarías de Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

decir, estas personas no se encuentran alojadas en lugares adecuados para detenciones prolongadas.

Quienes se encuentran en una cárcel, al menos, no padecen el agobio de vivir en un calabozo las 24 h del día.

Los que tienen la suerte de ser alojados en establecimientos penitenciarios, no obstante, por lo general, rápido advierten que se encuentran hacinados, es decir, que hay más internos que plazas penitenciarias, no solo laborales y educativas, sino incluso para el pernoche. Esto ocurrirá con muy alta probabilidad si el interlocutor está detenido en una cárcel de la provincia de Buenos Aires, que es la mayor jurisdicción penitenciaria del país⁴.

Aunque no se llegue a una situación de hacinamiento, es posible que la ocupación de plazas penitenciarias esté próxima a agotarlas. Ello inevitablemente conspirará contra la principal regla de buena administración carcelaria, que es la que impone la clasificación penitenciaria. Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, imponen la separación de categorías. Esto quiere decir que los reclusos pertenecientes a categorías diversas sean alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles (así lo impone la Regla Mínima número 8).

Así, por ejemplo, los detenidos por encontrarse en prisión preventiva deben ser separados de los que están cumpliendo condena, especialmente, dada su diferente situación jurídica. Es lo que no ocurre en nuestro país. Aún las colonias penales federales alojan, junto a condenados a reclusión perpetua, a detenidos meramente procesados. Y las cárceles de encausados (para alojar procesados) suelen ser los establecimientos que más condenados alojan, promiscuamente mezclados a quienes integran la categoría de primarios (por no registrar detenciones anteriores, estando

⁴ El Servicio Penitenciario bonaerense, que aloja a casi la mitad de la población carcelaria total del país, presentaba sobre población superior al 100% en el último año relevado censalmente (2012), en la U. 11 de Baradero (104,5%) y del 50% de la capacidad, en la U. 14 de General Alvear (llegaba al 81,7%) o en la U. 16 de Junín (50%) o en la U. 26 de Lisandro Olmos (54,1%). Otros establecimientos presentaban superpoblación menos marcada. Estos porcentajes no se calculan en base a las plazas de trabajo y educativas sino respecto de las posibilidades de alojamiento nocturno (camas disponibles).

detenidos por primera vez), reiterantes (ya tuvieron una o más detenciones anteriores) o reincidentes (estuvieron ya antes detenidos purgando pena y no meramente procesados).

No obstante, en toda cárcel existe alguna separación de categorías, por imperfecta que sea. No siempre se separa a los imputados de delitos contra la propiedad violentos de los que fueron detenidos por su vinculación con el tráfico de estupefacientes prohibidos. Pero sí se separa, al menos, a los integrantes de fuerzas de seguridad de los demás detenidos, o a los imputados de delitos contra la integridad sexual del resto de la población, o a los detenidos de nacionalidad peruana de los paraguayos y uruguayos, a los rosarinos de los santafesinos, a los porteños de todos los demás en las cárceles provinciales, etcétera.

III. El derecho de los reclusos a la información y a presentar una queja

El defensor debe informar a los detenidos que, para acceder a una mejor calidad de vida en prisión, se deben conocer las normas y prácticas existentes en materia de calificaciones de conducta y concepto. Estas normas contienen las llaves que les permitirán a las personas privadas de su libertad abandonar los sectores destinados a las categorías con mayores restricciones para incorporarse a las secciones de confianza, destinadas a las categorías más favorecidas dentro del régimen de la progresividad penitenciaria.

El conocimiento de la regulación de las calificaciones y de quienes intervienen en su imposición y pueden revisarlas debe ser suministrado detalladamente.

La regla 35 de las Reglas Mínimas antes citadas establece que a su ingreso al establecimiento cada recluso debe recibir información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se los ha incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento y sobre los medios autorizados para informarse y formular quejas, así como cualquier otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones que le permita su adaptación a la vida del establecimiento.

Pese a ello y a que en algunas oportunidades se adoptan medidas para informar a los internos y suministrarles, incluso, cuadernillos con detalles sobre sus derechos (el año pasado así ocurría en la cárcel de Devoto⁵, por ejemplo), las personas privadas de su libertad en nuestro país ignoran o conocen superficialmente todo lo relativo a sus calificaciones. Sea que nada se les haya

⁵ La ex Unidad 2, hoy denominada Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

informado o que se les haya comunicado en el traumático momento de su primer ingreso al establecimiento penal y, por ello, no pudieron comprenderlo; la verdad es que nada conocen al respecto. Pero lo que sí saben o lo averiguan rápidamente es que la diferencia entre estar alojado en un pabellón destinado a una categoría de internos estudiantes o trabajadores (que tendrán, además, las mejores calificaciones, generalmente) o en sectores destinados a alojar a internos con mala conducta (y calificaciones), que por lo general ni trabajan ni estudian, es no menor a la que hay entre el día y la noche.

Conocer esta información ayudará a quien está privado de su libertad a fijarse objetivos y metas realizables en cada una de las áreas de tratamiento computables para resolver sobre su avance en la progresividad que redundarán en su beneficio y también facilitarán la administración carcelaria y, sobre todo, permitirán reducir la reincidencia en el delito.

Los internos deben saber que el art. 52 del Reglamento para las Modalidades Básicas de la Ejecución, aprobado por el decreto 396/99, establece que para las autoridades penitenciarias es facultativo el escuchar a los internos antes de calificar trimestralmente su conducta y concepto, salvo cuando el propio interno lo solicita, caso en el que “deberá ser escuchado por el Consejo Correccional” antes de ser calificado. Ninguna persona detenida es informada de esta regulación de su derecho a ser oído. Conocerla le puede permitir alegar personalmente ante quienes lo van a calificar, destacar sus propios méritos y favorable evolución y asegurarse de que no serán ignorados al momento de resolver. Este derecho, reitero, no es ejercido actualmente por nadie en las cárceles federales en las que se aplica esta reglamentación.

Los privados de su libertad deben saber siempre que, luego de notificados de sus calificaciones, pueden interponer un recurso de reconsideración por escrito dentro de los tres días ante el Consejo Correccional, que deberá resolverlo, también, dentro de los tres días. Ello sin perjuicio del recurso ante el juez de ejecución (conforme el art. 55 del mismo texto legal), ante quien puede promover una cuestión incidental alegando la violación de su derecho a calificaciones adecuadas a los baremos fijados por la ley, conforme lo previsto por el art. 4º inciso a) de la ley 24.660.

IV. La progresividad penitenciaria y la realidad carcelaria

Descripto a grandes rasgos un panorama general, será necesario que un defensor diligente informe a toda persona detenida que las penas privativas de la libertad en nuestro derecho, que sigue en esto la normativa penitenciaria moderna más extendida y prestigiosa, abandonaron el régimen auburniano que las caracterizó en el siglo XIX y hoy se deben basar en la progresividad, lo que exige limitar la permanencia del condenado en esta-

blecimientos cerrados y promover su incorporación a instituciones semi abiertas o abiertas de acuerdo con su evolución favorable (art. 6 de la ley 24.660). Deberá aclararse que pese al ambicioso y claro texto legal y a que la progresividad en la ejecución se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico ya en 1933, la progresividad en la ejecución de las condenas dictadas en nuestro país no suele ser la regla, sino la excepción.

Pruebas al canto: más del 12% (3.596 de los 29.902) de los condenados presos en el año 2012 aún estaban en el período de observación, que debió haber concluido dentro de los treinta primeros días (conf. art. 7º del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución aprobado por el Decreto 396/99) de recibido el testimonio de su condena. Y más de la mitad (15.641) no habían superado el período de tratamiento. Solo el 15% (4.687) había logrado incorporarse al período de prueba y uno de cada diez internos condenados (que son menos de la mitad de las personas detenidas, dado que la mayoría solo están procesados, recordemos) había logrado acceder a salidas transitorias. Es decir que de la población carcelaria total, según se deduce de las cifras del año 2012, menos del 5% logra acceder a salidas transitorias. Menos aún logran incorporarse a un régimen de semi libertad (1.230 en ese año, es decir, menos del 2% de la población carcelaria total).

Esto es lamentable dado que, pese a la mala prensa que asignan a estos institutos contados pero sonoros fracasos en los que personas favorecidas con estos regímenes de confianza son detenidas imputadas de haber cometido graves delitos, el 99,8 % de los incorporados a la modalidad de salidas transitorias logra cumplir las condiciones que les son impuestas y no vuelve a cometer delitos. En cambio, más del 28 % de los condenados que no logran acceder a salidas transitorias antes de obtener su libertad, sí vuelven a cometer delitos. Y mucho mayor es la tasa de reincidencia que presentan quienes ni logran siquiera su libertad condicional o asistida por sus bajas calificaciones y egresan por mero agotamiento de sus condenas. Este dato es generalmente ocultado o ignorado por quienes promueven una justicia draconiana, ignorando que ya lo es en exceso nuestra justicia penal y que, con ello, dilapida la única probada herramienta para reducir la reincidencia: la capacitación laboral y educativa y el acceso efectivo a la progresividad, que es el único mecanismo conocido para reducir la vulnerabilidad a la selección de quienes hoy se encuentran en prisión.

Esto ocurre en nuestro país, debe destacarse el dato empírico, pese a que la enorme mayoría de los internos registra conducta ejemplar (25.457), muy buena conducta (9.177) o buena conducta (8.960), y la mayoría de quienes tienen conducta ejemplar trabaja o estudia con buen rendimiento. Pese a ello, reitero, sólo el 5 % de la población carcelaria logra acceder a la modalidad más controlada de egreso (las salidas transitorias o semi libertad) que, precisamente, es la que registra la menor tasa de reincidencia.

V. El trabajo penitenciario remunerado

Cuando, excepcionalmente, el entrevistado no haya estado detenido antes⁶, con seguridad se sorprenderá al saber que en la cárcel es posible trabajar con remuneración. En las cárceles federales, además, es posible hacerlo con una retribución cercana al salario mínimo, vital y móvil (\$ 3.600 mensuales por 200 horas de trabajo fue el valor vigente en la Argentina entre el 1º de enero y el 31 de julio de 2014). En las cárceles bonaerenses, en cambio, solo accederán a una retribución de \$ 700 mensuales quienes obtengan trabajo para contratistas particulares, mientras que los demás que logren trabajar solo percibirán sumas mínimas, de valor simbólico (\$ 50 o 70 mensuales). Es lo que logran percibir en las otras cárceles provinciales en las que existen plazas laborales remuneradas. Por lo general, se las denomina “talleres de laborterapia” u otro eufemismo análogo que disimula la precariedad de la retribución.

Pero quien se encuentra detenido no se sorprenderá, aún si es la primera vez que lo está, cuando se le explique que la mayoría de los privados de su libertad no logran acceder al trabajo remunerado y que, cuando lo obtienen, sólo logran trabajar con remuneración durante hasta 40 horas por semana uno de cada seis internos en nuestro país. Los demás detenidos que logran trabajar solo obtienen ocupación por 30, 20 o 10 horas semanales y retribuciones proporcionales al tiempo que logran trabajar⁷.

Pese a lo que dice la ley respecto de que se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente (art. 107 inc. g de la ley 24.660), hoy no ocurre. Quienes perciben haberes por su trabajo en prisión no cuentan con obra social ni para ellos, ni para sus familiares; no reciben asignaciones familiares, es decir, asignaciones por hijos en edad escolar o con discapacidad, o por familia numerosa; no cuentan con vacaciones pagas, ni aguinaldo y tampoco cuentan con protección contra el desempleo, que les llegará indefectiblemente al recuperar su libertad.

Quienes se encuentran privados de su libertad deben ser informados de que la ley (en la norma citada), al menos, les acuerda estos derechos y que la omisión de implementarlos les da el derecho de demandar no solo

⁶ En nuestras cárceles, como en las del resto del mundo, el 70% o más de la población carcelaria no está detenida por primera vez y un porcentaje superior al 26% ya ha sido declarado reincidente. Los internos primarios, que según informa el Ministerio de Justicia de la Nación eran en el año 2012 el 69% de la población carcelaria, son los que no registran condenas, aun cuando ya hayan estado detenidos anteriormente.

⁷ Conforme los datos oficiales citados en la nota 1 para el año 2012.

su cumplimiento, sino una adecuada indemnización con intereses moratorios. Y que ello puede ser demandado en sede administrativa y también ante la Justicia Nacional del Trabajo de esta Ciudad o federal, o con competencia laboral en el interior del país⁸. Para realizarlo, es práctica usual en el fuero laboral que los abogados particulares no requieran adelantos de honorarios, salvo, tal vez, mínimos gastos, y luego cobran en función de acuerdos de honorarios que no pueden superar el 20% del monto obtenido como indemnización en la causa. También pueden recurrir a los abogados sindicales, dado que se ha creado hace ya un tiempo el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA)⁹, adherido a la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA).

Toda persona privada de su libertad debe ser informada de que el trabajo penitenciario remunerado, mal pagado o incluso sin retribución es evaluado a fin de decidir la promoción dentro de la progresividad, es decir, para resolver si quien está alojado en un establecimiento cerrado puede pasar a un establecimiento semi abierto o a uno abierto. También se evalúa si quien fue incorporado a la fase de socialización del período de tratamiento puede ser adelantado a la fase de consolidación o a la de confianza o si puede ser incorporado al período de prueba. Incluso la opinión respecto de la posibilidad de incorporar a un interno al período de libertad condicional puede verse afectada por una mala evaluación en este aspecto.

La ley 24.660, al asignar a la ejecución de las condenas privativas de la libertad personal la finalidad de lograr que los condenados adquieran la capacidad de comprender y respetar la ley (art. 1), adopta un objetivo legal que está condicionado en la práctica por graves carencias estructurales de infraestructura, presupuesto y recursos humanos, pero que, pese a ello, intenta ejecutarse en mayor o menor medida, al menos en los establecimientos penitenciarios (ya que ello no es posible respecto de quienes se alojan en calabozos de seccionales policiales y lugares análogos). La finalidad legal, en definitiva, es que durante la ejecución de las penas privativas de la libertad se procure ofrecer y motivar a aceptar herramientas cognitivas y entrenamientos que permitan al condenado adquirir capacidades que le faciliten tanto la comprensión como el respeto de la ley.

8 Acerca de esta cuestión puede verse el estudio sobre “El trabajo de las personas privadas de su libertad en la República Argentina” de la Dra. Elsa Porta publicada en la *Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, 6: 233 a 318 (ISSN N° 1850-1338), que dirijo y el artículo sobre el trabajo de los penados, de nombre homónimo pero contenido ampliado, publicado en la colección Temas de Derecho Laboral: 2014, *Regímenes especiales de trabajo*, 1, Buenos Aires: Errepar (ISBN 978-987-01-1678-3).

9 El Acta de la Asamblea Fundacional puede verse en: 2014. Ícaro. *Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad y el encierro*, 6: 229 y siguientes.

Para lograr este objetivo, que debe presidir la ejecución de las penas privativas de la libertad, la ley crea el régimen progresivo y un tratamiento que desde el año 1996 (con la sanción de la ley 24.660 que reemplazó la anterior ley penitenciaria federal) en sus aspectos fundamentales es voluntario, basado en la capacitación laboral y en el perfeccionamiento de la educación.

Hoy los aspectos obligatorios del tratamiento se limitan a exigir el respeto de las normas que rigen el orden, la disciplina y la convivencia en las cárceles y el trabajo, conforme expresamente lo establece la primera oración del art. 5 de ley 24.660, que también dispone que: "Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario".

La progresividad del régimen, además, ha dejado de ser secuencial, como la prevista en la anterior legislación (y especialmente en la anterior reglamentación) y ha pasado a ser esencialmente flexible, fundamentalmente, como mecanismo de atenuar el efecto de las prisiones preventivas prolongadas, que consumen parte sustancial de las penas, precisamente la que debería haber permitido el avance dentro del régimen progresivo.

Las personas privadas de su libertad deben saber que su incorporación al régimen penitenciario, cuando ya han purgado parte de la pena como procesados, debe ponderar su evolución personal y puede producirse mediante su incorporación directa al período de prueba o a la fase de confianza o de consolidación del período de tratamiento, si su evolución personal lo justifica. El art. 13 inc. "c" de la ley 24.660 especialmente autoriza al Consejo Correccional a indicar el período y fase de aquel y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado el condenado. Lo mismo se debe hacer saber a los procesados que se incorporan al Régimen de ejecución anticipada voluntaria de la pena.

VI. Las calificaciones de conducta y concepto

Las calificaciones de conducta de los condenados (art. 100 de la ley 24.660) valoran su desempeño en los aspectos obligatorios del tratamiento y las de concepto (art. 101) ponderan su evolución en los aspectos voluntarios.

En estas últimas se deberá basar el avance en la progresividad del tratamiento (conforme el art. 104 de la misma ley), por lo que la "voluntariedad" de estos aspectos dista de formarse libremente. Quienes deseen acceder a una mayor libertad durante la ejecución de su condena, es decir, todos los sometidos a penas que privan de la libertad, deberán cumplir los objetivos que se determinen en lo relativo al trabajo y al estudio, fundamentalmente. Que el condenado se arrepienta o admita su delito no solo no es algo que hoy la ley reclame, sino que no se puede exigir sin invadir, sin lugar a duda,

la esfera de privacidad de las personas constitucionalmente tutelada (art. 19 CN). Lo que ocurre en el interior de la mente de quien está privado de su libertad escapa a la autoridad de los jueces y, por ello, también a la de los funcionarios penitenciarios.

La ley, reitero, exige para permitir el avance en la progresividad que el condenado haya mejorado (haya tenido una evolución personal favorable) su educación perfeccionando su instrucción y que trabaje, además de haber mantenido contacto con sus familiares en pos de profundizar sus lazos de unión¹⁰.

El diagnóstico y pronóstico criminológico que el art. 13 de la ley 24.660 obliga a efectuar al confeccionar durante el período de observación el tratamiento penitenciario individual, que fija los objetivos que debe cumplir el interno, hoy debe ponderar en particular la evolución personal del interno y no ya su "personalidad". La evolución personal no puede determinarse mediante un mero juicio de valor, requiere un contenido fáctico verificable basado en datos de la realidad contrastables. Por ejemplo: es indiscutible que uno tiene una evolución favorable en el área laboral cuando no registra inasistencia ni impuntualidades, trabaja aplicadamente y demostrando interés en las tareas que le son encomendadas y cumple con las normas de seguridad e higiene laboral y las reglas del arte en el trabajo de que se trata. Es lo que por expresa disposición reglamentaria debe informar el personal penitenciario al jefe de la división trabajo el último día hábil de cada mes respecto de cada persona condenada cuyo trabajo supervisa (conf. art. 62, apartado I del Reglamento de las modalidades básicas de ejecución aprobado por el Decreto n° 396/99).

No se ha previsto que estos informes sean comunicados a los internos ni a su defensa. No estará demás pedir vista de ellos. Sobre todo cuando se desee objetar la calificación de concepto asignada a un condenado o a un procesado incorporado al Régimen de ejecución anticipada voluntaria. Podrá, entonces, discutirse lo que no se ajuste a la verdad, ofreciendo la prueba pertinente, de ser necesario, en la respectiva incidencia de ejecución ante el tribunal competente. La favorable evolución laboral se trata, finalmente, de un hecho objetivo que puede acreditarse y probarse.

Para determinar, entonces, la evolución personal del condenado será relevante, inicialmente, considerar los factores individuales y sociales que favorecieron su actual condena, pero también ponderar su evolución posterior

10 Aquí sigo el tratamiento que he dado a la cuestión en el artículo: "Acerca de las calificaciones de los condenados". En: *Jurisprudencia Argentina*. Número especial 2006 – III sobre Ejecución Penal: 36 y siguientes. Buenos Aires. ISBN 987-592-142-4 / Fascículo n° 5.

a su detención, durante la cual habrá habido oportunidad de evaluar su desempeño durante el tiempo en que se haya prolongado la prisión preventiva.

Para actualizar dicho pronóstico, la ley solo autoriza a ponderar la evolución personal del interno en su tratamiento individual. Así lo impone el art. 101 de la ley 24.660: “El interno será calificado [...] respecto del concepto que merezca. Se entenderá por concepto [a] la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de reinserción social.”

La circunstancia de que el condenado haya demostrado hábitos de trabajo y haya mejorado su educación –de lo que se infiere, además, necesariamente su capacidad de autocontrol y la de respetar la disciplina y el orden carcelario– es lo que la ley exige para permitir el avance dentro del régimen de la progresividad e incluso la posibilidad de acceso de los internos a la libertad condicional y asistida (conforme lo previsto por el art. 104 de la ley 24.660). Esto debe informarse desde el primer momento a toda persona privada de su libertad.

VII. La educación en las cárceles

Quienes se encuentran detenidos deben saber que la mayor parte de las personas privadas de su libertad no logran participar de ningún programa educativo, pese a que lo necesitan de modo acuciante. Por ello, aunque en su abrumadora mayoría los privados de su libertad no han logrado completar sus estudios primarios o secundarios¹¹, casi todos seguirán sin haber avanzado en ellos al salir de la cárcel. Y no por falta de interés o deseo, sino por falta de plazas suficientes.

Los que logran incorporarse a la Escolaridad General Básica (menos de uno de cada seis internos), o Polimodal (una proporción análoga), además, abandonarán casi sin excepción dichos estudios al recuperar su libertad, dado que nada adecuado se ha implementado para promover que continúen los estudios¹². Por lo que quizás el defecto más grave de nuestras cárceles,

11 Segundo los datos antes citados del año 2012 solo el 7% de la población carcelaria tiene estudios secundarios completos y el 40% logró completar la enseñanza primaria.

12 La ley 26.695 modificó el capítulo VIII de la ley 24.660 relativo a la educación en prisión para garantizar que se notifique a los internos de modo fehaciente su derecho a la educación y el régimen de estímulo educativo reglado en el actual texto dado al art. 140 de la ley y para que se adopten las medidas necesarias para mejorar sus capacidades e instrucción (nuevo texto del art. 137), le asigna al Ministerio de Educación de la Nación la coordinación estratégica de los mecanismos necesarios para la adecuada satisfacción de las necesidades educativas (nuevo art. 138), y facultá, incluso, a los jueces a asegurar la continuación de los estudios

luego de su militarización durante las dictaduras militares del siglo pasado, con todas sus consecuencias¹³, sea desaprovechar la oportunidad de subsanar ese déficit educativo que caracteriza a la población penitenciaria.

Seguramente la reforma más importante en este tema, llamada a tener importantes efectos en el mediano plazo, es la adopción por la ley 26.695 del mecanismo del estímulo educativo en la redacción dada al art. 140 de la ley 24.660. Sobre este tema me he ocupado con algún detalle en otro lugar¹⁴.

Debe informarse a los internos que logran estudiar que el último día hábil de cada mes también los docentes deben informar al jefe de la sección educación sobre la asistencia a clases, el provecho y dedicación demostrado por los internos alumnos y su participación y actitudes durante las actividades culturales o deportivas. Así lo impone expresamente el art. 62 apartado IV del ya citado Reglamento de las modalidades básicas de la ejecución.

Esta información, nuevamente, no se ha previsto que sea comunicada ni a los internos, ni a su defensa, ni a los propios docentes. Aunque los jefes de las secciones de educación de las cárceles son funcionarios penitenciarios militarizados, no lo son los docentes al frente de los cursos en el nivel secundario y ahora tampoco en el nivel primario en el Complejo Penitenciario Federal de la Capital Federal (aunque sigue habiendo docentes primarios militarizados en las cárceles federales del interior del país). Los profesores y maestros que dan clases en prisión, dado que no se les da intervención en la confección de estos informes de contenido pedagógico respecto de alumnos a su cargo, lógicamente objetan este procedimiento y mayoritaria-

correspondientes a escolaridad obligatoria (10 años de educación formal) en el medio libre (nuevo art. 142). Estas disposiciones, por ser desconocidas incluso por quienes deben implementarlas, aún son letra muerta, al igual que el sistema de información público accesible sobre la demanda y oferta educativa creado por el nuevo texto del art. 141 de la ley.

13 Sobre el problema de la militarización de las cárceles argentinas y sus consecuencias me he extendido en los artículos: 2010. "La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura". En: *Taripawi, Revista de Estudios sobre Sociedad y Justicia*, 1: 38-53 (ISSN 1853-1776); y 2011 "La prevención de la tortura en algunas provincias argentinas" (versión resumida). En: *Taripawi, Revista de Estudios sobre Sociedad y Justicia*, 2: 40-56 (ISSN 1853-0877); y en el artículo "La prevención de la tortura en algunas provincias argentinas" (versión completa) publicado bajo mi dirección en 2011 *Ícaro, Revista de Derecho de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, 5: 237-293 (1850-1338). El Informe Final de las investigaciones que he dirigido sobre el asunto en la Secretaría de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UBA y en el programa UBA-NEX ha sido publicado en el capítulo XVIII "Muerte en prisión". En: Zulita Fellini (dir.) 2014. *Ejecución de la penas privativas de libertad*: 449-550. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L. (ISBN 978-950-741-642-2).

14 Puede verse sobre este tema mi artículo: "Estímulo educativo: la correcta hermenéutica gramatical y teleológica del adelantamiento de los plazos de la progresividad penitenciaria". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5: 816-831 (ISSN 1851-0353).

mente retacean esta información, en la medida de sus posibilidades. Bueno sería que se les diese adecuada participación con control sobre la redacción final de los informes relativos a sus alumnos, dada su importancia para resolver sobre el avance en la progresividad.

La defensa, ante este estado de cosas, sin embargo, puede solicitar vista de estos informes y los internos deben enterarse de su contenido y tienen derecho a objetarlo, incorporando la información faltante, si la hubiera, o corrigiendo la que es errónea o discutible. En especial teniendo en cuenta que de ello dependerá su avance en la progresividad (conforme lo previsto por el ya citado art. 104 de la ley 24.660 y por el art. 62 apartado IV del reglamento aprobado por el Decreto 296/99 que lo reglamenta).

VIII. La reinserción socio familiar y el desarraigo forzado

Se alegrará, seguramente, quien se encuentra detenido, al ser informado de su derecho a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su familia, amigos, allegados, abogados y representantes de ONG y reparticiones oficiales que se interesen por su reinserción social (conf. art. 158 de la ley 24.660). Esta alegría, inevitablemente, se verá empañada cuando se le informe que la ejecución de una condena por lo general comienza por los establecimientos penitenciarios de régimen cerrado que, en el ámbito federal, están ubicados en Rawson, provincia de Chubut (U. 6), Resistencia, provincia del Chaco (U. 7) o en la capital de la provincia de Neuquén (U. 9), a más de mil kilómetros de la Capital Federal. Algo análogo padecerán los condenados bonaerenses, relegados a los penales del despoblado interior de la provincia, una de las más extensas del país, o los detenidos federales del interior del país, también obligados a deambular por las cárceles federales ubicadas, sin excepción, en las provincias menos pobladas del país.

Los internos por lo general no saben, en cambio, que cada último día hábil del mes el personal penitenciario a sus órdenes informa al jefe de la sección Asistencia Social sobre el trato que han mantenido los condenados con sus familiares, allegados u otros visitantes y, en general, sobre las comunicaciones que han tenido con el exterior. Que un interno no se ocupe de sus hijos, esto es, los ignora, o no reconozca su paternidad, o no cumpla en la medida de sus posibilidades con sus obligaciones alimentarias, o si abusa de sus familiares imponiéndoles gestiones superfluas o que no les competen, o protagoniza escenas de violencia doméstica o inapropiadas, como intentar mantener relaciones sexuales en ámbitos inadecuados de la cárcel, por ejemplo, son aspectos que no faltarán en estos informes, en los que, en cambio, debe intentar que se destaque las actitudes de cuidado y protección respecto de los hijos y demás familiares y visitantes, el buen trato y las demás conductas que indiquen una evolución personal favorable.

Una vez más, pedir vista de estos informes, lo que no se ha previsto comunicar a los internos ni a su defensa, y ponerlos en conocimiento de los internos para permitir que formulen las observaciones pertinentes, es una buena práctica que debe adoptar todo defensor.

IX. Los presos sin condena

Será necesario explicar a quien se encuentra detenido y con posibilidad cierta de ser condenado que, en primer lugar, lo que conspira contra la aplicación de un régimen progresivo a la ejecución de las penas privativas de la libertad es la desmesurada duración de las prisiones preventivas. El citado Informe Anual del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena determinó en el año 2012 que la mayoría de las personas privadas de su libertad estaban procesadas (50%) y no condenadas (48%). Más del 40% de los presos preventivos detenidos en el ámbito federal, puede agregarse, llevan detenidos más de dos años en tal condición. Dado que la mayoría de las penas de prisión o reclusión impuestas por nuestros tribunales (el 61% conforme las cifras del año 2012) están en el rango de los 6 a 9 años de duración y el 36% en el que dura de 3 a 6 años, tales prisiones preventivas por lo general ya habrán conculado toda posibilidad de progresividad de la ejecución de la pena, dado que son muy numerosos los casos de internos excarcelados bajo el régimen de libertad condicional al que pueden aspirar quienes han cumplido dos tercios de las penas privativas de la libertad (conforme el art. 13 del Código Penal).

Peor aún, dichas excarcelaciones en términos de libertad condicional, en realidad, se tramitan y conceden pasado ya con creces ese término legal. Algo que jamás ocurrió sin grave escándalo en la justicia penal de la Capital Federal, incluso durante la última dictadura militar, pero que hoy es moneda corriente ante los Tribunales Orales en lo Criminal de esta ciudad, que acuerdan penas (en procedimientos sin juicios contradictorios) que deberían haber permitido la excarcelación en términos de libertad condicional o asistida (por haberse ya superado los dos tercios de la pena impuesta en la sentencia negociada o restar seis meses para el agotamiento de la pena temporal), que comunican para su ejecución, sin resolver los pedidos de libertad, que entonces se acumulan en los colapsados juzgados nacionales de ejecución penal de la Capital Federal, que los resuelven a las calendas griegas, casi sin excepción.

Quién está detenido con prisión preventiva, por definición, no está sujeto a un régimen progresivo, sino a una medida cautelar tendiente a garantizar que no frustrará el objeto del proceso penal (que no es otro que someterlo, en caso de ser condenado, a una pena privativa de la libertad cuya ejecución debería ser progresiva). Sin embargo, esto es insostenible.

X. El Régimen de ejecución penal anticipada: ¿prisión preventiva con semi-libertad?

Ya que en nuestro país no es posible respetar la presunción de inocencia, dadas los defectos que presenta nuestra legislación ritual¹⁵ y la práctica viciosa de nuestros tribunales, que no aceptan juzgar por delitos a los que podrá corresponder pena de cumplimiento efectivo para personas en libertad (siempre, como regla general, deben estar detenidos), ni entienden que deban acotar temporalmente la duración de las prisiones preventivas, al menos se ha diseñado un mecanismo para dotar de progresividad a las prisiones preventivas abusivas para que no se ejecuten de modo más grave que las eventuales penas privativas de la libertad cuya ejecución pretenden garantizar, que si llegaran a ser impuestas, deberían estar sujetas a la progresividad.

En otras palabras, se ha diseñado un mecanismo no para poner fin a la abusiva duración de las prisiones preventivas, sino para permitir que quienes son presos preventivos puedan también, sobre la base de su favorable evolución, avanzar en un Régimen de ejecución anticipada voluntaria por todas las fases del período de tratamiento e, incluso, incorporarse a la modalidad de salidas transitorias o semi-libertad.

Esto último es un dato al parecer secreto, dado que en los hechos esta posibilidad no es siquiera pedida cuando debió proceder, sin excepción, basada en el texto expreso de la ley y de su reglamentación, en todos los casos en los que se logra la excarcelación por haberse cumplido un tiempo de prisión preventiva que, de haber sentencia firme, permitiría obtener la libertad condicional. Casos en los que antes de que esto ocurra, los procesados que reunían los requisitos reglamentarios deberían haber sido incorporados a salidas transitorias. Y estos casos comprenden, lamentablemente, al menos la mitad de las penas dictadas a personas detenidas que se comunican para su ejecución en la Capital Federal. Penas por las que, reitero, de haber sido progresiva la ejecución, sin excepción debió haberse alcanzado el período de prueba, con el consiguiente alojamiento en un establecimiento penitenciario abierto, basado en el principio de la auto-disciplina y la incorporación a la modalidad de salidas transitorias y semi-libertad.

15 Señalados a la Argentina tanto por el Comité de Derechos Humanos como por el Comité Contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas al analizar los informes periódicos de la Argentina sobre las dificultades para implementar los compromisos asumidos al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Contra la Tortura, respectivamente.

El título IV del Reglamento general de procesados¹⁶ autoriza hoy a los procesados que han sido calificados durante al menos un trimestre y han merecido calificación buena cinco, que trabajen con regularidad o hayan solicitado hacerlo y asistan a los cursos que tengan pendientes para completar la educación obligatoria o lo hayan solicitado, a pedir su incorporación anticipada al régimen de ejecución de la pena (conforme el art. 35 del reglamento).

Los internos deben ser informados por su defensor sobre esta posibilidad que, claro está, no implica admitir culpabilidad alguna y facilitará, en cambio, la mejoría en las condiciones de alojamiento y el avance en la progresividad, al que hoy pueden acceder incluso sin haber sido condenados, aunque no hayan conseguido trabajar o estudiar si, al menos, lo han solicitado documentadamente. No comparto la crítica que efectuó Marcos Salt (1999)¹⁷ a este régimen de ejecución anticipada de pena. Ninguna duda tengo acerca de que la prolongación abusiva de la prisión preventiva viola la presunción de inocencia. Así nos los han señalado los órganos de control de los compromisos internacionales que hemos asumido en materia de derechos humanos, como ya señalé (ver la nota 13 de este texto). Es el encierro abusivo en calidad de procesado lo que vulnera la presunción de inocencia.

En cambio, este régimen permite dotar de progresividad a estas medidas cautelares abusivas con lo que, al menos, no serán aún más severas y graves que las penas cuya ejecución pretenden garantizar. Es cierto que presupone que subsista la anomalía de base, esto es, la detención abusiva de inocentes; pero esto no es algo que se vaya a subsanar en lo inmediato en nuestro país ni en la región. Y no se verá ni estimulado ni convalidado por este régimen voluntario que en nada altera el deber y la garantía constitucional, también conculcada en estos casos. En cambio, este mecanismo, hoy desaprovechado, puede mejorar la situación de la mayor parte de la población carcelaria hoy privada de la progresividad que la ley 24-660 establece y que, por su art. 11, debería aplicarse también a los procesados.

El art. 37 del Reglamento general de procesados, en su texto dado por el decreto 1464/07, dispone que mientras no recaiga sentencia condena-

16 Este Reglamento es anterior a la ley 24.660, dado que fue aprobado por el Decreto 303/96 del 26 de marzo de 1996 y modificado, luego de su sanción, por el decreto n° 18/97 (que aprobó, además, el reglamento de disciplina aplicable también a los procesados) y, más recientemente y permitiendo incorporar a los procesados a la modalidad de salidas transitorias, por el decreto n° 1464/2007 (BO 19/10/2007) firmado por el anterior presidente Néstor Kirchner.

17 En "Los Derechos Fundamentales de los Reclusos: España y Argentina", Editorial Del Puerto, 1ra. Edición, 1999, Bs. As., de Iñaki Ribera Beiras y Marcos Salt. Salt cuestionó ya el régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria creado por un decreto del presidente Carlos Menem con el argumento comentado.

toria firme, el procesado incorporado a este régimen puede ser incorporado solo hasta la fase de confianza del período de tratamiento, pero que si recayó sentencia no firme recurrida solo por la defensa podrá ser promovido al período de prueba y, con ello, incorporado a las modalidades de salidas transitorias o semi-libertad. En mi opinión, este texto, que mejoró la regulación respecto del texto original, quiso restringir esta posibilidad solo cuando el fiscal o la querella reclaman una pena cuya efectiva y firme imposición impediría considerar cumplido el requisito temporal (de haber purgado ya la mitad de la condena, conforme lo previsto por el art. 17, apartado I inc. a de la ley 24.660). Claro que este estándar vulnera la presunción de inocencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Peirano Basso v. Uruguay* ha aprobado, en cambio, un estándar basado no en las penas pedidas por el fiscal o impuestas por sentencia no firme, sino en las previstas en el mínimo de la escala penal del delito imputado¹⁸. Aunque, en mi opinión, también con ello se vulnera la presunción de inocencia (pues se habilitan prisiones preventivas de cinco años y cuatro meses en el caso de los homicidios simples o de más de veinte años en los homicidios calificados), es preferible esta solución antes que criterios como los de nuestra Corte Suprema respecto de los delitos de lesa humanidad, nada humanitarios, lamentablemente¹⁹.

Es cierto que uno puede preguntarse qué sentido tiene otorgar salidas transitorias a quien se mantiene cautelarmente privado de su libertad; pero el sentido es evitar que la prisión preventiva sea desproporcionada respecto de la pena en expectativa. La pregunta correcta, en todo caso y en esto coincido seguramente con Marcos Salt, es: ¿por qué no se excarcela a quien ya estuvo tanto tiempo detenido que, de haber sido condenado por sentencia firme, ya podría encontrarse en el régimen de semi-libertad?

18 En el Informe nº 86/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.553, decisión sobre el fondo en el caso *Jorge, José y Dante Peirano Basso v. República Oriental del Uruguay*, el 6 de agosto de 2009, en el punto 91, se dijo: "Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso."

19 Sobre el estándar adoptado en esta materia por la Corte Suprema en el caso "Acosta", puede verse el artículo de mi autoría citado en la nota 10, especialmente páginas 534 y siguientes.

XI. Lo que los detenidos deben saber sobre la progresividad y las calificaciones

Los detenidos, por ello, deben ser informados de que la ley prevé que la progresividad comprenderá cuatro períodos: el de Observación, el de Tratamiento, el de Prueba y el de Libertad Condicional (art. 12 de la ley 24.660).

Durante el período de Observación se debe confeccionar el Tratamiento penitenciario individual. Esto no es función de las autoridades penitenciarias militarizadas, sino de un organismo técnico-criminológico: el Consejo Correccional, integrado en su mayoría por profesionales universitarios. Lo preside el director del establecimiento que, conforme lo dispone la ley para todo nuestro país, también debe ser un profesional universitario (art. 202 de la ley 24.660). Designado, incluso, por concurso público abierto, de no ser posible cubrir el cargo mediante concursos internos (art. 203 del mismo texto legal)²⁰.

XII. ¿Recusar o denunciar penalmente al director del penal?

Esta disposición legal hoy no se está cumpliendo. Ello pese a que configura el delito de nombramiento ilegal (art. 253 del Código Penal) el proponer o nombrar para desempeñar un cargo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales (y la ley exige título universitario afín a la función para dirigir un establecimiento penitenciario) y también es delito el aceptar tal designación (artículo citado del Código Penal, segundo párrafo), es decir, tanto el designar como el asumir la función de director de una cárcel careciendo del título universitario afín a la función que requiere la ley configuran un delito. Esta conducta no es criminalizada por el sistema penal ya por razones de selectividad primaria del sistema. Sólo se ha previsto, pese a la gravedad evidente de poner a una persona no calificada adecuadamente a cargo de una cárcel, pena de multa y de inhabilitación

²⁰ Los artículos pertinentes de la ley 24.660 dicen: "Art. 202: La conducción de los servicios penitenciarios o correccionales y la jefatura de sus principales áreas así como la dirección de los establecimientos deberán estar a cargo de [...] personal penitenciario con título universitario de carrera afín a la función." Art. 203: "Las funciones comprendidas en el artículo anterior se cubrirán por concurso interno. Entre los requisitos se exigirá, además, experiencia y capacitación administrativa, un adecuado perfil para el cargo y otras condiciones que fijen los reglamentos. Cuando por dos veces consecutivas un concurso interno se declarase desierto, se llamará a concurso abierto de antecedentes y oposición". Y el art. 225: "Las disposiciones de los artículos 202 y 203 comenzará[n] a regir a partir de los diez años de la entrada en vigencia de esta ley. La administración penitenciaria brindará el apoyo necesario para que el personal actualmente en servicio pueda reunir el requisito del título universitario en el plazo previsto en el apartado anterior, a cuyo efecto podrá celebrar convenios con universidades oficiales o privadas". La ley 24.660 fue publicada en el Boletín Oficial el 16-07-1996, por lo que estas disposiciones rigen desde julio del año 2006 en todo el país.

especial para reprimirla en el texto original del Código Penal de 1921. Y la ley 26.394, que modificó el artículo, meramente actualizó el monto de la multa. La impunidad, no obstante, de la práctica que actualmente se verifica en todos los establecimientos penitenciarios del país, cuyos directores solo por excepción cuentan con el título universitario que la ley exige, es obra del proceder corporativo que caracteriza a los sistemas de selección secundarios²¹, favorecido por el general desconocimiento de estas normas, sobre las cuales se me ha solicitado ocuparme en este artículo.

El defensor diligente, en mi opinión, debe hacer saber a toda persona privada de su libertad su derecho a que el consejo correccional que confec-cionará su historia criminológica decida sobre su alojamiento y lo evalúe periódicamente para resolver sobre su evolución en el régimen progresivo, sea presidido por un profesional con título universitario, como lo prevé la ley ya vigente en este punto. También debe saber que igual idoneidad se exige a quien aplica el régimen disciplinario en la cárcel (lo que solo puede hacer el director, conforme el art. 81 de la ley 24.660, que debe ser leído de modo concordado con el art. 202).

Esta es una información con la que hoy no cuenta ninguna persona pri-vada de su libertad. Debe poder decidir, quien está privado de su libertad, teniendo en cuenta el funcionamiento selectivo del sistema penal, según sus posibilidades de acuerdo a su propia vulnerabilidad a esa selección, la estra-tegia más útil a sus intereses: con seguridad una denuncia penal contra el director inidóneo del penal no será su primera opción. Posiblemente la anu-lación de los actos en los que interviene quien carece del título habilitante que hoy la ley exige pueda ser una opción mejor en muchos más casos. La recusación podría intentarse como una vía que, además, al interpelar direc-tamente a la administración, tal vez colabore con subsanar este despropósito.

XIII. La importancia de las calificaciones de conducta y concepto

Aunque no tengan conciencia del asunto, bien saben los detenidos en calabozos policiales que nadie los ha entrevistado con motivo de su deten-ción, ni les ha sido informada la existencia de un Régimen de ejecución an-ticipada voluntaria, ni ha sido confeccionado su tratamiento penitenciario individual, ni les fueron informados los objetivos a cumplir para avanzar en la progresividad que debería caracterizar a su tratamiento penitenciario,

21 Sobre los mecanismos de selección primarios y secundarios de las conductas efectiva-mente criminalizadas por los sistemas penales, puede verse Günter Stratenwerth. 1982. *De-recho Penal, Parte General I, El Hecho Punible*, parágrafo 17 B: 7 y siguientes. Traducción de Gladys Romero. Madrid: Ed. Edersa.

por lo que de poco le servirían tales calificaciones de su conducta y concepto que, además, tampoco serán efectuadas ni trimestralmente, ni semestralmente, ni mientras estén en esa situación.

En tales casos solo les interesará conocer qué considerarán suficiente el fiscal y el juez competentes para autorizar su acceso, si bien no a la progresividad del régimen, dado que difícilmente sean incorporados desde un alojamiento tal a regímenes de autodisciplina o de régimen abierto, al menos, para que les sea concedida la libertad condicional o asistida.

Con seguridad se informará a los jueces sobre la opinión acerca de los internos de los funcionarios de la prefectura naval, gendarmería nacional o los policías que estén a cargo de su custodia, pero nada bueno vinculado con su tratamiento penitenciario, del que nadie se habrá ocupado, saldrá de dichos informes.

José Daniel Cesano (2005), a quien he citado antes sobre este punto, comentando un caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén en ejercicio de su competencia casatoria en el que se había denegado la incorporación de una interna al régimen de las salidas transitorias por no poseer conducta “ejemplar”, luego de explicar que la calificación de los condenados tanto de conducta como de concepto es un acto administrativo afirmó que, precisamente, uno de los requisitos del acto administrativo señalado por la doctrina es el de la motivación y que se entiende por tal a la “exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto”, dicha motivación está exigida de modo expreso por el segundo párrafo del art. 100 del decreto 396/1999 –que aprobó el Reglamento de las modalidades básicas de la ejecución de la pena privativa de la libertad– que dispone que: “[...] las opiniones serán fundadas, dejándose constancia en el acta respectiva”.

Y concluye el punto destacando que la omisión de la exigencia de motivación acarrea la imposibilidad de ejercer un control de legalidad y razonabilidad sobre la actuación de la autoridad administrativa y priva al interno del debido ejercicio de su derecho de defensa.

XIV. Buenas prácticas para la defensa

Los defensores diligentes, en mi opinión, deben informar a toda persona detenida que es su derecho y que puede favorecer su avance en la progresividad e incidir, incluso, en su posibilidad de obtener libertad condicional o

asistida e incluso la conmutación o indulto²² si solicita trabajar y estudiar. Si, además de pedirlo, consiguen hacerlo, será aún mejor para ellos, dado que indudablemente conseguirán reducir su vulnerabilidad personal a la selectividad con la que opera el sistema penal de modo proporcional a sus logros, además de ver atemperado el rigor de su situación al acceder al tratamiento dispensado a las categorías de internos trabajadores, estudiantes o avanzados en la progresividad.

Es conveniente que estos pedidos se efectúen por escrito en sede administrativa, y que conserven copia con cargo de recepción los detenidos y su defensa, además de informar siempre estas gestiones al juez competente, cuya intervención corresponderá peticionar en los casos en los que no se obtenga respuesta favorable.

Las personas detenidas deben tener claro que pueden obtener, si efectúan tales pedidos, su incorporación al Régimen de ejecución anticipada voluntaria y que ello les puede permitir avanzar hasta ser incorporados a salidas transitorias, incluso antes de haber sido condenados por una sentencia firme, cuando no logran ser excarcelados.

Les debe ser comunicado documentadamente que deben ser calificados en su conducta y concepto conforme a los baremos aquí mencionados, valorados por un equipo interdisciplinario conducido por un profesional universitario. Y que pueden cuestionar la intervención en su calificación o en la imposición de una eventual sanción disciplinaria por parte de quien carece de la idoneidad técnica que la ley le exige, así se trate del propio director de la cárcel. Será ocupación, en todo caso, de los fiscales radicar las denuncias penales pertinentes por designación de funcionario público y aceptación de esa designación ilegal.

Deben tener bien en claro, además, las personas privadas de su libertad, tanto las condenadas como las incorporadas al Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria o incluso quienes no están incorporados a ningún régimen de tratamiento, que pueden acceder a sus historias criminológicas o legajos penitenciarios y también a sus evaluaciones mensuales, que son elevadas el último día hábil de cada mes y son trimestrales (efectuadas en marzo, junio septiembre y diciembre) e impugnarlas cuando no se ajustan a los baremos legales aquí explicados.

22 Conforme el art. 104 de la ley 24.660, mal que les pese a nuestros últimos presidentes, que sistemáticamente han omitido considerar los pedidos de conmutación, incluso los que han merecido opinión favorable de la Junta de Egresos Anticipados. Algo análogo ocurre con los gobernadores provinciales, que también han olvidado la su facultad de ejercer piedad.

Los internos deben ser informados de que no siempre se preserva la confidencialidad de sus historias clínicas en la cárcel, dado que no es raro que se encuentren acollaradas a los legajos penitenciarios, dodo que no existe en ninguna cárcel, dada la militarización que las afecta, un ámbito apropiado para su resguardo bajo control médico exclusivo. Deben también ser informados de que las entrevistas y anamnesis para la confección de su historia criminológica, aunque sean efectuadas por médicos, psiquiatras, psicólogos u otros profesionales con delantales y estetoscopios no son secretas y la confidencialidad no rige respecto de cuanto allí informan que, por el contrario, será usado en su contra, si corresponde.

Hoy nadie informa a quienes están privados de su libertad de estas circunstancias particularmente relevantes. Tampoco saben que es su derecho y les conviene obtener copia de ambas, de su historia clínica y criminológica, en la que, además, estará verazmente informada su situación legal en todas las causas que registran, lo que, por sus circunstancias vitales, por lo general, desconocen.

Bibliografía

Cesano, José Daniel. 2005. "La revisión jurisdiccional de la calificación de conducta y la concesión de salidas transitorias: a propósito de ciertas interpretaciones jurisprudenciales". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 13: 1341 y ss.

Delgado, Sergio. 2006. "Acerca de las calificaciones de los condenados". En: *Jurisprudencia Argentina*. Número especial 2006 – III sobre Ejecución Penal: 36 y siguientes. Buenos Aires. ISBN 987-592-142-4 / Fascículo n° 5.

Delgado, Sergio. 2010. "La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura". En: *Taripawi, Revista de Estudios sobre Sociedad y Justicia*, 1: 38-53 (ISSN 1853-1776).

Delgado, Sergio. 2011a. "La prevención de la tortura en algunas provincias argentinas" (versión resumida). En: *Taripawi, Revista de Estudios sobre Sociedad y Justicia*, 2: 40-56 (ISSN 1853-0877).

Delgado, Sergio. 2011b. "La prevención de la tortura en algunas provincias argentinas". En 2011 Ícaro, *Revista de Derecho de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, 5: 237-293 (1850-1338).

Delgado, Sergio. 2014. "Muerte en prisión". En: Zulita Fellini (dir.). *Ejecución de la penas privativas de libertad*: 449-550. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L. (ISBN 978-950-741-642-2).

Delgado, Sergio. 2012. "Estímulo educativo: la correcta hermenéutica gramatical y teleológica del adelantamiento de los plazos de la progresividad penitenciaria". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5: 816-831 (ISSN 1851-0353).

Günter Stratenwerth. 1982. *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho Pponible*, parágrafo 17 B: 7 y ss. Traducción de Gladys Romero. Madrid: Ed. Edersa.

Salt, Marcos e Iñaki Ribera Beiras. 1999. *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos: España y Argentina*. Buenos Aires: Editorial del Puerto

Porta, Elsa. 2006. "El trabajo de las personas privadas de su libertad en la República Argentina". En: *Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, 6: 233a 318 (ISSN N° 1850-1338).

"El trabajo de los penados", de nombre homónimo pero contenido am-

pliado, publicado en la colección Temas de Derecho Laboral: 2014, *Regímenes especiales de trabajo*, 1, Buenos Aires: Errepar (ISBN 978-987-01-1678-3).

El castigo dentro del castigo

El régimen de sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciarío a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

Silvia Edith Martínez¹

I. Introducción

El régimen de sanciones disciplinarias en centros de detención se encuentra regulado en el capítulo IV de la Ley de Ejecución de las Penas (ley 24.660); y en el orden federal, en el Decreto del PEN 18/87, reglamentario de la Ley de Ejecución.

El sistema infraccional que resulta de la conjunción de ambas normas, adolece de graves problemas de validez a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, también bajo el prisma constitucional.

En efecto, sometidas las normas en cuestión a un escrutinio convencional y constitucional, surge la imposibilidad de compatibilizarlas con el principio de legalidad, con el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial e independiente y con la garantía del debido proceso.

Procuraré dar cuenta de esta afirmación a lo largo de este artículo.

II. El control de convencionalidad

Corresponde en primer término recordar que mediante la reforma constitucional de 1994 se concertó jerarquía constitucional –por medio del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional– a un importante número de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹ Defensora Pública Oficial en lo Criminal, Defensora Pública Interamericana y Profesora Adjunta Interina (UBA).

Sin perjuicio de que las normas internacionales de derechos humanos ratificadas por la República Argentina ya resultaban de aplicación obligatoria en el orden interno por imperio del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados² y por el desarrollo alcanzado por el derecho internacional, lo cierto es que la incorporación de los tratados en nuestro texto constitucional contribuyó a darles visibilidad y generó grandes cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A partir de 1994, la Corte Suprema reconoció expresamente la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su competencia para interpretar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, al resolver en el caso “Espósito”³, la Corte sostuvo:

Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.

Tal criterio fue reiterado en el caso “Derecho”⁴, de fecha 29 de noviembre de 2011, oportunidad en que se aplicaron las consideraciones efectuadas en el precedente “Espósito” y se afirmaba:

8º) [...] que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las

2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Art. 46. *Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados*. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

3 CSJN, “Espósito, Miguel Ángel”, 23 de diciembre 2004, *Fallos* 327:5668.

4 CSJN, c. 24079, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, Rta 29/11/2011, Considerando 4º del voto de la mayoría. *Fallos* 334:1504

obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En el caso “Videla”⁵ el tribunal ya había insistido en el punto.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos configura una guía para la interpretación de las normas locales, habida cuenta de que el Estado Argentino reconoció su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y todas las normas locales deben ser escrutadas a la luz de la Convención como condición para su validez.

Por su parte, la doctrina de la Corte IDH es clara en cuanto a la obligación de efectuar el control de convencionalidad en cabeza de los Estados que ratificaron la Convención. En el caso *Almonacid Arellano v. Chile* se indicaba:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de con-

⁵ CSJN, “Videla”, 31/08/10. “8º) [...] que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

vencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁶.

Más tarde, en los casos Cabrera García⁷, Gomes Lund⁸, Ibsen Cárdenas⁹ y Vélez Loor¹⁰, la Corte IDH puso especial énfasis en el deber de los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana.

Se ha señalado que el uso del concepto “control de convencionalidad” en la Corte IDH proviene del voto concurrente del ex juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang* (Hitters 2009, 110). Este control consiste, básicamente, en el análisis de compatibilidad entre la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, por una parte, y las disposiciones del derecho interno de los Estados, por la otra.

El fundamento jurídico del control de convencionalidad se encontraría en dos principios de derecho internacional: (1) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; y (2) no es posible alegar el derecho interno para incumplir dichas obligaciones, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Sagüés 2009, 120).

Es evidente que la Corte IDH, en el ejercicio de su jurisdicción, realiza este control de convencionalidad para determinar la responsabilidad internacional de un Estado por el dictado o aplicación de una norma interna incompatible con la Convención. Sin embargo, lo que interesa destacar aquí es que, a partir del caso “Almonacid Arellano” ya citado, la Corte IDH ha hecho expresa referencia a este concepto para establecer que los poderes judiciales de los Estados deben también realizar un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, y agregó que, en esta tarea, la judicatura debe tener en cuenta

6 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C Nro. 154.

7 Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

8 Corte IDH, caso *Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219.

9 Corte IDH, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N° 217.

10 Corte IDH, caso *Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

no solamente la Convención, sino también la interpretación de la propia Corte IDH. Esto da cuenta de la doble dimensión del control de convencionalidad, en sede internacional (por la Corte IDH) y en sede nacional (por los poderes judiciales de cada Estado)¹¹.

Resulta, entonces, necesario evaluar las normas que rigen el sistema de sanciones en el ámbito penitenciario a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos para establecer su validez.

III. El derecho a la libertad

Recordemos en primer término que todos los habitantes de la Nación Argentina gozan del derecho constitucional a circular libremente por el territorio¹².

No obstante ello, sabido es que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto, pudiendo ser restringido en ciertos supuestos establecidos por ley.

Ello ha sido reconocido por la propia Constitución Nacional en el art. 18 al establecer que nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente; así como también por la Convención Americana, en el art. 7.2, al indicar que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Sin embargo, cuando una persona es legal y legítimamente detenida, aun así conserva cierto ámbito de libertad que se traduce en la circunstancia de conservar el derecho a trabajar, a estudiar, a recibir correspondencia y visitas, a efectuar salidas transitorias o transitar por el interior de las unidades carcelarias, entre otros.

De este modo, la aplicación de una sanción por una falta disciplinaria dentro de un establecimiento de detención configura una nueva restricción al derecho a la libertad sobre la porción de ella que ha dejado el dictado de la prisión preventiva o la sentencia condenatoria a pena de prisión.

11 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, párr. 124. Ver también: caso *Rosendo Cantú y otra v. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C N° 216, párr. 219; caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N° 217, párr. 202; caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 225; caso *Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 176; caso *Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

12 Arts. 14 de la Constitución Nacional y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto es aún más claro cuando se trata de una sanción de aislamiento o “permanencia en celda”.

IV. La violación del principio de legalidad

El principio de legalidad se encuentra previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional¹³ y en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴.

Por su parte, el art. 30 de la CADH establece:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino *conforme a leyes* que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. [El destacado me pertenece].

Podemos afirmar así que siempre que se restrinjan los derechos reconocidos por la Convención, tales restricciones deben estar autorizadas en una ley. La pregunta que surge en este punto es en qué sentido está utilizada en la Convención la palabra *ley*.

En el año 1985, el Gobierno de la República Oriental del Uruguay presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance de la expresión “leyes” empleada por el art. 30 de la Convención. La cuestión a dilucidar giraba en torno de si la expresión *leyes* se refiere a leyes en sentido formal –norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución– o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico.

En respuesta a ello, al dictar la OC-6/86¹⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a

13 Constitución Nacional. Art. 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]”.

14 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

15 Corte IDH Opinión Consultiva OC-8/86, 9 de mayo 1986, considerandos 26 y 27.

admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público [...] equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes sobre los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. [...] *la expresión leyes, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal*, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. [El destacado me pertenece].

Sin perjuicio de no tratarse de doctrina emanada de casos contenciosos, las opiniones emitidas por la Corte Interamericana deben ser consideradas muy especialmente por cuanto en ejercicio de su labor consultiva pretende desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y guiar a los Estados miembros para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia, con interpretaciones que contribuyen a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos¹⁶.

Ahora bien, en el sistema sancionatorio que rige en el ámbito penitenciario observamos que las conductas que pueden ser consideradas como infracciones graves se encuentran descriptas en el art. 85 de la ley 24.660, en tanto que aquellas que pueden constituir infracciones medias o leves, lo están en los arts. 16 y 17 del decreto PEN 18/97.

Centrémonos, pues, en el Reglamento de disciplina para los internos (Decreto 18/97) en cuanto autoriza restricciones a la libertad, ya ceñida, de la persona que está detenida en un centro penitenciario.

Fácil resulta ver que no se trata de una ley en sentido formal sino de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional por medio del cual se autorizan restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad y resulta, en esa medida, violatoria del principio de legalidad previsto en el art. 9 en relación con el art. 30 de la Convención Americana.

Podría argüirse que el principio de legalidad sólo se aplica en materia penal. Y sin perjuicio de que no habré de adentrarme en la cuestión de la naturaleza jurídica del régimen sancionatorio y en la diferencia, si acaso

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

existiere, entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, lo cierto es que, cualquiera sea la postura que se adopte en ese terreno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ sostuvo que:

[...] conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a ésta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a las de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas.

Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el mismo sentido, afirmó:

[...] la vigencia del principio de judicialización obliga a que se trasladen las garantías y los principios del proceso penal a la ejecución de la pena [...]. Por ello, deben tomarse como principios rectores del régimen penitenciario sancionatorio: a) el principio de legalidad; b) el principio *ne bis in idem*; c) el principio *in dubio pro reo*; d) el principio de respeto del derecho de defensa en juicio [...]¹⁸.

Podría decirse también que el principio de legalidad no se encuentra vulnerado en estos casos por cuanto el Decreto 18/97 es reglamentario de la ley 24.660, efectivamente dictada por el Poder Legislativo, y que esta contempla la posibilidad de aplicar sanciones a quienes se hallan privados de su libertad, delimita cuáles son las infracciones graves y remite a la reglamentación¹⁹ la definición de los tipos infraccionales leves y medios, los que, como adelantamos, están contemplados en los art. 16 y 17 del Decreto 18/87.

Desde este punto de vista, el Poder Legislativo habría efectuado una delegación válida de su potestad legislativa al autorizar al Poder Ejecutivo para que efectúe una selección de cuáles serán los comportamientos considerados disvaliosos que podrán constituir infracciones medias o leves y

¹⁷ Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Considerando 106.

¹⁸ CFCP, Sala II, "Simonian Narek", c. 15.000, Rta. 23/05/2012.

¹⁹ Art. 85 de la ley 24.660.

posibilitar, de este modo, el ejercicio del poder punitivo sobre las personas ya privadas de su derecho a la libertad.

Esta argumentación nos remite a la discusión sobre la validez de las leyes penales en blanco y nos confronta con la pregunta sobre si este es un caso de delegación legislativa válida que viene impuesta por la división de poderes.

Una primera reflexión en este punto es que, conforme lo establece el juego de los artículos 19 y 20 del Decreto 18/97, las sanciones establecidas para las infracciones leves y medias son muy similares, en términos de restricción de derechos, a las ideadas para las infracciones graves definidas por ley, al menos, en lo que hace a la limitación de la libertad ambulatoria dentro del establecimiento carcelario. Concretamente, la “pena” de *permanecer en celdas cuyas condiciones no agraven la detención* se puede aplicar tanto para el supuesto de infracciones graves como medias.

Dado que no existen diferencias esenciales que nos permitan establecer una distinción cualitativa entre las infracciones graves y las medias y leves, y que no existen razones de diseño constitucional que obliguen a separar la potestad legislativa para observar el principio de división de poderes, todas las infracciones deben estar establecidas por ley formal emanada del Parlamento como condición de validez de las normas locales frente a la Convención.

Así, entonces, la descripción de conductas susceptibles de constituir infracciones medias y leves que se efectúa en el decreto 18/97 resulta ser violatoria del principio de legalidad y del art. 30 de la CADH por no estar plasmadas en una ley en sentido formal.

Aún más, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el principio de legalidad debe alcanzar a:

- a) los actos u omisiones de las personas privadas de libertad que constituyan infracciones disciplinarias, b) los procedimientos a seguir en tales casos; c) las sanciones disciplinarias específicas que puedan ser aplicadas y su duración; d) la autoridad competente para imponerlas; y e) los procedimientos para presentar recursos contra dichas sanciones y la autoridad competente para decidirlos²⁰.

Por otra parte, como es sabido, del principio de legalidad surgen los

²⁰ CIDH “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 31/12/2011, párr. 372 y 377.

mandatos de *lex certa, stricta, scripta y praevia*. El cumplimiento de estos resulta ineludible para poder decir de una ley que es respetuosa del principio de legalidad.

Centrándonos en el mandato de certeza, observamos que aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, resulta necesario exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. Por eso no es suficiente con que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal. Por ello, cuando los límites no se establecen de esa forma, cuando el legislador se remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, podemos afirmar que la norma en cuestión no cumple con el mandato de certeza y resulta, por tanto, contraria al principio de legalidad (Zaffaroni et ál. 2000, 110).

Esto es lo que sucede con la mayoría de los tipos infraccionales de la ley 24.660 y del decreto 18/97 que resultan, en consecuencia, normas de contornos imprecisos. No voy a adentrarme en detalle en este punto, pero resulta importante no perder de vista que esta es, también, una forma de violación del principio consagrado en el art. 9 de la CADH.

La falta de precisión de los términos utilizados en la descripción de las conductas impide determinar qué es lo que se pretende prohibir. Esta circunstancia necesariamente lleva a la aplicación de criterios subjetivos que habrán de ser, por fuerza, muy disímiles y variarán según la aproximación que adopte el agente penitenciario que actúe. Esto, como se afirmó en el párrafo anterior, resulta contrario al principio de máxima taxatividad.

Adicionalmente, las descripciones de conducta que se efectúan en los tipos infraccionales en cuestión presentan en su gran mayoría, serias deficiencias de configuración normativa. Un ejemplo de esto es el art. 16 inc e)²¹ del Decreto al prever una sanción para el comportamiento “agresivo” durante el desarrollo de prácticas deportivas, cuando en algunos casos la “agresividad” forma parte de la práctica deportiva misma (rugby y box) y, por lo tanto, constituye un riesgo permitido, o si no lo hace, la respuesta infraccionaria depara, en libertad, consecuencias mucho menos lesivas que las asignadas intramuros²². Por otro lado, algunas de las conductas descrip-

21 Decreto 18/97. Art. 16 inc. e) “Comportarse agresivamente durante el desarrollo de las prácticas deportivas que realice [...].”

22 “Chuliver, Jonathan. Incidente de sanción disciplinaria”, Juzgado de Instrucción Nro. 32, 12 de octubre 2012, Causa 229/2012.

tas refieren a decisiones amparadas por su derecho a la autodeterminación, otras son susceptibles de afectar los derechos, constitucionalmente garantizados, y otras están vinculadas con el derecho a peticionar a las autoridades o a la libre expresión²³.

Finalmente, y en relación también con el principio de legalidad, se puede observar que tanto la ley 24.660 como el decreto 18/97 definen las conductas que serán entendidas como infracciones en el ámbito penitenciario y, en consecuencia, enumeran un conjunto de respuestas punitivas. El problema radica en que la correlación entre infracciones y sanciones no se encuentra establecida adecuadamente. Esta intenta estar reglada en el art. 87 de la ley 24.660 y en los arts. 20 y 21 del Decreto 18/97, pero, en el primer caso, se limita a sostener que las respuestas punitivas dependerán de la importancia de la infracción cometida y de la individualización del caso; y en cuanto al Decreto, pese a que constituye un mejor intento de determinación, aún no surge de allí claramente qué pena se aplicará a cada sanción.

Este modelo legal resulta cuestionable, también, a la luz del principio de legalidad por cuanto de él emana la obligación para los Estados de definir en una ley en sentido formal no solo la descripción precisa de la conducta que se pretende prohibir, sino también la sanción concreta que la comisión de tal conducta acarreará para su autor.

Adicionalmente, puede afirmarse que la exigencia de legalidad se complementa con la exigencia de que toda restricción de derechos cumpla con los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y previsibilidad.

En relación con el principio de proporcionalidad de las penas y las conductas infractoras, solo la Carta Europea de los Derechos Fundamentales lo consagra expresamente en su artículo 49.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH lo ha reconocido en varias ocasiones. El principio de proporcionalidad adoptado por la Corte se corresponde en esencia con el enunciado en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que indica que “la ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias” y ha sido derivado de las obligaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención.

En su voto disidente en el caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú* (2012

23 Decreto 18/97. Art. 16 inc. e).

[2005], 339), la jueza Cecilia Medina Quiroga planteó el tema por primera vez. En esa oportunidad afirmó:

[...] merece reproche el hecho de que, siendo la pena de presidio una restricción del derecho a la libertad personal, la ley no tenga en plena consideración el hecho de que las restricciones deben ser proporcionales y por lo tanto, también deben serlo las penas. Debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, es decir, a menor entidad del injusto corresponde menor pena y a menor gravedad de la participación del inculpado en el delito también corresponde menor pena [...].

En un caso posterior, el juez Sergio García Ramírez señaló que tanto si se aplican penas leves a hechos gravísimos o medidas severas cuando los hechos no revisten gravedad “se contrariarían los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que gobiernan la previsión y aplicación de consecuencias jurídicas a las conductas ilícitas” (2012 [2006], 340: nota 24).

En los casos *Vargas Areco v. Paraguay*²⁴ y *Masacre de La Rochela v. Colombia*, la Corte se pronunció en pleno sobre la obligatoriedad de verificar la proporcionalidad de la sanción en relación con la infracción. Al pronunciarse en el caso de Colombia, la Corte afirmó:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos [...] Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente²⁵.

V. La violación del debido proceso

El debido proceso legal es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho. Se encuentra consagrado tanto en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos como en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ Corte IDH, caso *Vargas Areco v. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrs. 107 y 110.

²⁵ Corte IDH, caso *Masacre de La Rochela v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 196.

El inc. 1ro. del art. 8 de la CADH establece requisitos generales que deben ser cumplidos por todo proceso y el inc. 2do. contiene las garantías mínimas que aseguran el debido proceso para un acusado, que se aplican conjuntamente con la norma general establecida en el inc. 1ro.

El diseño del sistema sancionatorio en el ámbito penitenciario puede fácilmente ser objetado desde el punto de vista de la vigencia de las garantías del debido proceso y, más en concreto, de la defensa en juicio.

Para arribar a tal conclusión, debemos considerar, en primer lugar, los argumentos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya citado caso *Baena v. Panamá*²⁶ que se resolvió el 2 de febrero de 2001.

En esa oportunidad, la CorteIDH sostuvo:

[124] Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias judiciales”²⁷ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, *cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*. [El destacado me pertenece].

Tempranamente, al emitir la OC 11/90, la Corte IDH afirmaba:

[...] en materias que conciernen a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el art. 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace el numeral 2 al referirse a las materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal²⁸.

26 Corte IDH, caso *Baena v. Panamá*, cit., resuelto el 2 de febrero 2001.

27 Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27. La misma afirmación se encuentra en el caso del *Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69. También en caso *Nadege Dorzama y otros v. República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Serie C Nro. 251, párr.156.

28 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, Serie A, Nro.11, párr. 28. Esto mismo lo repitió en el caso *Paniagua Morales*, párr.148 y

Por su parte, el 23 de octubre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió –ocho meses después de que se dictara sentencia en el caso Baena– el caso “Castro Veneroso”²⁹. En él, el máximo tribunal local se remite a la opinión del Procurador General de la Nación, quien en su dictamen sostuvo:

En mi opinión, el sumario administrativo incoado se presenta faltó de legalidad, toda vez que no se respetaron garantías constitucionales. Así, se debió hacer saber al señor Castro Veneroso las causas que determinaron su instrucción, la responsabilidad que se le atribuía en los hechos, la posibilidad de ser asistido por un letrado o negarse a declarar sin que esto haga presunción en su contra y ello, sin exigirle juramento de decir verdad. Estos derechos no son sino el correlato de aquéllos principios que enuncia la Constitución Nacional en su art. 18.

[...]

El Tribunal ha hecho extensiva esta doctrina a las actuaciones administrativas, al señalar que las garantías constitucionales del debido proceso legal y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en el caso “Marchal”³⁰ mencionó en forma expresa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así reiteró el criterio esbozado en “Castro Veneroso”.

La sentencia había tenido origen en la sanción de tres días de clausura impuesta por la Dirección Provincial de Rentas al establecimiento comercial de Juan H. Marchal. Frente a ello, la Corte Suprema debatió acerca de la aplicabilidad del art. 8.2 de la Convención al caso referido.

A fin de dilucidar la cuestión, el Tribunal se remitió a la sentencia de

en *Barbani Duarte y Otros v. Uruguay*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, parr.117.

29 CSJN *Fallos* 324:3593.

30 CSJN, *Fallos* 330: 1427.

la Corte Interamericana, del 31 de enero de 2001, en el “Caso del *Tribunal Constitucional*”³¹ en la que se afirmó:

Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.

Más recientemente, y también con cita de los casos “Tribunal Constitucional” y “Baena” al resolver el caso “Lociser”³², la Corte Suprema de Justicia indicó:

[...] cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial [...] sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

Adicionalmente, y en relación con el punto que nos ocupa, debemos recordar que en el año 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el documento que se conoce como “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, respecto del que el Estado Argentino asumió un compromiso político. En el Principio XXII.2 de ese documento se indica:

La determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal, respetando los derechos humanos y las garantías básicas de las personas privadas de libertad, reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo, entonces, a lo hasta aquí desarrollado, es posible afirmar que en los procesos de naturaleza sancionatoria como el que se diseña a través de la ley 24.660 y el Decreto 18/97 resulta ser exigencia convencional que se garantice adecuadamente el debido proceso legal y la defensa en juicio.

³¹ Corte IDH, Caso del *Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

³² CSJN *Fallos* 335:1126. Considerando 8, 26 de junio 2012.

V. A. El derecho de defensa como parte del debido proceso

El derecho de la defensa a interrogar a los testigos y a proponer pruebas. El derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa

Como es sabido, el derecho de defensa material en temas penales comprende la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento abierto para decidir acerca de una posible reacción punitiva contra él y la de llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado. Esas actividades pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la decisión del caso, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción punitiva, la de valorar la prueba producida y la de exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener una decisión favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal. No obstante, la garantía de la defensa en juicio comprende, además, la obligatoriedad para el imputado de ser asistido jurídicamente; el Estado debe llevar a cabo lo conducente para garantizar la inviolabilidad de la defensa en juicio por medio de la designación de un defensor oficial en el caso de que el encausado renuncie a la potestad de elegir uno de su confianza (Maier 1996, 547-549).

Así, dentro del abanico de derechos específicos que informan y concretan el derecho de defensa en juicio, el de contar con asistencia técnica letrada resulta esencial y, en el contexto penitenciario, se convierte en condición imprescindible para poder hacer efectivo el derecho a ser oído; y, en definitiva, el derecho de defensa material. La defensa técnica supone así que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos y ejerza un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas³³.

El Reglamento de Disciplina no contempla la obligatoriedad de asistencia letrada durante el procedimiento administrativo. En concreto, el acto en el que la persona privada de libertad ofrece su descargo consiste en un encuentro entre dos agentes del Servicio Penitenciario Federal y una persona que sufre la privación de su libertad bajo su custodia y poder de policía, en un contexto claro de desigualdad de poder que atenta contra la garantía del debido proceso legal.

El derecho a ser oído implica, necesariamente, una situación previa de igualdad de posiciones. Para ello, los códigos procesales garantizan la exis-

³³ Corte IDH, caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 61; y caso *Vélez Loor v. Panamá*, cit., párr. 132.

tencia de un defensor técnico, pretendiendo, de este modo, revertir la asimetría y equiparar las armas con que cuentan los diferentes actores del proceso.

De lo contrario, de no existir la intervención de la defensa técnica, el imputado se cosifica, deviene en una cosa de la cual las autoridades solo extraen la información que les resulta conveniente para el fin que persiguen.

No puede perderse de vista la particular situación en la que se encuentra la persona privada de libertad al transitar su vida cotidiana en instituciones de secuestro, en las cuales las rutinas no solo están preestablecidas y delimitadas, sino que los actos que la componen son ejecutados bajo la órbita constante de vigilancia de los agentes del servicio penitenciario.

El derecho a contar con un defensor técnico como modo de asegurar la garantía de defensa en juicio procura dotar de herramientas al imputado para que se constituya efectivamente como sujeto procesal. Es decir, que la intervención de un defensor técnico es condición necesaria para la construcción de la subjetividad del imputado en una coyuntura concreta, como lo es el proceso penal. Y de acuerdo a lo hasta aquí desarrollado, otro tanto debe suceder en el proceso administrativo sancionatorio para asegurar que se cumpla con el debido proceso garantizado en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Interpretando el procedimiento administrativo sancionatorio a la luz de la garantía de la defensa en juicio, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo:

Si bien el Tribunal considera que el nombrado no usufructuó el derecho a presentar descargos ante las autoridades competentes, habiendo sido debidamente informado sobre ello, lo cierto es que el derecho de defensa durante el trámite de la sanción no se ve cumplido con el simple descargo del imputado ante la administración, pues aquél sólo representaría la defensa material pero no la técnica. La diferencia es sustancial, pues la estrategia de cuestionar, producir y/o ofrecer pruebas en miras a defenderse de un hecho que tiene consecuencias legales implica un conocimiento especial en la materia que no puede ser realizado en forma adecuada por el interno, sino que es tarea propia del abogado defensor. Es por ello que si se considera que aquel derecho se salvaguardó con la sola posibilidad de que el interno sea oído se produce una interpretación restringida del art. 18 de la CN³⁴.

34 CFCP, Sala II, "Simonian Narek", cit., entre otros.

Al resolver el caso “Velez Loor”³⁵, la Corte IDH analizó la importancia que tiene el derecho de defensa técnica para quienes deben enfrentar un proceso administrativo sancionatorio y para quienes se encuentran privados de libertad. Así afirmó: “[...] si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento”³⁶ sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Lo contrario “es limitar severamente el derecho de defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”³⁷.

El derecho de defensa en juicio se integra también con la posibilidad de conocer concretamente los hechos que se imputan (art. 8.2.b), las pruebas colectadas, la consecuencia de la acción atribuida y la posibilidad de organizar una estrategia de defensa técnica. Todos estos extremos deben estar adecuadamente configurados en el proceso sancionatorio como condición para su validez.

Por otra parte, la Convención Americana indica también en el art. 8.2.c que la defensa debe contar con los medios y el tiempo necesarios para preparar la defensa. No asegurar el cumplimiento de este mandato importaría atentar contra la eficacia del acto de defensa tornándola meramente formal e ilusoria. Se ha señalado:

[...] comunicar en tiempo útil al defensor que ha sido designado connaît lleva el respeto al ejercicio de facultades de control de la legalidad de los actos procesales, pero además posibilita que el abogado cumpla con su rol de asistente confidencial del defendido y permite el diseño de estrategias tempranas de defensa. Esa es la inteligencia que es dable asignar a la necesaria “asistencia”, término omnicomprensivo de la actuación e intervención concreta en actos de defensa del imputado. (López Puleio 2007, 556).

El art. 8.2.f) de la Convención Americana de Derechos Humanos protege una garantía esencial para el efectivo ejercicio del derecho de defensa y establece el principio de contradicción que implica la noción de que el

³⁵ Corte IDH, caso *Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

³⁶ Corte IDH, caso *Velez Loor*, cit., párr. 132.

³⁷ Corte IDH, caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, cit., 17 de noviembre 2009, párr. 62; y caso *Ca-brera García y Montiel Flores v. México*, del 26 de noviembre de 2010, párr. 155.

imputado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance y puede objetar todos los medios de prueba que se presenten en su contra.

La Corte Interamericana ha establecido que en todo proceso debe asegurarse “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”³⁸. En ese sentido, afirmó:

[...] dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa [...] y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos³⁹.

[...]

La imposición de restricciones a los abogados defensores [...] vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos⁴⁰.

Se puede afirmar, entonces, que el procedimiento sancionatorio regulado en el Decreto 18/97 resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos; y de lo dispuesto en el art. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías (art. 8.1); y que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, entre otros, a que se le comunique la imputación (art. 8.2.b), a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (art. 8.2.c), a controlar la prueba de cargo y producir prueba de descargo (art. 8.2.f) y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor de su elección (art. 8.2.d) o por uno proporcionado por el Estado (art. 8.2.e).

Es así, entonces, que el efectivo acceso a una defensa técnica desde el inicio mismo de las actuaciones administrativas resulta una exigencia convencional como parte de la garantía del debido proceso. Pero se requiere más aún. No basta con que un defensor sea convocado a presenciar el procedimiento. Es preciso que pueda asesorar adecuadamente al imputado en el proceso sancio-

38 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne v. Chile*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178.

39 Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52 párrs. 153-154 y 155; y caso *Dacosta Cadogan v. Barbados*, párr. 84.

40 Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de mayo 1999, párrs. 153 a 156; y caso *Lori Berenson v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrs. 183 a 189.

natorio, que pueda ofrecer prueba y controlar la producción de toda la prueba de cargo. Debe tener la facultad de alegar en favor de su defendido y de contar con el tiempo y todos los medios necesarios para el ejercicio de la defensa. De lo contrario, la decisión a la que se arribe sin garantizar adecuadamente el derecho de defensa resultará ineludiblemente nula por infringir el derecho consagrado en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

V. B. El efecto devolutivo del recurso contra las decisiones de sancionar emitidas por la administración penitenciaria

Merece especial atención lo previsto en el art. 96 de la ley 24.660 y en el art. 49 del Decreto 18/97, en tanto establece que para el caso de interposición de recurso, este no tendrá efecto suspensivo.

Al respecto, ya en el año 1972, mucho antes de la incorporación en nuestro orden interno de la idea del control de convencionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró esta cuestión en el caso “Dumit”. Allí, el Instituto Nacional de Vitivinicultura había aplicado una multa y clausurado el local comercial del Sr. Dumit, por lo que la parte sancionada cuestionó la constitucionalidad del apartado 2 del art. 28 de la ley 14.878 que preveía la interposición del recurso de apelación al solo efecto devolutivo.

Al resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que:

[...] la validez de los procedimientos administrativos de referencia se encuentra supeditada, como principio, a que las leyes dejen abierta la posibilidad de una revisión judicial ulterior. Máxime tratándose de la aplicación de sanciones penales, pues sólo así quedan debidamente a salvo pautas esenciales de la Constitución. Que por ello no cabe hablar de “juicio” –y en particular de aquel que el art. 18 de la Carta Magna exige como requisito que legítimamente una condena-, si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de “juicio previo”, si esta instancia no ha concluido y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma⁴¹.

Volviendo al Decreto 18/97, vemos que solo prevé un derecho al recurso meramente formal y no efectivo, dado que la sanción comienza a aplicarse más allá de que la vía judicial de revisión haya sido abierta en tiempo y forma oportunos.

41 CSJN *Fallos* 284:150.

Ahora bien, a fin de garantizar el debido proceso resulta necesario que la fase jurisdiccional se halle integrada a la resolución que habilita la sanción, de modo que la persona privada de libertad pueda efectuar las impugnaciones que considere pertinentes para evitar que el ejercicio del poder punitivo estatal avance sobre su persona.

Podemos afirmar, entonces, que la redacción del art. 49 del Reglamento de Disciplina para los Internos y del art. 96 de la ley 24.660 permiten la aplicación de una pena anticipada, lo que repele el principio de inocencia que ha sido contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este mismo sentido, las normas en cuestión resultan violatorias de lo dispuesto en el art. 25 de la Convención, que establece:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso *efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [El destacado me pertenece].

Como ya se mencionó, el 31 de diciembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el “Informe sobre los derechos de las personas privadas en libertad en las Américas”. Allí sostuvo:

El derecho internacional dispone dos tipos fundamentales de recursos a los que las personas privadas de libertad deben tener acceso para salvaguardar sus derechos fundamentales. Por un lado, la acción de hábeas corpus, establecida en el artículo 7.6 de la Convención Americana, la cual constituye la garantía fundamental para tutelar el derecho de toda persona a no ser objeto de detención ilegal o arbitaria, [...] y por otro, un recurso judicial expedito, idóneo y eficaz que garantice aquellos derechos que de manera sobreviniente puedan resultar vulnerados por las condiciones mismas de la privación de libertad.

[...]

Lo importante, independientemente del nombre que se le dé al recurso, es que el mismo *sea eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, que tenga un efecto útil y que no sea ilusorio*. El que un recurso sea efectivo, requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. [El destacado me pertenece].

Si bien podría arguirse que, conforme lo establece el art. 96 de la Ley 24.660

y el art. 49 del Decreto 18/97, el juez competente puede dejar sin efecto la aplicación de la sanción, sin perjuicio del efecto devolutivo del recurso, lo cierto es que, habitualmente, cuando la revisión judicial acontece, la sanción ya se ha cumplido y la instancia de revisión puede alcanzar, a lo sumo, a evitar el efecto que dicha sanción pueda acarrear en el régimen progresivo de cumplimiento de la pena. Nótese, además, que la posibilidad de suspensión de la ejecución de la sanción está prevista solo como una facultad de los jueces.

Es más, esta posibilidad de suspensión, cuando deba solicitarla la propia persona privada de libertad sin contar con un asesoramiento letrado oportuno, resulta prácticamente ilusoria. Es así, entonces, que la ejecución de la sanción en forma previa a su revisión judicial o a su suspensión dependen del conocimiento que de ella pueda tener el letrado defensor. Y esta notificación se encuentra supeditada, en última instancia, a la voluntad de la agencia penitenciaria o al oportuno acceso a un teléfono que pueda tener la persona sancionada.

Los integrantes del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias creado en el marco de la Cámara Federal de Casación Penal consideraron que una interpretación del art. 96 de la ley 24.660 a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales incorporados a ella:

[...] aconsejan que la facultad que el artículo 96 de la ley 24.660 otorga al juez de ejecución o juez competente, de disponer el efecto suspensivo a las sanciones disciplinarias hasta que él resuelva acerca de su validez, debe extenderse a todas las sanciones disciplinarias, y no solo a las que sean eventualmente recurridas. Sólo así entendida resulta una herramienta eficaz para garantizar la vigencia del control judicial amplio y eficiente de las decisiones adoptadas por la autoridad penitenciaria⁴².

Y otro tanto recomiendan respecto de las decisiones que disponen medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio.

V. C. El deber de motivar las decisiones de los órganos administrativos

Finalmente, puede efectuarse un cuestionamiento adicional. El procedimiento fijado en el Decreto 18/97 no exige expresamente, más allá de lo dispuesto en el art. 45, que la resolución administrativa por la que se impone una sanción sea fundada, aunque es cierto que podría entenderse que esa resulta ser una exigencia implícita derivada del principio republicano.

42 Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, *Recomendación II/2013*.

En la práctica penitenciaria, ese tipo de resoluciones suelen ser idénticas unas a otras y carecen de toda fundamentación jurídica.

En relación con este extremo, la Corte IDH en el caso *Escher v. Brasil*⁴³ reiteró, una vez más, su jurisprudencia en cuanto a que las garantías judiciales del art. 8 de la Convención Americana resultan aplicables a los procesos administrativos y, por lo tanto, es exigible para los órganos administrativos el deber de motivar sus decisiones.

Así, indicó: “[...] la Corte ha señalado anteriormente que las disposiciones del artículo 8.1 se aplican a las decisiones de órganos administrativos, ‘debiendo éstos cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria’; por ello, tales decisiones deben estar debidamente fundamentadas”⁴⁴.

El derecho a ser oído se relaciona, inevitablemente, con otros derechos asegurados por la Convención, tal el caso del derecho de defensa y el deber de motivación de las decisiones. La Corte IDH ha establecido que el deber de motivación constituye una prueba de que las partes han sido oídas.

En el caso “Chocrón, Chocrón” desarrolla el contenido del deber de motivar las resoluciones administrativas, donde afirmó:

[...] el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello,

⁴³ En este caso, reafirma la jurisprudencia de la Corte IDH adoptada a partir del caso *Tribunal Constitucional v. Perú*, del 31 de enero 200, cit., y seguida luego en el caso *Baena v. Panamá* del 2 de febrero 2001, cit., e *Ivcher Bronstein v. Perú* del 6 de febrero 2001, cit., entre otros.

⁴⁴ Corte IDH, caso *Escher y Otros v. Brasil*, Sentencia de 6 de julio de 2009 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 208.

el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁴⁵.

En este mismo sentido, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional señalaba recientemente:

[...] la resolución que impone la sanción debe expresar los motivos en que la decisión se funda. Este requerimiento no puede satisfacerse con la sola mención de las fojas del expediente, sin explicar por qué se admiten como válidas las constancias que enuncia, qué valor les atribuye, qué aspecto sirve para probar qué y cómo estas circunstancias serían útiles para acreditar que la conducta objeto del proceso sería una infracción. La ausencia de este requisito específico de fundamentación, además constituye un vicio general [...]⁴⁶.

En suma, “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁴⁷, ya que “la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas”, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que todas las pruebas de cargo y de descargo han sido analizadas⁴⁸.

V. D. Independencia e imparcialidad

Sin perjuicio de las violaciones al debido proceso desarrolladas, el sistema sancionatorio vigente además puede ser cuestionado desde otro punto de vista.

Según lo establecen los arts. 39, 40, 41, 42, 43 y 44 del Decreto 18/97, cuando se toma conocimiento de la comisión de una infracción, el director del establecimiento debe designar a un sumariante para la investigación de los hechos y, una vez completa la pesquisa, resolver.

Si bien podría pensarse que una estructura tal pretende aplicar una especie de sistema acusatorio, lo cierto es que no debe perderse de vista que

⁴⁵ Corte IDH, caso *Chocrón, Chocrón v. Venezuela*, Excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C Nro. 227, párr. 118.

⁴⁶ CNCC, Sala 5ta., *Medina Guillermo s/ sanción en unidad carcelaria*, 12 de junio 2014, entre otros.

⁴⁷ Corte IDH, caso *Yatama v. Nicaragua*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153.

⁴⁸ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, párr. 78, y caso *López Mendoza v. Venezuela*, Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 141 y 148.

tanto el director de la unidad como el sumariante que designa pertenecen a la misma institución. En estructuras tan fuertemente jerárquicas como la mayoría de los servicios penitenciarios, el hecho de que el sumariante resulte ser inferior jerárquico del director no es un dato menor al momento de considerar su independencia de criterio y de actuación. Este diseño claramente vulnera la imparcialidad que debe imperar en la toma de decisiones y habilita potenciales abusos de poder. Y es que el sistema acusatorio para el procedimiento ordinario tiene su fundamento en el sistema republicano de gobierno y en su estructura de pesos y contrapesos tendiente a evitar la arbitrariedad y los abusos de poder por parte del Estado.

Por ello, la estructura actual del procedimiento para la aplicación de sanciones también afecta a la garantía constitucional del debido proceso en tanto establece un sistema de investigación y juzgamiento que se resumen en un mismo interés institucional: el del servicio penitenciario.

El derecho a ser oído, garantizado en el art. 8.1 de la CADH, requiere que la decisión que determine un derecho o establezca la inocencia o culpabilidad de una persona se tome por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley.

De la jurisprudencia interamericana se desprende claramente que, para la Corte, la calificación de un órgano como “tribunal” estará básicamente determinada por el tipo de funciones que desempeña y no por el nombre que se le asigne: si su función le permite tomar determinaciones decisorias que afectan los derechos de las personas se aplicará el art. 8. Una vez clarificada su función, el órgano debe cumplir con los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad, aunque en la legislación nacional ese órgano no tenga la denominación de “juez o tribunal”. La posición de la Corte IDH ha sido consistente en esta materia (Medina Quiroga 2003, 293).

En el Caso “Tribunal Constitucional”, la Corte señaló:

[...] cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas⁴⁹.

49 Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional v. Perú*, cit., párr. 71.

Es decir, que “el art. 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales”, sino también a quienes, pese a no serlo formalmente, actúen como tales⁵⁰.

La imparcialidad del juzgador “se refiere a la falta de prevención, prejuicio o sesgo que debe tener el tribunal para poder tomar una decisión recta en un caso determinado, es decir, se refiere a la relación del tribunal con las partes en un proceso específico” Medina Quiroga (2003: 298)⁵¹.

Según los antecedentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la imparcialidad supone que el juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado”⁵². Además, “lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente”⁵³. La imparcialidad supone que “el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”, lo que a su vez hace posible que “los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”⁵⁴.

Tomando como base los casos *Puller v. The United Kingdom*, *Fey v. Australia* y *Daktaras v. Lituania* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, la Corte Interamericana estableció que la imparcialidad debe analizarse desde dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva⁵⁵.

La imparcialidad subjetiva implica que “el juez que interviene en una contienda particular se aproxima a los hechos de la causa careciendo, de manera

50 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, cit., párr. 118 y caso *Barbani Duarte y otros v. Uruguay*, cit., párr. 119.

51 En el mismo sentido: Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Párr. 21, que indica “21 [...] En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable [...]”.

52 CIDH, caso *Martín de Mejía v. Perú*, párr. 209, 1996.

53 CIDH, caso *Gomez López v. Venezuela*, párr. 22, 1997.

54 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

55 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa*, cit., párr. 171; y caso *Atala Riff y Niñas v. Chile*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 189 y 234.

subjetiva, de todo prejuicio personal”⁵⁶, en tanto que la imparcialidad objetiva implica que no se pueda albergar duda respecto a la ausencia de imparcialidad.

Resulta, en este punto, oportuno recordar que la Corte Interamericana en el caso *Albán Cornejo y otros v. Ecuador* consideró la cuestión de la imparcialidad respecto de la labor que realizan los organismos de supervisión médica. En esa oportunidad la Corte consideró:

[...] fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional [...]⁵⁷. [El destacado me pertenece].

Así, entonces, la impugnación del sistema sancionatorio bajo el prisma de la falta de independencia e imparcialidad de la autoridad de juzgamiento debe ser considerada al momento de analizar el proceso por medio del cual se imponen las sanciones en el medio penitenciario.

El juez García Ramírez, en su voto razonado en la sentencia del caso *Uzón Ramírez v. Venezuela*, señaló que la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye “un presupuesto del debido proceso” ya que “en ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal”⁵⁸.

VI. A modo de conclusión

El Estado argentino, como signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra obligado por el art. 1 de la Convención a cumplir con los cuatro principios estructurales del sistema: respeto, garantía, igualdad y no discriminación.

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe.

Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es

56 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa*, cit., párr.171.

57 Corte IDH, caso *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, Nro. 171, párr. 77.

58 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr.6, Corte IDH, caso *Uzón Ramírez v. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C Nro.207.

la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos. [...] La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente [...] en conjunto con los principios de igualdad y no discriminación (Nash 2009, 29).

En efecto, la Convención en su artículo 1.1 establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Además, según el art. 2, si el ejercicio de los derechos y libertades no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La obligación de respeto “consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación” (Nash 2009: 30), en tanto que “la obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que les reconocen” (Nash 2009: 32).

No obstante, en el año 1997, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 18/97 en franca contradicción a los establecidos en los arts. 8, 9, 25 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no efectuó reformas posteriores, sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial en la materia.

En relación con este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baena v. Panamá* sostuvo:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente [...]. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

[...]

El deber general del art. 2 de la Convención Americana implica la adopción

de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Es más, en el año 2008, como ya se mencionó, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la Resolución 1/08 “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” luego de un extenso y abierto proceso de consulta con los Estados del Sistema Interamericano, y en ese documento se indica:

Las órdenes y resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de afectar, limitar o restringir derechos y garantías de las personas privadas de libertad, deberán ser compatibles con el derecho interno e internacional. Las autoridades administrativas no podrán alterar los derechos y garantías previstas en el derecho internacional, ni limitarlos o restringirlos más allá de lo permitido en él. [Principio IV].

Así como también: “las sanciones disciplinarias que se adopten en los lugares de privación de libertad, así como los procedimientos disciplinarios, deberán estar sujetos a control judicial y estar previamente establecidas en las leyes, y no podrán contravenir las normas del derecho internacional de los derechos humanos” (Principio XXII. 1).

En el caso “Penitenciarías de Mendoza”, en el marco de las medidas provisionales dispuestas, el Estado argentino suscribió un acta junto con los representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los beneficiarios de las medidas provisionales decretadas, por medio de la que se comprometieron a “adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para establecer un régimen disciplinario conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables”⁵⁹.

En suma, el régimen disciplinario para las personas privadas de libertad vigente contraviene abiertamente las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y coloca al Estado argentino bajo la posibilidad cierta de resultar internacionalmente responsable por ello.

59 Corte IDH, Medidas provisionales en el caso “Penitenciaría de Mendoza” del año 2004, 2005 y 2006.

Bibliografía

Hitters J. 2009. "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación". En: *Estudios Constitucionales*, 2.

López Puleio, María Fernanda. 2007. "El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos". En: Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*: 537-578. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, Julio B. 1996. *Derecho Procesal Penal*, 1. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Medina Quiroga, Cecilia, 2003. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y derecho al recurso*. Santiago: Universidad de Chile.

Elizabeth Salmón y Cristina Blanco. 2012. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Universidad Católica del Perú.

Nash, Claudio. 2009. "La protección internacional de derechos humanos en contexto". En: *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México: Porrúa.

Sagüés N. 2009. "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales*, 1.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 2000. *Derecho Penal. Parte General*: 110. Buenos Aires: Ediar.

El ejercicio del derecho de defensa en el proceso penitenciario sancionador: experiencias y desafíos de la Defensa Pública

Rodrigo D. López Gastón¹ y Martín P. Taubas²

I. Introducción

Poder contar las experiencias recogidas en este último tiempo acerca de los avatares que debimos atravesar como funcionarios del Ministerio Público de la Defensa dentro del ámbito penitenciario y con motivo de los procesos administrativos disciplinarios iniciados en contra de nuestros asistidos, nos gratifica.

Primero, porque compartir estas vivencias nos despierta la sensación de que, desde algún lugar, estamos efectuando un aporte útil para que tanta arbitrariedad se visibilice. Luego, porque es una oportunidad para pensar y reflexionar acerca de la importancia de que la Defensa Pública ocupe espacios allí donde la persona vulnerable ve cómo sus garantías constitucionales se hacen añicos en manos de una institución que se siente soberana sobre la manera en que esa persona atravesará su vida tras las rejas, aplicando sanciones de duración e intensidad que jamás nos enteraríamos si no fuera por la persistencia en participar de un proceso en el que su organizador nunca nos hubiera invitado con agrado.

Pues bien. Aquí estamos. Será nuestro objetivo hacer un relato acerca de cómo se construyó esta necesidad de intervención defensista en el ámbito penitenciario, cómo viene resultando el ejercicio de la defensa en esos procesos y cuál es el marco normativo con el que debemos lidiar, junto con sus características y particularidades que, en este tema tan sensible, lo distin-

¹ Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UCA). Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

² Abogado (UBA). Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Designado por Res. DGN 937/13 para intervenir en las audiencias de partes disciplinarios en las unidades carcelarias.

guen de cualquier otro. Esperamos, también, poder brindar ciertas herramientas en términos estratégicos que posibiliten la adecuada intervención de los defensores en esta dolorosa ciencia de la libertad, como a Alfredo Molinario le gustaba decir.

II. El rol desplegado por el Ministerio Público de la Defensa

El 9 de agosto de 2013, la Defensora General de la Nación dictó la Resolución N° 937, por medio de la que designó a un funcionario de su Área Técnica para intervenir como defensor en los procesos disciplinarios instruidos por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal en los términos del Decreto 18/97 (Reglamento de Disciplina para los Internos), siempre que los Defensores Públicos Oficiales que asistan naturalmente al justiciable privado de su libertad así lo requieran de manera específica.

Lo distintivo del caso tiene que ver con la decisión de que la Defensa Pública no solo actúe ante el juez a cuya disposición se encuentra la persona privada de la libertad, sino mejor, que salga a dar batalla procesal en el ámbito administrativo penitenciario en pos de lograr una adecuada y efectiva defensa técnica en los primeros momentos de ese proceso disciplinario, evitando que las injusticias y sufrimientos generados por decisiones administrativas se vean ulteriormente “reparadas” con decisiones judiciales tardías y poco significativas.

Sin embargo, desde hace tiempo el Ministerio Público de la Defensa viene desarrollando numerosos cursos de acción tendientes a que se respeten los derechos y garantías constitucionales de los internos sometidos a procesos disciplinarios. Con elocuencia, la Resolución DGN N° 380/13 (dictada el 17 de abril de 2013) efectúa un relato pormenorizado de las instancias participativas que este Ministerio Público llevó adelante para modificar el estado de cosas gestadas a partir de la denuncia efectuada el 12 de diciembre de 2000 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en representación del Sr. Guillermo Lynn, que había sido sancionado disciplinariamente por el Servicio Penitenciario Federal en virtud del Decreto N° 18/97 cuando se encontraba cumpliendo una pena privativa de la libertad.

En la denuncia se alegó la violación, entre otros, del derecho a la defensa técnica y a la presentación de prueba de descargo y control de la prueba de cargo, atento a que antes de la imposición de la sanción el Sr. Lynn no contó con asistencia técnica, no pudo defenderse personalmente ni controvertir la prueba de cargo. En el caso *-Guillermo Lynn v. Argentina*, Caso N° 12.672- la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad el 11 de noviembre de 2008. A partir de esa fecha, se inició una instancia de diálogo con el objetivo de alcanzar una solución amistosa. Se realizaron diversas reuniones de trabajo con re-

presentantes del Estado argentino, en las que se analizó una propuesta de Anteproyecto de modificación del Reglamento de Disciplina para los Internos. Con fecha 25 de abril de 2011, la Defensoría General de la Nación remitió observaciones respecto de la última versión del anteproyecto. Desde esa fecha hasta el momento, el proceso de solución amistosa no ha presentado avances. Por último, durante el mes de marzo de 2014, la Defensora General de la Nación participó de una sesión de trabajo, convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y planteó la necesidad de avanzar con el caso, circunstancia en la que realizó observaciones a las falencias del régimen disciplinario actual en el ámbito de privación de libertad³.

También se ha celebrado en el año 2006 un convenio entre el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para la realización y entrega de una cartilla informativa para los internos a fin de brindarles información respecto del régimen disciplinario y sus derechos; y la conformación en el año 2007 de un Grupo de Trabajo con la Procuración Penitenciaria Nacional con el objeto de elaborar un proyecto conjunto de modificación del Reglamento de Disciplina para los Internos (cfr. Res. DGN N° 868/07).

A la par de las gestiones sobre las que venimos haciendo referencia, en el ámbito judicial comenzaron a dictarse numerosas resoluciones en donde se dejaban sin efecto las sanciones impuestas en esos procesos administrativos ante la violación a la garantía de la defensa en juicio del interno que sistemáticamente se producía una y otra vez⁴. Como consecuencia, el Director del Servicio Penitenciario Federal dictó, el 19 de julio de 2012, la Resolución DN N° 1303, por medio de la que implementó un procedimiento piloto en la Unidad Residencial III del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. En el marco de dicho programa piloto, se establecieron pautas para que se notifique al defensor del interno imputado de una falta grave, de la formación del expediente de sanción y del día y lugar en que se llevará a cabo la notificación y descargo conforme el art. 40 del Decreto N° 18/97. Igual mecanismo se adoptó respecto de cualquier tipo de falta, en los casos en los que el interno es analfabeto. Con fecha 3 de agosto de 2012, desde la Defensoría General de la Nación se

³ Durante la reunión también hubo avances para retomar el diálogo sobre la posibilidad de reformar el sistema de sanciones disciplinarias en el sistema penitenciario y hacerlo acorde a las garantías constitucionales e internacionales de derechos humanos.

⁴ Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala IV, "Brito, Daniel Alberto s/ recurso de casación" del 5/7/2011 y "Cainero", rta. 3/08/2011; Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), Sala II, "Simonian, Narek s/rec. de casación" del 23/5/2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNApCC), Sala IV, "Ruggirello, Mauricio s/ sanción disciplinaria" del 28/11/2012; CNApCC, Sala VII, "Fraticelli, Alejandro M." del 28/12/12; CNApCC, Sala VI, "Paredes Honores, R. s/inconst. del decreto 18/97", del 9/11/2012, entre otras.

libró un oficio al Director del Servicio Penitenciario Federal, por medio del que se planteó la necesidad de consensuar algunas cuestiones operativas que resultan relevantes para asegurar una efectiva asistencia técnica. Por ello, se solicitó al Servicio Penitenciario Federal que la notificación se efectúe en horario hábil con un plazo de anticipación mayor a 24 horas respecto de la fecha en que se fije el acto procesal al que refiere el art. 40 del Reglamento; que se establezca la identidad del interno, el órgano jurisdiccional a disposición del que se encuentra detenida la persona; que se dé traslado de toda aquella documentación o información relativa a la supuesta infracción disciplinaria cometida; y que la notificación del art. 46 del Reglamento se realice también al despacho del defensor técnico con la finalidad de asegurar el ejercicio de la vía recursiva en caso de considerarse oportuno. También se señaló la necesidad de incluir, en los términos de la Resolución DN N° 1303, a todas las personas que sean extranjeras y no comprendan el idioma castellano. Por último, se propuso la constitución de una Comisión de Enlace con representantes de ambas instituciones, a fin de asegurar una mejor organización y coordinación de las tareas que demande el programa piloto.

Si bien se ha logrado consensuar algunas cuestiones operativas en cuanto a la notificación de la existencia de un proceso disciplinario, la institución penitenciaria no ha permitido el ejercicio técnico eficaz a los internos asistidos por el Ministerio Público de la Defensa.

Las medidas garantizadoras de la intervención y ejecución de una defensa técnica eficaz han sido exigidas, también, por representantes del Fuero de Ejecución Penal, ya que pretenden que el Director del Servicio Penitenciario Federal arbitre los medios necesarios para que, en todos los establecimientos a su cargo, se incorpore como acto procesal necesario de la formación del expediente disciplinario, una foja en donde se certifique el efectivo acceso del interno o interna a una comunicación telefónica con su defensor oficial o particular, como así también del ofrecimiento al letrado –vía digital o en soporte papel– de la remisión de una copia, en esa ocasión, del proceso sancionatorio labrado hasta ese momento, para garantizar la concreta información de la prueba de cargo que sostiene la imputación disciplinaria⁵.

El tema despierta suma preocupación, pues el deber de garantizar a todos los ciudadanos sin excepción el ejercicio inviolable de la defensa en juicio y del debido proceso se traduce en un compromiso internacional (conf. arts. 18 y 75

5 Resolución adoptada por el Juez Nacional de Ejecución Penal, Dr. Marcelo Peluzzi, el 27 de marzo de 2013 en el marco del Legajo nro. 107.908. Tal obligación sólo tenía alcances respecto de los internos anotados bajo su Juzgado. Posteriormente, se plegó su colega Axel López, mediante resolución de fecha 6 de septiembre de 2013.

inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 11, inc. 1º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inc. 2, ap. E, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 inc. 3, ap. D, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este marco, y en consonancia con las articulaciones realizadas por el Ministerio Público de la Defensa, el pasado 30 de octubre de 2013, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias emitió su “Recomendación II”, donde se consideró, antes que nada:

[...] el aseguramiento del efectivo ejercicio del derecho de defensa de las personas privadas de libertad respecto de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa penitenciaria, resulta relevante para la vigencia del control judicial amplio y eficiente de esas decisiones, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución” (*Fallos* 327:388).

Hasta el momento, el Decreto 18/97 es el marco normativo que rige estos procesos. En lo que sigue, nos dedicaremos a distinguir sus defectos más importantes.

III. Breves revisiones críticas sobre el Decreto 18/97 y la violación de garantías fundamentales del interno

A poco que comience a darse una lectura por todo el articulado del decreto 18/97⁶ que, recordemos, establece el reglamento de disciplina para los internos que se alojen en establecimientos dependientes de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, se advierte el fuerte sentimiento de desprecio que este decreto guarda hacia los derechos y garantías constitucionales de las personas privadas de su libertad.

En los considerandos que preceden su aprobación por parte del entonces Presidente de la Nación, se expresó que el proyecto fue elaborado dentro del marco constitucional de reconocimiento manifiesto de los derechos de las personas privadas de su libertad y que, aun reconociendo la mínima discrecionalidad que es aceptable en la organización administrativa, las normas propuestas tienden a impedir toda arbitrariedad. Entonces, discrecionalidad mínima sí, arbitrariedad no. Y a propósito de esa discrecionalidad burocrática, los fundamentos allí esbozados apoyaron la esencia de esta normativa en una clara intención de limitar y reducir todo tipo de abuso de derecho en tanto:

[...] el reconocimiento de los derechos de los condenados y de los proce-

⁶ Dictado el 9/01/1997; publicado en el Boletín Oficial el 14/01/1997.

sados, se correlaciona con el cumplimiento de las obligaciones a que están sometidos en su caso, en virtud de “una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente” (Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto San José de Costa Rica– art. 6º, 3, a), y como se expresara en el preámbulo de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (Bogotá, 1948), los derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre.

Los fundamentos citados no deben pasar inadvertidos en la propuesta o esencia que guio la previsión normativa del reglamento de disciplina, porque reconocen aspectos de gran importancia en términos interpretativos: *(a)* se pretendió elaborar un proyecto normativo a partir del reconocimiento de los derechos de las personas privadas de la libertad; *(b)* partiendo de la excesiva discrecionalidad de la administración, se pretendió reducirla y acotarla; *(c)* los abusos de derecho son intolerables; *(d)* recogen normas convencionales con jerarquía constitucional, aunque muy escueta y parcialmente. Claro que todo este puñado de buenas intenciones se ha quedado en el plano formal, pues la normativa que más abajo comenzó a escribirse en nada respeta los estándares constitucionales. Más bien, los vulnera, y todo ello en perjuicio de los internos que esos considerandos se precian proteger.

Los puntos conflictivos serán tratados a continuación. Coincidimos en que el actual Reglamento de Disciplina para los Internos (Decreto 18/97) resulta sumamente deficitario en materia de derechos y garantías de las personas privadas de la libertad.

III. A. Violación al principio de legalidad penal

El primero de los cuestionamientos que puede hacerse a este decreto tiene que ver con su propia naturaleza, que lo invalida para formar parte del sistema jurídico penal en tanto se habilita la restricción de derechos fundamentales por medio de una norma que no satisface la exigencia de constituir una ley en sentido formal, esto es, una ley dictada por el Congreso Nacional⁷, en clara violación de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 11 apartado “2” de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), arts. 9 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), art. 15 apartado “1” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).

Comprender la verdadera naturaleza de este decreto resulta fundamental para adoptar la solución correcta. Es el primer condicionante para todo

⁷ Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86 del 9/05/1986.

lo que se diga después acerca de este Reglamento, sea para defenderlo y preservarlo o para reprocharlo e invalidarlo. En otras palabras, el primer dilema a dilucidar es la toma de una posición acerca de si las sanciones disciplinarias que se imponen a los internos alojados en una unidad penitenciaria constituyen derecho penal o si forman parte del derecho administrativo, pues ello determinará en qué medida deben aplicarse los principios fundamentales que se afirman vulnerados.

Desde nuestra óptica, consideramos un absurdo, en el estado actual del avance de los derechos y garantías constitucionales, entender o interpretar que allí donde las normas provoquen serias restricciones a los derechos fundamentales de una persona en términos represivos, cómodamente *constituyan una potestad de la administración en tanto derecho sancionador* y consignen esos elencos normativos dentro de la estructura administrativista. El correlato de este paradigma –que se vale de minimizaciones discursivas para mantener su bajo perfil– es la aceptación de ciertas restricciones en la aplicación de los principios fundamentales del derecho penal, cuya vigencia se mantiene en el régimen disciplinario del derecho penitenciario –aceptado por los propios proselitistas de la administrativización–, pero tolerando algunas limitaciones o variantes necesarias para que el sistema sea sustentable⁸.

Pese a que en este rubro debe haber “tolerancia cero”, ellos la aceptan, porque es la única manera que encontraron para legitimar un reglamento de disciplina que jamás pasaría un filtro de constitucionalidad, y mucho menos sería aceptado si traspasara la puerta de la administración. No se trata de negar el derecho que ella tiene en la necesidad de posibilitar una ordenada convivencia de los internos y de prevenir, advertir o evitar toda situación o condición que sea susceptible de producir actos de indisciplina individual o colectiva –como lo señalan los primeros artículos del Reglamento–, pero si ello se formaliza por medio de métodos que vulneran derechos constitucionalmente consagrados, ese no es el camino y así hay que afirmarlo sin ningún tipo de relativizaciones.

Parecería que en toda esta discusión se está perdiendo como eje que las sanciones con que se cominan las infracciones constituyen verdaderas penas que el interno paga con mayor recrudecimiento de sus condiciones de deten-

8 Se adscriben en esta tesis De La Fuente y Salduna (2011: 31), para quienes: “La circunstancia de que estemos ante un ‘Derecho disciplinario’, en nuestra opinión, resulta fundamental, pues necesariamente debe conducir a aceptar ciertas restricciones en la aplicación de los principios fundamentales del Derecho Penal. Dicho de otra forma, los principios que rigen en materia penal y procesal penal mantienen su vigencia con relación al régimen disciplinario del Derecho Penitenciario, pero sufren algunas limitaciones o variantes, que necesariamente deben ser toleradas”.

ción. Vendrían a constituir una especie de *pena de la pena*, porque a la pena privativa de la libertad aplicada por el Poder Judicial se estaría aplicando, a su vez, otra pena de idéntica naturaleza, pero ahora por el poder administrador –lo que le está vedado por imperio constitucional-. A su vez, la aplicación de esta *pena de pena* impacta fuertemente en la modalidad de cumplimiento de la *pena judicial* en términos cuantitativos y cualitativos, provocando retracciones y obstáculos en la vida carcelaria del sancionado, que ve por delante un difícil acceso a los derechos acordados en su régimen de progresividad⁹. Se advierte qué tan profundo puede lastimar la llamada sanción disciplinaria privativa del derecho penitenciario. ¿Acaso podemos dudar de su naturaleza penal? Claramente, no; sin olvidar, claro está, que ella está inmersa dentro de la última etapa del proceso penal, esto es, la etapa de la ejecución de la pena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló esta postura en el caso “Romero Cacharane”¹⁰, en tanto disolvió la anacrónica discusión acerca de si las sanciones penitenciarias constituyan cuestiones reglamentarias (y, por tanto, no susceptibles de control judicial suficiente hasta el agotamiento de todas las instancias) o jurídicas (aquellas susceptibles de ser casadas), pues lo importante es que en el caso se produzca una alteración fundamental en el contenido cualitativo o cuantitativo de la pena, cuyo proceso debe estar imbuido de todas las garantías.

Ahora bien. Retomando la acusación contra el decreto 18/97 y teniendo como eje que su naturaleza es de carácter penal, de ningún modo puede legitimarse su validez porque no constituye una ley formal dictada por el Congreso de la Nación. El principio de legalidad penal responde a una decisión política que es previa a la construcción del sistema y que señala su objetivo. En su aspecto formal, la legalidad significa que la única fuente de producción de ley penal, en el sistema argentino, son los órganos constitucionalmente habilitados conforme al procedimiento que establece la Constitución. Este es un valor absoluto e innegociable, que implica considerar a todo otro tipo de normas que habiliten el poder penal y que no respondan a lo mencionado, como *leyes penales ilícitas* (Zaffaroni et ál. 2002: 111). La Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (LEP) intenta reconocer este principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale* en el art. 84 al prescribir: “No habrá infracción ni sanción disciplinaria sin

⁹ Retroceder varios casilleros en el régimen de progresividad está previsto en el art. 65 del Decreto 18/97 que dice: “Cuando el interno condenado fuere sancionado por infracción grave o reiterada, previo los informes coincidentes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional, el director podrá disponer su retrogradación al período o fase inmediatamente anterior de la progresividad. Esta resolución, con los informes de ambos organismos en los que se fundamente, deberá ser comunicada inmediatamente al juez de ejecución o juez de la causa”.

¹⁰ CSJN, 9-3-2004, R.230.XXIV, *Fallos* 327:388.

expresa y anterior previsión legal o reglamentaria". Lo cierto es que en tanto remite a un reglamento que, en la especie, lo constituye el Decreto 18/97, no se salva ninguna constitucionalidad a este respecto, pues tal remisión lo hace a propósito de las faltas leves y medias¹¹.

Si bien es cierto que la LEP tipifica lo que considera como faltas graves, tales infracciones –y aquí podemos abarcar las leves y medias, consignadas en el decreto– adolecen de vaguedades, ambigüedades, de dudosa precisión, que vulneran en idéntico sentido el principio de legalidad penal en su derivado *principio de máxima taxatividad legal*. Es que no alcanza con la formalización de una ley penal (que el decreto, como vimos, no lo es), sino que ella debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, porque constituye un principio elemental para la seguridad contra toda arbitrariedad que pueda producirse en la formulación de una infracción.

Otra de las afrontas al principio alegado consiste en que la sanción con que se conmina una infracción no se encuentra determinada en un mismo tipo infraccional, sino, muy por el contrario, se establece en otro artículo distinto, cuya elección y aplicación queda al arbitrio de la administración. Esta es la técnica seguida en el Decreto. Por un lado, el art. 18 del Reglamento tipifica las infracciones graves; por otro, el art. 19 se compone de ocho incisos (que van desde la letra "a" hasta la "h") que prescriben cuáles son las sanciones aplicables. ¿Cómo sabemos cuál es la sanción con que se conmina a las infracciones graves? Aquí aparece otro artículo más, el 20, cuyo inciso "c" pone a disposición del director-aplicador los incisos "e", "f", "g" y "h". Ellas abarcan desde el encierro en una celda de aislamiento hasta quince días ininterrumpidos, o hasta siete fines de semana sucesivos o alternados; el traslado a una sección del establecimiento carcelario de régimen más riguroso y, por tanto, represivo o hasta el traslado del infractor a otro establecimiento (a la manera de un verdadero destierro). Existe, en este campo, una intolerable arbitrariedad en la elección del tipo de sanción por parte de la administración, gracias a su falta de precisión y previsión en el tipo infraccional. Claro que la forma en cómo se han dispuesto estas normas no es casual, sino que responden a la exorbitancia de la discrecionalidad que caracteriza al poder administrador respecto de sus administrados en aquellos asuntos que se consideran integrantes de la *cosa pública*.

11 En palabras de José Daniel Cesano (2002: 32): "la intervención del Estado sobre los derechos fundamentales del ciudadano sólo puede hacerse por medio de o con base en una ley formal", llevándolo a "criticar la fórmula del art. 84, en tanto que autoriza, a los fines de la configuración de la infracción disciplinaria y su sanción, no sólo a la ley (lo que sí resulta correcto) sino que lo extiende a disposiciones normativas de rango inferior a ésta, como sería el caso de los decretos reglamentarios".

III. B. El (in)debido proceso administrativo sancionador

B.1. Naturaleza de la potestad disciplinaria de la administración. Afectación a la división de poderes

Avanzando en la lectura de la normativa del decreto cuestionado, y ya centrados en el proceso o sumario administrativo, se advierten serias deficiencias que resienten la garantía del debido proceso legal y la defensa en juicio. Aquí debemos abordar un tema referencial que se vincula con el órgano que impone aquellas sanciones y el proceso que debe respetarse para poder hacerlo. A simple vista, no sería una cuestión que suscite crispación alguna, salvo que dediquemos nuestra atención en la imposición de sanciones propias del Derecho Administrativo si se considera que en ellas se comprenden las sanciones disciplinarias a los internos alojados en unidades carcelarias. Entonces, ¿tiene la administración potestad jurisdiccional? ¿Qué consecuencias trae aparejadas aceptar esta tesis con relación a las sanciones penitenciarias?

La potestad jurisdiccional también forma parte de las funciones de la administración, entendida como la facultad de los órganos ejecutivos para dictar actos jurisdiccionales que resuelven una controversia con fuerza de verdad legal. Pero el mayor dique de contención con el que se encuentra la administración en el despliegue de esta potestad es la Constitución Nacional, que le veda expresamente al Presidente de la Nación o, lo que es lo mismo, al Poder Ejecutivo, el ejercicio de funciones judiciales, habida cuenta de su carácter unipersonal de órgano superior de la administración (art. 109 CN). Este principio rector deriva del sistema constitucional de separación de funciones elegido por los constituyentes como forma de gobierno republicano, definido como un sistema político de división y control del poder, para garantizar así los derechos de las personas y sus libertades. El artículo apuntado asegura una especial y estricta división de poderes entre el judicial y el ejecutivo al impedir al Presidente el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con el deseo de conservar la vigencia de la garantía de juez natural expresada en el artículo 18 de la misma. La veda de atribuciones jurisdiccionales al Poder Ejecutivo supone tanto el empleo por propia iniciativa como por delegación del Congreso, al prohibirse que el Poder Legislativo conceda al Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias, como las judiciales (conf. art. 29 CN). A tal punto es el celo de estas prohibiciones, que ni siquiera durante el estado de sitio el Presidente puede condenar por sí ni aplicar penas (art. 23 CN).

De tal modo, parecería imposible hablar de *función jurisdiccional en la administración*, dado que su reconocimiento traería serios reparos constitucionales, a la par de las diversas particularidades que presentan los pro-

cedimientos administrativos que, por cierto, flaco favor le hacen al respeto de las garantías constitucionales al priorizar principios que versan sobre la celeridad y la abreviación de los plazos. Ahora, si la abreviación de los procesos les cuesta caro a las garantías de los administrados, ello queda absorbido –según la administración– como daños colaterales que el sistema deberá aceptar. Si a ello se le agrega, a su vez, la circunstancia de que el órgano administrativo es *juez y parte interesada* en la resolución de la controversia, dudosamente pueda llegar a considerárselo imparcial. Ante esto, se impone la necesidad de que haya una revisión judicial suficiente de la actividad de la administración, en ejercicio de algún tipo o modo de facultad jurisdiccional que afecte derechos de terceros¹². Así es como se cumple con el paradigma constitucional que expresa que *en un Estado Constitucional de Derecho todo es judicialmente revisable*¹³.

Ahora bien, el campo donde se desarrolla o se pone en práctica la función administrativa –conocida, generalmente, como función jurisdiccional– es en el derecho administrativo sancionador, el que, con el advenimiento del nuevo paradigma constitucional (del Estado Magníficiente al Estado de Derecho), debió someterse incondicionalmente al sistema de derechos y garantías emanados de la Constitución Nacional. El postulado suena de gran forma, pero... ¿se cumple? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, por la propia naturaleza penal que posee un reglamento disciplinario, en tanto habilita la restricción de derechos fundamentales, tal como lo hemos visto en los párrafos precedentes, con sanciones que constituyen verdaderas penas que afectan cuantitativa y cualitativamente y en términos afflictivos el modo de ejecución de la pena privativa de la libertad.

B.2. Tipología del proceso administrativo y su inconveniencia para imponer sanciones afflictivas

Esta incapacidad administrativa de juzgar la materia penitenciaria se ve acrecentada por los lineamientos que le dan esencia al proceso. El procedimiento administrativo es conocido como aquel conjunto de formalidades y

12 La limitación señalada es advertida por Cassagne (2000: 90) por cuanto “la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de la Administración Pública aparece condicionada en aquellos países –como el nuestro– que han acogido la doctrina de la división de los poderes, consagrando, en principio, el sistema judicialista para juzgar la actividad administrativa (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.)”.

13 “[...] no hay ninguna acción u omisión pública o privada que quede al margen del control de constitucionalidad, lo cual no implica que todo sea inconstitucional. Es más, los jueces están facultados para sustituir una decisión administrativa por otra, cuando tengan elementos suficientes y cuando la efectividad de la tutela de los derechos lo exija: lo contrario sería vulnerar un derecho fundamental y un derecho humano” (Gil Domínguez 2007: 30).

trámites que tiene que observar la administración pública para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones, y llegar así al *acto administrativo*. Como todo *proceso*, el administrativo es un camino formal, pero que no pretende, como sucede en el proceso judicial, garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la misma administración (a la vez, órgano que juzga) con apego a normas de economía, celeridad y eficacia, y dentro del respeto debido a los derechos de los particulares (Hutchinson 2000: 29).

La doble finalidad que se le atribuye surge de servir como *protección jurídica para el particular* al representar una garantía de los derechos de los particulares; por otra parte, expresa un *privilegio* de la administración al asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la administración (Hutchinson 2000: 29).

Existen tres desigualdades entre este proceso y el judicial que deben anteponerse a cualquier otra: (a) la administración, a diferencia del Poder Judicial, no actúa directamente para la aplicación de la ley; lo que le preocupa, antes que nada y de modo directo, es la consecución de fines prácticos de interés general (satisfacer el bien común); en cambio, en el proceso judicial el juez aplica la ley para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado; (b) la resolución emitida por la administración al cabo del proceso consiste en un *acto administrativo* que carece de fuerza de cosa juzgada; en la función judicial, la decisión asume tal carácter; (c) en el proceso judicial, el juzgador representa un órgano imparcial ajeno a las partes y al conflicto, circunstancias que no se observan en el proceso administrativo donde la administración resume las funciones de *juez y parte interesada*. No hay que buscar mucho para darse cuenta que el órgano que conoce de la controversia es el mismo que investiga y juzga; y que, por sobre todas las cosas, forma parte de la misma administración, convirtiéndose en juez y parte del asunto, haciendo añicos la garantía de imparcialidad que la Constitución Nacional prescribe (arts. 18 y 75 inc. 22, art. 8.1 de la CADH).

Los procesos administrativos deben ser sumarios, rápidos, debe gobernar la celeridad y la economía procesal. Pero esta celeridad sería bienvenida si no fuera realizada con la patológica negación del derecho de defensa del supuesto infractor. Poco y nada puede hacer el todavía inocente hasta el acto que resuelve el asunto. Y con una actitud pasiva, no nos resulta difícil adivinar cuál será su suerte en el proceso. Si a todo esto le agregamos que lo que está en juego es evitar la imposición de medidas mucho más represivas en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, con directa retracción al acceso de derechos del régimen de progresividad; entonces surge, a las claras, que la administración no es el ámbito más propicio para resolver

conflictos para los que no ha sido pensada ni capacitada (a este respecto, no puede pasarse por alto que los sumarios disciplinarios son llevados adelante por funcionarios que no son abogados ni tienen formación sobre la materia).

B.3. ¿Y el derecho de defensa? Necesidad de anticipar la actividad defensista

Si hay algo de lo que el decreto 18/97 no puede jactarse es de reconocer el derecho de defensa del supuesto infractor. Su espíritu sumario y de pura eficiencia se lo prohíbe, como también la esencia política de la que proviene. Sabemos, entonces, que la figura del defensor técnico no resulta ser un requisito ineludible para la realización del proceso disciplinario. Ni siquiera está prevista su intervención cuando, en rigor de verdad, el derecho de defensa debe desarrollarse plenamente en todas las instancias del proceso ante el reconocimiento del que goza en los estamentos jurídicos internacionales¹⁴.

Si nos preguntásemos cuántas veces su articulado menciona el término *defensor*, ¿saben cuál sería la respuesta? ¡Ninguna! No está prevista la intervención del defensor en todo el proceso. Solo se prescriben actos de defensa que el imputado puede realizar (ofrecer descargos, pruebas y recurrir la resolución impuesta por el director), pero que difícilmente pueda materializar salvo que posea conocimientos técnicos en la materia y logre superar o, mejor dicho, decida asumir las consecuencias que supone enfrentar al Servicio Penitenciario bajo la lógica de la relación de sujeción que los vincula.

La actividad defensista es sumamente necesaria y útil, también, dentro de este procedimiento administrativo, pues la decisión institucional de anticipar esta labor técnica llevará a encauzar, racionalizar y evitar medidas cautelares y resoluciones sancionatorias que nunca debieron haber sido impuestas. El asesoramiento técnico previo a la audiencia de intimación de cargos, la facultad de ser oído, la de ofrecer y controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba pro-

14 La Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye el “derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor” (art. 8.2.d) y declamando el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (art. 8.2.e). En igual sentido, se inscribe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribiendo el derecho que posee durante el proceso toda persona acusada de un delito a “defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección” y si no lo tuviere “del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlos” (art. 14.3.d), debiendo dispensársele “del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (art. 14.3.h).

ducida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación el poder penal estatal y la de presentar recursos tendientes a sus derechos e intereses (cfr. Vélez Mariconde citado en Martínez 1999: 246) son manifestaciones defensistas que también deben tener su lugar protagónico en los procesos disciplinarios. Sin embargo, este no parece guardar lugar para tanto despliegue, sino que, más bien, se contenta con la mera posibilidad –no exigencia– de asistencia del defensor en la audiencia prevista en el art. 40 del Decreto 18/97. Su intervención se establece no como un derecho del imputado, sino como una facultad discrecional de la que puede prescindirse sin que ello tiña de impuro al proceso mismo. Esta es la única oportunidad en la que el defensor puede actuar y de manera acotada, ya que queda sometido a la existencia de un proceso donde se acumulan formularios pre-impresos que solo deben llenarse en los espacios en blanco, confeccionados y completados por la misma administración, que hace plena fe de su contenido.

Recordemos que la aparición del defensor técnico en esa audiencia respondió a sucesivos reveses judiciales que anularon sanciones disciplinarias impuestas administrativamente, por entender vulnerado el derecho a la defensa técnica del interno sancionado¹⁵, como consecuencia, el Director del SPF dictó medidas tendientes a establecer una mínima participación del defensor del interno imputado de una falta grave, pero que de ningún modo satisface ni permite un ejercicio técnico eficaz en tanto se persiste en la imposibilidad de realizar la consulta oportuna de las actuaciones, el control idóneo de la prueba de cargo, ni la producción de prueba de descargo, y la limitada recepción favorable de los planteos técnico-jurídicos en tanto son evaluados por instructores sumariantes sin título de abogado y, por tanto, sin idoneidad para su resolución.

La omisión de hacerle saber al imputado el derecho que posee a contar con un abogado defensor ha sido declarada particularmente relevante por la CSJN¹⁶, que atribuyó agravio de carácter federal la violación a la garantía de la defensa en juicio, y sostuvo con un alto valor interpretativo:

[...] la garantía de la defensa en juicio en materia penal no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende [...] a la provisión por el Estado de los medios para que el juicio al que se refiere al art. 18 de la Constitución Nacional se de-

15 Fallos citados en la nota nro. 3 y CFCP, sala 2^a, "Luna, Daniel", rta. 6/08/2012, registro 20.295, "Herrera, Lucas Miguel", rta. 17/09/2012, registro 14.399; sala 3^a, "Guerrero, Carla Sofía", rta. 14/10/2010, reg. 1579/10.

16 CSJN *Fallos* 312:1998.

sarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la función pública y quien debe soportar la imputación, mediante efectiva intervención de la defensa¹⁷.

En este lineamiento, la Corte también señaló que, para cumplir con la manda constitucional, no resulta suficiente con garantizar que el interno/a haya tenido defensa técnica de manera formal, sino que es necesario que tenga la posibilidad efectiva y sustancial de ser asistido por un letrado para poder ejercer su defensa¹⁸. La contundencia de la conclusión se impone: *la garantía de la defensa en juicio no se abastece con su mera presencia formal, sino material y efectiva*. También así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener:

[...] en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso (cfr. Corte IDH, Caso *Vélez Loor v. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 146).

El tema despierta un particular interés si se considera la incidencia que la imposición de este tipo de sanciones puede tener respecto de la ejecución de la pena privativa de libertad tanto en su aspecto cualitativo (referida a las condiciones de ejecución) como cuantitativo (atingentes a la retracción en el régimen de progresividad que atraviesa el interno¹⁹). Es importante que exista revisión judicial suficiente sobre la actividad administrativa, pero ella, en la especial temática que nos compete, puede resultar en muchos casos tardía y poco significativa. El ejemplo más común se da con la adopción de medidas cautelares durante el curso del proceso sancionador. Y, particularmente, nos referimos al *aislamiento provisional del interno involucrado*²⁰, que puede llegar a durar tres días y cuya adopción puede realizarse inmediatamente cometida la falta que da inicio al proceso. O sea, que el supuesto infractor (todavía inocente) comienza a sufrir una medida de encierro dispuesta por la administración, por cierto, más rigurosa que su previo estado de privación de libertad dispuesta por el organismo jurisdiccional pertinente. Marcando un paralelismo –si cabe hacerlo– se trataría de una prisión preventiva dentro

17 CSJN *Fallos* 308:1386, autos “Fernandez, Jorge” (citado en Carrio 2007: 550).

18 CSJN *Fallos* 310:1934.

19 El art. 65 del Reglamento prescribe taxativamente la retrogradación en la progresividad ante sanción por infracción grave o reiterada.

20 Art. 34, 35 y 37 del Reglamento.

del proceso administrativo. Esta medida cautelar también podrá computarse ante una eventual sanción que guarde identidad²¹. Entonces, cuando todo el periplo sancionador acaba y deja lugar a la *revisión judicial*, el interno ya habrá sufrido en carne y hueso la aflicción que debía soportar según la administración, quedando sabor a poco (o nada) el éxito del planteo nulificante que la defensa técnica pueda plantear ante el juez de la causa. Sí servirá para evitar la retracción cuantitativa del régimen de progresividad, pero en términos cualitativos el interno habrá padecido de la peor manera los avatares de un encierro más afflictivo al que ya viene atravesando.

Como todo esto no se trata solo de “ordenar los papeles”, sino mejor, de evitar que el imputado sea blanco fácil de medidas extremas que sufre en su esfera física y psíquica, la anticipación defensista que el Ministerio Público ha obtenido, y con efectos positivos que se expanden cada vez más, ha logrado un lugar primordial en este camino de racionalización de los flujos de arbitriadad con los que la administración penitenciaria se ha venido manejando hasta entonces. La actuación del defensor técnico desde los inicios del proceso equivale a la existencia de un dique de contención para cualquier medida precipitada que en él pretenda imponerse. El asesoramiento técnico previo a la audiencia de intimación de cargos y descargo, y la materialización de presentaciones defensistas de contenido fáctico y jurídico tendientes a evitar la imposición de medidas cautelares dentro y fuera del proceso administrativo (nos referimos, también, al anoticiamiento a modo de petición/precaución ante el juez que tutela su privación de libertad) resultan útiles y oportunas para evitar padecimientos cualitativos en el asistido.

IV. La experiencia de la Defensa Pública en el proceso penitenciario sancionador

A propósito del Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica, suscripto en el 2006 entre la Defensoría General de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Servicio Penitenciario Federal implementó un procedimiento piloto en la Unidad Residencial III del Complejo Penitenciario Federal de N° I de Ezeiza. Es preciso recordar que, en dicho programa, se establecieron pautas para que se notifique al defensor del interno imputado de una falta grave acerca de la formación del expediente y del día y lugar en que se llevará a cabo la audiencia de intimación de cargos y posibilidad de descargo, conforme art. 40 del Decreto N° 18/97²². Igual

21 Cfr. art. 38 del Reglamento.

22 El mismo instrumento citado en la nota precedente recomendó al Servicio Penitenciario Federal una serie de condicionantes acerca de los tiempos y modos de efectuar la comunicación: debe realizarse de manera inmediata al juez interveniente y al defensor público oficial o al letrado par-

mecanismo se adoptó respecto de cualquier tipo de falta en los casos en los que el interno/a sea analfabeto/a. Como novedad, se previó la presencia del defensor técnico del supuesto infractor en la audiencia que este debe tener con el director de la Unidad de forma previa al dictado de la resolución administrativa sobre el caso y su posterior notificación (art. 44 del Decreto N° 18/97). En principio, la prueba piloto iba a durar seis meses, para luego evaluar su implementación en los restantes centros carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal. Lo cierto es que ese plazo se prorrogó y comenzaron a sumarse otros centros de detención.

La realidad nos mostró que al concurrir a las audiencias previstas en el art. 40 –cuya notificación previa se efectuaba con escasa antelación–, se solicitaba el expediente, pero tan solo se facilitaban, en el mejor de los casos, actas sueltas plagadas de errores e incompletas. O sea, los instructores del Servicio Penitenciario no formaban un legajo o expediente administrativo, no correlacionaban las actas conforme iban sucediendo los hechos, no las completaban; todo lo que constituye una práctica violatoria al ejercicio de la defensa en juicio en el sentido más profundo del concepto. Ante tal contexto, la defensa técnica comenzó a propiciar numerosos planteos de nulidad²³, a la par de solicitar la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 18/97 y la suspensión de cualquier aislamiento provisional y sanción que exista o pudiera adoptarse²⁴. Y todo en el marco del proceso administrativo disciplinario. Resultó más que oportuno y conveniente efectuar dichos planteos de manera administrativa ante el director de la Unidad Penitenciaria para advertir, ante todo, la necesidad de suspender cualquier tipo de medida cautelar o sanción que pudiese adoptarse en perjuicio del supuesto infractor, y visibilizar los serios reparos en el cumplimiento de las formas procesales.

ticular que asista al interno con especificación y antelación no menor a cinco días hábiles, el lugar, fecha y hora en la que se celebrará la audiencia del art. 40.

23 Nos referimos, por ejemplo, a planteos sobre: (a) nulidad del acta de notificación y descargo del interno –art. 40, primera parte, Decreto 18/97- por defectuosa descripción de los cargos y arbitrariedad en la imputación de los tipos infraccionales pues se eligen los más graves existiendo otros más leves; (b) violación del principio de culpabilidad y del estado de inocencia ante el modo de imputación genérico y colectivo –prohibido por el art. 94 LEP- y desconocimiento del *favor rei* –art. 93 LEP-; (c) nulidad del acta de notificación y descargo del interno por ausencia de consignación y exhibición de la prueba de cargo; (d) nulidad del acta de notificación y descargo del interno por ausencia de previsión de los derechos que le asisten al imputado conf. art. 40 inc. “c” del Decreto 18/97 (omisión de notificar derechos trascendentales como el de recurrir la resolución que imponga una eventual sanción, sus plazos y forma para hacerlo); (e) nulidad del acta de secuestro de elementos por haber sido incautados por los mismos funcionarios que resultan víctimas del hecho imputado; entre otros.

24 Ello responde a la recomendación efectuada por la Defensora General de la Nación a través de la Resolución DGN N° 380/13.

Es importante, también, adelantar en esas presentaciones defensistas la voluntad de recurrir cualquier decisión afflictiva que el director adopte, hasta tanto exista control judicial suficiente y se arribe a una resolución con carácter de cosa juzgada material (agotar las instancias recursivas). Pero no solo en el expediente administrativo es de buena práctica efectuarlo, sino también ante el órgano jurisdiccional que tutela la privación de libertad del asistido, pues el art. 49 del Reglamento contenido en el Decreto 18/97 establece que la interposición del recurso contra la sanción establecida por el director no tendrá efecto suspensivo a menos que así lo disponga el magistrado interviniente, cuestión repetida en el art. 96 de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad²⁵.

¿Qué es lo que sucede en estas hipótesis? Se presenta la paradoja de que el interno sancionado apele la decisión, pero comienza a cumplir la sanción. Por otro andarivel –ya de índole burocrática– el recurso de apelación empieza a sustanciarse en la esfera judicial con intervención de la defensa, que persiste hasta las últimas instancias. Imaginemos un triunfo de la parte recurrente y la declaración jurisdiccional de nulidad o revocación de la sanción disciplinaria que, por los tiempos propios de la materia recursiva, en todo ese lapso el interno ya ha cumplido y sufrido la sanción, lo que desdibuja toda esta actividad jurisdiccional y obtiene un reconocimiento que no recompone ni repara la aflicción impartida, tanto en la persona del interno como de su principio de inocencia. Solo equivaldría, con la mejor de las suertes, a una reparación moral. Entonces, al encontrarnos inmersos en un procedimiento de neto corte afflictivo, instruido y manejado por la administración, resulta fundamental adelantarse a los posibles sucesos que vayan apareciendo que, a no dudarlo, redundarán en la maximización de los derechos del justiciable que no tiene por qué ceder un ápice de su territorio garantista que le prescribe, entre otros, el derecho a una tutela judicial efectiva y suficiente que desemboque en un fallo judicial que ponga fin y término a la incidencia disciplinaria.

Para eso, se requiere un esfuerzo de los actores que conviven con esta realidad: de los órganos requirentes y también de los órganos decisores. Existen intereses superiores establecidos en normas con jerarquía constitucional que exigen proceder bajo esta modalidad preventiva. Y tienen que ver con el

25 El 30 de octubre de 2013 el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias les recomendó a los jueces a cargo de la ejecución de la pena o competentes que arbitren los medios necesarios a fin de hacer uso, con carácter de regla general sujeta a excepciones fundadas, de la facultad que les otorga el artículo 96 de la ley 24.660, de disponer el efecto suspensivo de las sanciones y de la medida cautelar de aislamiento provisional prevista en el art. 35 del decreto 18/97 hasta que ellos resuelvan acerca de su validez.

derecho que posee el justiciable a obtener una revisión de la decisión recaída por un órgano distinto al que la adoptó, que no solo se satisface con la previsión del art. 96 de la LEP y 49 del Decreto 18/97, sino a partir del respeto por el principio de inocencia que ampara al justiciable y que recomienda no aplicar los efectos del fallo hasta tanto exista una sentencia definitiva que ponga fin a la discusión, cuestiones sustanciales que avanzan sobre la necesidad de garantizar un debido proceso entendido como el derecho del justiciable a transitar un proceso justo (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 8.1, 8.2 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 9, 14.2 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

La experiencia varía según el ámbito penitenciario que se trate. Están aquellos en donde la desprolijidad protagoniza la escena (no se respetan las fechas de las audiencias, carecen de infraestructura, de insumos y de recursos humanos; falta de lugares adecuados para realizar la entrevista previa, inexistencia del expediente foliado y ausencia de las actas necesarias para ejercer la defensa técnica²⁶); pero también hay otros ámbitos, en los que se ha notado una profesionalización de la Oficina de Instrucción.

Podemos decir que la intervención de la defensa técnica ha logrado dejar sin efecto un sinnúmero de expedientes disciplinarios en donde antes acababan imponiendo la sanción en perjuicio del interno, pero que ahora se diluyen. El clásico ejemplo de sanción injusta lo constitúa la negativa del interno de ingresar a un módulo o pabellón en donde su integridad física y psíquica corría peligro real. El dilema que enfrentaba el interno era someterse a una sanción (“buzón”) o poner en riesgo su vida. Lo cierto es que la fundamentación defensista en el marco de estos expedientes logró demostrar una verdadera causa de justificación y evitar arribar a una sanción. Casos en donde se ofreció como prueba de descargo la citación a declarar de la víctima (otro interno) y con su producción, se dejó sin efecto el parte disciplinario pues no había sufrido ningún menoscabo. Se hace lugar a las peticiones de nulidad, o bien, la propia carencia de infraestructura del Servicio Penitenciario juega a favor del interno, ante la imposibilidad del oficial instructor de trasladarse a los módulos en donde debe llevarse a cabo el procedimiento, lo que desdibuja el proceso. También se han dejado sin efecto numerosos expedientes cuando el interno es trasladado a otra unidad

26 En estos supuestos se solicita dejar sin efecto el sumario administrativo, pues al momento en que se pretendió ejercer la defensa del interno solo se encontraba el parte disciplinario sin respaldo de material probatorio. Hay que tener muy en cuenta la incorporación de pruebas luego de realizada la audiencia de intimación de cargos, pues ello constituye causal de nulidad.

por mayoría de edad, cuando anteriormente se solía continuar con el trámite. Entre otras cosas, se logró, gracias a la asistencia del defensor, que no se tramiten faltas leves y solo se concentren en las graves, pues ellas generan mayores índices de conflicto, tal como sucedió en el Complejo Penitenciario Federal de Jóvenes Adultos (ubicado dentro del Complejo Penitenciario Federal Nº 2 de Marcos Paz).

Otra práctica común consistía en la existencia de partes disciplinarios en donde constaba que el interno hablaba con un agente del Servicio Penitenciario Federal y se hacía cargo del hecho que se le imputaba. Sin embargo, cuando era entrevistado por la defensa técnica, se demostró, en la mayoría de los casos, que había una versión muy distinta del hecho, en la que el interno afirmaba su ajenidad.

Ciertamente, podemos hablar de una intervención más que exitosa de la defensa técnica en este tipo de procesos.

V. Conclusiones

La descripción efectuada acerca del Decreto 18/97 como paciente sujeto al test de constitucionalidad debe lamentar un resultado desfavorable. En tanto reviste una inocultable naturaleza penal, viola, desde todo punto de vista, el conjunto de principios y garantías constitucionales que se han abordado y que lo descalifican como ley formal. Esta realidad impide que se tolere cualquier relativización de los derechos y garantías que amparan al justiciable en estos procesos sancionadores. Deben regir con la misma fuerza e intensidad que en el sistema penal.

La experiencia ha demostrado que, a medida que el defensor técnico intervenga cada vez más en la defensa de los internos, las oficinas de instrucción donde tramitan los procesos disciplinarios deberán, necesariamente, profesionalizarse en términos de capacidad operativa y de instrucción en la materia. Mientras tanto, no deberán abandonarse las iniciativas de reformas profundas en el régimen de disciplina de los internos para adecuar su normativa a los estándares nacionales e internacionales sobre derechos humanos.

Bibliografía

- Carrió, Alejandro D. 2007. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cassagne, Juan Carlos. 2000. *Derecho administrativo*, 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cesano, José Daniel. 2002. *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias. Control jurisdiccional e impugnación de los actos administrativos sancionatorios en la ley 24.660 y su reglamentación*. Córdoba: Alveroni.
- De La Fuente, Javier y Mariana Salduna. 2011. *El régimen disciplinario en las cárceles*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Gil Domínguez, Andrés. 2007. *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa: Derecho Constitucional Administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Hutchinson, Tomás. 2000. *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549*. Buenos Aires: Astrea.
- Martínez, Stella Maris. 1999. "Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio". *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8-C.
- Vazquez Rossi, Jorge E. 1997. *Derecho Procesal Penal*, 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2002. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Traslademos el problema al juez. Una propuesta de estándar para garantizar el efectivo control judicial de los trasladados de personas detenidas

Pablo Corbo¹

I. Introducción

Juan se encuentra cumpliendo una pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario federal del área metropolitana², y cursa estudios universitarios, tiene buena conducta, lo visita regularmente su familia, e intempestivamente se dispone su traslado a la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Federal, ubicado en la provincia de Chubut, a casi 1500 kilómetros de donde se encontraba alojado. *Ulises* está alojado en un establecimiento penitenciario del área metropolitana –al que el juez de ejecución le pidió los informes de libertad–, se encuentra a dos meses de su libertad condicional, pero un viernes a la noche, sin que se notifique ni al juez ni a los familiares que lo visitan –y mucho menos a la defensa–, lo trasladan, y se alude luego, cuando llega la información al juez, razones de “técnica penitenciaria”. Lo de *Esteban* es preocupante: viene denunciando problemas de integridad física, va de “paseo” por distintos penales y le pide al juez de ejecución penal que no lo trasladen más. Finalmente *Zara*, que cumple una pena privativa de la libertad en un establecimiento del área metropolitana, sí quiere –y consiente tácitamente– su traslado “al interior” porque quiere “hacer puntaje” para mejorar su situación en la progresividad, ya que ese “sacrificio” le permitiría recuperar antes su libertad para volver con su familia.

Todos ellos (**Juan-Ulises-Esteban-Zara**) se encuentran vinculados

1 Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución.

2 Alude a los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal ubicados dentro del ejido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la provincia de Buenos Aires.

por un problema común: son víctimas de una práctica que afecta sus derechos en la cárcel y también ellos comparten una necesidad común: un **JUEZ** que ampare sus derechos.

La idea práctica que desarrollaré se vincula con un eje central del que debe ocuparse el control judicial durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y, por lo tanto, constituye un aspecto fundamental para la defensa pública: una propuesta de estándar para una *defensa eficaz* que promueva una solución judicial efectiva a los derechos de los detenidos que se ven vulnerados como consecuencia de los traslados de personas privadas de libertad de un establecimiento penitenciario a otro. Y aunque el énfasis del análisis esté puesto en la ejecución penal, la propuesta resulta extensiva a las personas privadas de libertad en prisión preventiva³.

Esta propuesta también forma parte de un *incidente colectivo de ejecución penal sobre traslados* presentado ante la Justicia Nacional de Ejecución Penal con el fin de que el estándar en cuestión se aplique a todas las personas condenadas a pena privativa de la libertad que asistió –casi quinientas– ante esa sede. El desafío es ampliar una idea que solo fue esbozada (Corbo y Fusco 2010: 1319 y ss. Especialmente en los comentarios a los artículos 72 y ss. de la ley), y que forma parte de un anhelo por contribuir al armado de una defensa pública con nuevas ideas y estrategias para esta etapa (Corbo 2007: 1912).

Asumo que todas las personas detenidas, sea de manera inminente o potencial, están expuestas a la práctica del traslado y se ven privadas de un control judicial, que resulte: *a) previo*, que evite así el gravamen irreparable que supone un traslado “ilegítimo”, aun cuando luego, en el mejor de los casos, se declarara su nulidad por vía judicial; y *b) efectivo*, es decir, con la intensidad necesaria para constituir un verdadero escaneo de la razonabilidad y legalidad del traslado a la luz de las pautas objetivas, de base constitucional, que plantea la ley 24.660 para legitimar ese tipo de decisiones que adopta la administración penitenciaria federal por intermedio de la Dirección Nacional del Régimen Correccional del Servicio Penitenciario Federal⁴.

3 Artículo 11 de la ley 24.660: “Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7º, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente”.

4 El decreto 396/99, que regula las modalidades básicas de la ejecución, en su artículo 6, establece: “Reunidos todos los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, las decisiones operativas para el desarrollo de la progresividad del régimen penitenciario serán tomadas por [...] III. El Director General de Régimen Correccional, cuando proceda el traslado del interno a otro establecimiento de su jurisdicción [...]”.

II. Los trasladados. Problemas y derechos que involucran y su marco legal

Los trasladados de personas detenidas, involucran, por lo menos, cuatro tipos de situaciones:

a) Problemas de violencia institucional: vinculados a situaciones en las que se va trasladando al detenido de un lugar a otro, lo que en extremo de esta práctica se conoce como “calesita”⁵; o a situaciones en las que el propio detenido solicita su traslado por problemas que en cualquier caso por acción u omisión siempre son de violencia institucional (me refiero a problemas de convivencia con la población privada de libertad o con personal de la administración penitenciaria).

b) Problemas vinculados a la progresividad del régimen penitenciario: detenido que se encuentra próximo a acceder a una determinada modalidad de ejecución que implica libertad condicionada (libertad asistida –art. 54 de la ley 24.660–, libertad condicional –art. 13 del CP–, e incluso salidas transitorias o semilibertad –arts. 17 y 23 de la ley 24.660–) que intempestivamente es trasladado a otro establecimiento mientras se tramita el incidente de ejecución en el que se sustancia el posible acceso a dichos institutos.

c) Problemas vinculados al “desarraigo”: internos intempestivamente trasladados a un establecimiento distante a cientos de kilómetros de su núcleo familiar –y, por ende, de su núcleo de futura inclusión social–; y aun cuando la decisión se fundamente en evitar sobre población o si es razonable desde el punto de vista de clasificación penitenciaria, se imponen por razones estructurales propias de una concepción positivista en el diseño de la arquitectura penitenciaria federal de principios del siglo XX, incompatibles con los cometidos de la ley 24.660.

d) Otro tipo de problemas vinculados con la progresividad: afectación de la oferta de trato individualizado, por ejemplo, un detenido que está cumpliendo objetivos de educación (cuyo impedimento de traslado se encuen-

5 El comité contra la Tortura de la provincia de Buenos Aires en el marco de los hábeas corpus presentados para cuestionar los trasladados en esa jurisdicción se refiere al sistema denominado “la calesita” que implica que los detenidos viajan miles de kilómetros en pocos meses, trasladados a unidades lejanas unas de otras y alojados escasos días en pabellones de admisión, donde sufren golpizas al entrar y salir de la cárcel, imposibilidad de ver a sus seres queridos, nula oportunidad de estudiar o trabajar, aislamiento durante todo el día, hambre, desatención médica y hasta impedimentos de bañarse o higienizarse. Desde hace un tiempo, el Servicio Penitenciario Bonaerense viene utilizando este método a fin de torturar psicológica y físicamente a gran cantidad de personas que pueblan las cárceles.

tra especialmente amparado por el artículo 138 de la ley 24.660, a partir de las modificaciones introducidas por la ley 26.695, conocida como “ley de estímulo educativo”).

Estos cuatro tipos de problemas o situaciones pueden o no superponerse (por ejemplo un detenido que se encuentra estudiando, se encuentra próximo a su libertad y lo trasladan lejos de su núcleo familiar), pero queda claro que un traslado de establecimiento genera siempre una tensión en los derechos de la persona privada de libertad.

De acuerdo con lo previsto por el art. 72 de la ley 24.660⁶, este tipo de traslado dentro del SPF, a diferencia del traslado de una jurisdicción penitenciaria a otra (por ejemplo, del servicio federal –SPF– al de la provincia de Buenos Aires –SERPENBA–) cuya competencia es exclusivamente jurisdiccional⁷, es decidido por la administración penitenciaria –específicamente, por el Director General de Régimen Correccional, conforme el citado art. 6, inc. III del decreto 396/99–.

Es cierto y además razonable, sobre la base legal prevista por el artículo 10 de la ley 24.660, que la autoridad administrativa sea quien resulta competente para determinar el lugar de alojamiento del condenado dentro del sistema penitenciario –federal, en este caso–, tal decisión siempre se encuentra sujeta al control judicial de razonabilidad –art. 4 inc. a de la ley 24.660–, que puede –y debe– anularla o modificarla en caso de advertir la vulneración a algún derecho. Estos podrían ser, además de los supuestos citados, casos de asistencia médica (si esta impone el alojamiento del condenado en un establecimiento cercano a un centro hospitalario), el de continuar estudios superiores (que conlleva la necesidad de alojarse en un establecimiento carcelario próximo a alguna universidad), o recibir visitas (cuando la precaria situación económica de su grupo familiar le impide trasladarse a larga distancia), cuando se considera que el traslado impide el cumplimiento del programa de tratamiento individual, si este incluye como objetivo el afianzamiento de lazos familiares y se dispone el traslado del condenado a una unidad penitenciaria significativamente alejada del domicilio de su familia⁸.

⁶ “El traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente”.

⁷ Cuando se trata de un traslado a un establecimiento de otra jurisdicción, la decisión resulta resorte exclusivo del juez de ejecución, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6, inc. IV a) del decreto 396/99.

⁸ Cfr. J.N. Ejec. Penal N° 2, legajo N° 5585, “Arroyo, Oscar Alberto”, 2002/11/25.

La obligación impuesta por la ley 24.660 a la administración penitenciaria de comunicar de inmediato al juez competente el traslado y las razones que lo fundamentan revela la intención del legislador de garantizar el efectivo control judicial de la medida.

Por tratarse de una medida cuyo efecto se produce de modo instantáneo y que, por ende, resulta improbable cumplir con el motivo que inspiró la comunicación inmediata a la que se refiere la norma, parece que la única manera de lograr un amparo efectivo de los derechos que pueden verse vulnerados por la medida es supeditar la efectivización del traslado al resultado del control judicial. De no seguirse esta interpretación, las únicas herramientas disponibles serían el hábeas corpus correctivo o impugnar el acto administrativo en cada caso concreto ante el colapsado sistema judicial de ejecución penal.

Se debe advertir, en este punto, que el art. 87, inc. *h*, de la ley 24.660 prevé que el traslado a otro establecimiento constituye la sanción más grave en el régimen de disciplina. Y, por lo tanto, fuera de este supuesto, la administración penitenciaria nunca podría fundar el traslado de un condenado a una unidad de régimen más riguroso.

Por esa razón, el traslado regulado por el artículo 72 de la ley 24.660 solo puede motivarse en la necesidad de hacer operativa la finalidad de reinserción social que inspira la ejecución de la pena y, por ende, solo puede consistir en el traslado a un establecimiento de igual o menor rigurosidad que aquel en que el condenado se aloja, conforme a la clasificación establecida en el Capítulo XV de la ley.

Por otra parte, el artículo 73 de la ley 24.660 prevé: “El traslado del interno de un establecimiento a otro será informado de inmediato a las personas o instituciones con las que mantuviere visita o correspondencia o a quienes hubieren sido por él designados”. Esto da cuenta de la importancia de los derechos que pueden verse vulnerados por la decisión del traslado, y da una idea más de la trascendencia que tiene un control judicial previo y efectivo.

Tal es así que la comunicación prevista en este artículo, que debe efectuarse en el mismo momento en que se decide el traslado, implica que su omisión pueda ser entendida objetivamente como un agravamiento en las condiciones de detención y trato inhumano en los términos del artículo 9 de la ley de ejecución.

En ese sentido, en el fallo “Haro” la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto una resolución dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut que confirmaba el rechazo *in limine* de una acción de hábeas corpus interpuesta a favor de un interno, dictada por la

Cámara Primera en lo Criminal de Comodoro Rivadavia. El rechazo se había sustentado con el argumento de que el traslado del interno a la Unidad N° 6 del Servicio Penitenciario Federal no constituyía un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención, sino que tenía como objetivo proporcionarle una atención médica que no se le podía dispensar en la Unidad N° 5, y que la decisión del traslado había sido adoptada por la autoridad facultada para hacerlo en los términos de este artículo.

Pero la Corte Suprema sostuvo que:

[...] la delicada situación que se evidenciaba en la denuncia de un agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención truncaron la actuación judicial que el legislador ha previsto para velar por la protección de los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, toda vez que se impidió la audiencia del art. 14 [de la ley 23.098] y la consiguiente posibilidad de que se esclareciera (con el resultado de la inmediación en las especiales circunstancias del caso) la situación del amparado [...]⁹.

Cuando la ley 24.660 establece que la resolución de la autoridad penitenciaria debe ser fundada para trasladar a un condenado de un establecimiento federal a otro –art. 72– significa, además, que estos fundamentos deben encontrarse en los principios de esa legislación y no en razones indeterminadas, tales como “técnica penitenciaria”, que tienden a “legitimar” prácticas de clasificación penitenciaria anquilosadas que no obedecen a los principios legales y constitucionales en juego; o bien son la fachada formal de prácticas o *vías de hecho* inadmisibles en nuestro sistema constitucional, donde el detenido parece “cosificado” y gobernado por la mera voluntad del poder administrativo, que lo “desarraiga” intempestivamente, lo que añade más pena a la privación de libertad.

III. La importancia de reconocer la práctica del traslado como una *vía de hecho*

La práctica del traslado en la dimensión que aquí se la pretende explicar constituye una de las *vías de hecho de la administración penitenciaria* que, como tales, conforman el problema más relevante de la ejecución de la pena privativa de la libertad, cuanto menos en las cárceles de nuestra región (Corbo 2006: 690).

Esta formulación no es novedosa en el derecho administrativo, se refiere

⁹ CSJN, “Haro, Eduardo Mariano s/ incidente de hábeas corpus correctivo”, 2007/05/29.

a aquellos comportamientos de la administración que lesionan derechos constitucionales del administrado¹⁰; aunque sí resulta una novedad en el universo de la ejecución penal.

Las vías de hecho son, entonces, comportamientos siempre disvaliosos, negativos, y en el universo de la cárcel se canalizan como prácticas sistemáticas identificables, y no como hechos necesariamente aislados.

Cuando en general se hace referencia a la realidad carcelaria o se destaca la situación de deterioro de las cárceles de nuestro margen, se lo hace de un modo genérico, sin identificar con claridad a qué comportamiento se está aludiendo, y ello impide contrarrestar el problema que aparece como intangible, indefinido¹¹.

No me refiero solo a los comportamientos sistemáticos de la administración penitenciaria que pueden afectar la integridad física del detenido, sino tanto más a aquellas prácticas definidas, que aun sin ser tan extremas menoscaban de hecho los derechos individuales del condenado¹².

Así, aunque la ley que regula la ejecución de la pena de prisión contempla de modo genérico estas situaciones al imponer la intervención del juez de ejecución en la efectiva protección de los derechos constitucionales del

10 Ley 19.549 de procedimiento administrativo, sancionada el 3/4/1972 y publicada en el B.O. el 27/4/1972, establece al respecto: "Vías de hecho. Artículo 9.- La Administración se absentará: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucional".

11 Como explica con suma agudeza Alberto Bovino (2000: 226) para graficar la realidad carcelaria: "El espacio carcelario, por lo demás es un espacio oculto al resto de lo social. La propia naturaleza de la institución penitenciaria oculta las prácticas que se desarrollan en su interior. La convivencia permanente entre guardados y guardianes, junto con las facultades- legales o de facto- reconocidas a estos últimos para controlar a los primeros, convierte a la ilegalidad en una posibilidad siempre presente [...]. La relación entre reclusos y guardias, a diferencia de las relaciones procesales, es constante, impredecible, inevitable, no reglada, formal o materialmente, no impugnable".

12 Por citar dos ejemplos de lo que considero vías de hecho, además de la práctica analizada: a) la inexistencia de criterios objetivos acordes con la ley 24.660 y sus correlativos decretos reglamentarios, que viabilicen un intenso control judicial de los actos administrativos emanados de los consejos correccionales de los establecimientos de ejecución de la pena, para fijar las calificaciones de conducta y concepto, que determinan en los hechos tanto la cantidad como la calidad del encierro que el condenado habrá de cumplir; b) la inexistencia de soluciones en los procedimientos administrativos destinados a que el director del establecimiento se pronuncie sobre la posible comisión de una infracción disciplinaria, dato que demuestra de manera contundente cómo el debido procedimiento sancionatorio -cfr. capítulo V de la ley 24.660 y decreto 18/97- que debería operar como verdadera reglamentación del debido proceso legal establecido por el artículo 18 de la CN, solo es entendido por la autoridad de aplicación como una actividad puramente burocrática, tendiente a formalizar una situación de hecho ya consumada y detaída de cualquier tipo de control.

condenado o en la medida en que puedan verse vulnerados sus derechos constitucionales –cfr. artículos 3 y 4 inc. a de la ley 24.660–, solo si media una interpretación jurisdiccional en verdad limitante puede esperarse un efectivo embate contra esta realidad que conforma la regla y no la excepción en la experiencia carcelaria.

Al reconocerse que: *a)* las vías de hecho de la administración penitenciaria conforman prácticas estructurales en la ejecución material de la pena privativa de la libertad en nuestras cárceles, y conforman la regla y no la excepción; *b)* las vías de hecho, al constituir prácticas estructurales, deben abarcarse, identificarse y, por tanto, atacarse en su génesis y nunca en sus consecuencias; y *c)* dada su existencia estructural y la necesidad impostergable de intentar cancelarlas, deben trascenderse los casos particulares y procurarse un abordaje general, y deben cobrar, entonces, suma importancia los órganos de control externo del poder administrador; en ese sentido, aparece la necesidad de provocar por parte de la Defensa Pública una estrategia para precipitar su amparo judicial.

Esta concepción también genera que, en lugar de discusiones aisladas por vía de tantos incidentes individuales como condenados tiene a disposición el juez de ejecución penal, se centre la atención en problemas estructurales que si se abordan de la forma que aquí se propone –identificados en su génesis, que trascienda los casos particulares y de manera general–, implicará una respuesta real e igualitaria para las víctimas de su ejercicio: las personas privadas de la libertad. Y también se generaría una progresiva descongestión en el sistema judicial de ejecución colapsado por reclamos individuales que tienen su origen en problemas estructurales comunes. Por ello, es imprescindible concebir al traslado de detenidos desde esta dimensión de vía de hecho.

IV. El estándar propuesto. Alcance y resultados esperados

A partir de lo descripto (en la praxis, en lo normativo y en la necesidad de abordar esta práctica como una *vía de hecho*) queda claro que no pretendemos discutir la facultad inicial que solo corresponde a la administración de trasladar personas privadas de la libertad, pues ello se ajusta a lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 24.660: “La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial”.

La redacción de la norma es engañosa porque parece consagrar una competencia residual en la administración penitenciaria cuando, en realidad, esta aplica de manera directa el régimen penitenciario y el órgano judicial ejerce el control sobre ello, de acuerdo con lo previsto en los art.

3 y 4, inc. *a* de la ley. La función de control puede llegar a implicar asumir directamente la competencia de la administración ante su inacción, o su actuación irregular o irrazonable¹³. Y tales decisiones deben ser controladas judicialmente en la medida que afectan derechos constitucionales (art. 3 y 4 inc. *a* ley 24.660).

Asimismo, el traslado de los internos debe ser fundado en sede administrativa, no solo porque además su ejecución tiende a optimizar el principio de reinserción social que se pretende, sino también porque tal decisión se encuentra prevista en la ley 24.660 como la sanción disciplinaria más grave prevista en el ordenamiento legal (artículo 87 inc. *h*). Por ende, parece indiscutible que deben conocerse en forma acabada y previa las razones que justificaron semejante limitación en los derechos constitucionales del detenido.

Así, aparece una propuesta de estándar: que se ordene judicialmente la suspensión de todos los traslados de personas detenidas hasta tanto se sostenga su previo control y convalidación judicial, salvo que este se consienta expresamente –de allí, su validez– por el interno. Y ello implicará su compensación automática o Recompensa Extraordinaria en la Progresividad (REP).

El consentimiento expreso del detenido a su traslado, válidamente prestado, presume, en principio, su legitimidad. En ese sentido, el consentimiento sería inválido cuando se ha prestado bajo la influencia de alguno de los posibles vicios del consentimiento: *a) Error*: error grave en la apreciación de los hechos de forma que sin que se hubiera producido ese error no se hubiera producido el consentimiento; *b) violencia o intimidación*: cuando se arranca el consentimiento mediante el empleo de la fuerza o la intimidación; y *c) dolo*: cuando la contraparte ha inducido a error al otro contratante con el fin de arrancar el consentimiento. El consentimiento expreso debe prestarse por escrito ante la presencia del director o máxima autoridad a cargo del establecimiento en ese momento, lo que establece su responsabilidad directa en tanto garante del ámbito de libertad para la manifestación de la voluntad del interesado.

Una vez sentado lo anterior, aparece el complemento necesario de esta propuesta: la compensación en especie, es decir, compensar en el marco de la ejecución de la misma pena esa “otra pena” que se produce por el desarraigo y que hoy en día, absurdamente, no tiene compensación alguna en la progresividad. En el mejor de los casos –por vía de hábeas corpus o incidente de eje-

13 Cfr. CN Casación Penal, sala IV, causa N° 5222, “Romero, Apolinario A. s/rec. de casación”, reg. N° 6552, 2005/05/05; Sala III, causa N° 4872, “Acceta, Juan Pablo s/rec. de casación”, reg. N° 19/05, 2005/02/04; causa N° 5289, “Fernández, José A. s/rec. de casación”, reg. N° 127/05, 2005/03/08.

cución–, solo se logra retrotraer la situación previa al traslado, reconociendo, con argumentos similares a los expuestos, que si se limitó a hacer referencia al “perfil criminológico” del interno y se omitió exponer acabadamente las razones que motivaron los sucesivos traslados, se incumplieron los mandatos de la ley 24.660¹⁴. La Justicia Nacional de Ejecución Penal parece ir en este camino de preocuparse por un abordaje colectivo de los traslados¹⁵.

Existe un fundamento ético para tal compensación, vinculado con que el Estado debe recompensar en especie a una persona privada de libertad cuando, por razones de organización interna y distribución de sus establecimientos penitenciarios –que obedecen a una concepción positivista de principios de siglo pasado–, su decisión de traslado trae aparejado su “desarraigo”, que atenta contra los propios estándares consagrados en su propia legislación. El Estado no puede alegar su propia torpeza.

La propia ley 24.660, leída e interpretada en esta dimensión, prevé los remedios normativos para que la administración penitenciaria proceda en tal sentido frente a situaciones excepcionales: los arts. 7 y 105 que regulan, respectivamente, la promoción excepcional en la progresividad y el sistema de recompensas. Su artículo 7 establece: “El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se aadecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente”; y el artículo 105 dispone: “Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el apren-

14 Cámara Federal de Casación Penal, causa nro. 592/13, Sala IV “Lefipán, Walter Roberto”, rta. 9/8/2013.

15 Cfr. incidente de “Control de garantías y condiciones de detención en la Unidad nro. 6 del Servicio Penitenciario Federal”, rta. 9/4/2014 por los tres Juzgados Nacionales de Ejecución Penal que funcionan en la actualidad –aunque son cinco–. Tal precedente resulta un elogiable antecedente de la dinámica de gestión judicial que tiene en cuenta todas las razones antes descriptas, así como un reconocimiento del problema sustancial que estoy planteando. Con su dictado se celebró una audiencia en la que estuvieron presentes autoridades del Servicio Penitenciario Federal y de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, las partes actuantes ante este fuero, la Comisión de Cárcel de la Defensoría General de la Nación, la Procuraduría de Violencia Institucional de la Procuración General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, esto es, los actores que de un modo u otro intervienen en esta etapa y que canalizan, invariablemente, todas estas cuestiones. En definitiva, en lo que aquí interesa se ordenó: “1) REQUERIR a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario que los traslados de internos alojados en Complejos Penitenciarios de la región metropolitana a la Unidad nro. 6 de Rawson sean comunicados a los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal con una antelación no menor a los quince días hábiles, debiéndose acompañar en cada caso la fundamentación correspondiente; y en consecuencia, PONER EN CONOCIMIENTO que no deberá ejecutarse operativo de traslado alguno a dicho penal hasta tanto se cuente con la correspondiente autorización del magistrado competente, previa intervención de las partes.”

dizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.”

La “Recompensa” es un premio que se otorga en razón de un beneficio, favor, virtud o mérito, y el decreto 1139/00, reglamentario del art. 105, establece que las recompensas pueden ser: *a) avanzar más rápido en la progresividad del régimen penitenciario; b) mejorar las calificaciones de conducta y de concepto; c) recibir beneficios extraordinarios: becas de estudio; participación prioritaria en actividades educativas, culturales, laborales y/o recreativas; ampliación en la frecuencia y horario de las actividades que se realicen en el establecimiento, extensión en la frecuencia y horarios de visita; donación de materiales de estudio y de elementos de formación y capacitación profesional; traslado a otra sección mejor del establecimiento; propuesta de traslado a otro establecimiento, siempre que no interfiera sus relaciones familiares y sociales; autorización para desempeñarse como colaborador en tareas educativas, culturales, recreativas o laborales en las secciones específicas y según sus propios conocimientos y capacidad; d) ser considerado favorablemente por el servicio criminológico a fin de poder acceder al régimen de salidas transitorias.*

Estas previsiones se ajustan perfectamente en el tipo de compensación que propongo. Por vía judicial deberá comprometerse a la administración penitenciaria para que, a fin de garantizar la viabilidad de esta práctica, proponga en un plazo razonable, pero perentorio, una propuesta general de REP a partir de tales lineamientos. Como alternativa, podría igualmente instrumentarse por vía jurisprudencial sobre la base de estos mismos lineamientos¹⁶.

El estándar con sus resultados esperados tiene sentido si el traslado consentido –o no, pero convalidado por vía judicial– implica automáticamente el acceso a un régimen racional de recompensa previamente tasado; pues no parece tener sentido de justicia que se reconozca ilegítimo, a la luz de la propia ley 24.660, que un detenido cumpla su pena a 1500 kilómetros de su familia, pero no se compense en especie (pena por pena) dicha injusticia.

Además de justa, dicha compensación, en cuanto a la ponderación de intereses y proporcionalidad entre la medida y la compensación (se lo aleja de su núcleo familiar, pero por la compensación extraordinaria en la pro-

16 Incluso podría fijarse un cómputo especial de la pena, en los términos del art. 24 del CP –a partir de las previsiones por ejemplo de la ley 23.070, ley conocida como 3 por 2, todavía vigente– de los días cumplidos bajo esas características (véase el excelente artículo de Diego Luna 2013); o aplicando *in bonam partem* las previsiones del estímulo educativo, previsto por el art. 140 de la ley 24.660, como pauta de referencia objetiva.

gresividad se le permite volver antes a ese entorno), también lo es en cuanto a la racionalidad del sistema, pues disminuirían en forma drástica los niveles de judicialización de los trasladados y también los de conflictividad, pues se compensaría por vía tasada y racional lo que a veces ni siquiera se obtiene por vía de hábeas corpus, presentaciones, etcétera.

De esta manera, el silencio o negativa del detenido (en realidad, la falta de consentimiento prestado expresamente ante la máxima autoridad del establecimiento) habilitaría, sin más, el previo control judicial de la decisión del traslado y permitiría que la decisión administrativa quede supeditada a la convalidación judicial, con participación activa de la defensa, sobre la base de los estándares objetivos que, a la luz de la ley 24.660, fundan el traslado. De concretarse, será, además, recompensado.

Este estándar, así formulado, evitaría que la administración penitenciaria alegue que la medida paralizaría el sistema de trasladados hasta tanto se resuelvan judicialmente, pues los trasladados consentidos –y compensados– se ejecutarían directamente sin pasar por el control judicial. Como contracara, tampoco el sistema judicial de ejecución penal se vería colapsado, porque un sistema objetivo de compensación racional (recompensa) operaría como un verdadero filtro. Me refiero la innumerable cantidad de casos en los que el detenido (como el ejemplo de *Zara*) sopesaría los intereses y optaría por el traslado con la compensación extraordinaria, o bien, judicializaría el traslado, y no lo consentiría porque “verdaderamente” existe una situación *prima facie* de ilegitimidad que debe ser controlada judicialmente. Es decir que en cualquier caso, se garantizaría una dinámica virtuosa que privilegiaría el verdadero sentido del control judicial.

En conclusión, el estándar consistiría en propiciar desde la defensa pública: *a) que se ordene judicialmente la suspensión de todos los trasladados de personas detenidas hasta tanto se sustancie su previo control y convalidación judicial; y, por lo tanto, no se podrá ejecutar salvo que fuera expresamente consentido por la persona privada de libertad y, en ese caso, se activará automáticamente su recompensa extraordinaria en la progresividad –REP–; b) que tal consentimiento debe prestarse en condiciones de libertad, en audiencia ante la máxima autoridad del establecimiento y luego de que el detenido se informe por escrito sobre el REP y respecto de que la falta de tal expreso consentimiento implicará su inmediato control judicial sin que el traslado pueda ser ejecutado hasta que ello ocurra y el traslado, eventualmente, se convalide; c) que el incumplimiento de esa orden judicial supone un acto de desobediencia en los términos del artículo 239 del CP.*

Bajo estas condiciones, los trasladados, tanto los consentidos como los no consentidos y convalidados, seguirían las siguientes reglas: *a) si es consenti-*

do, se ejecuta y es compensado automáticamente (REP); b) si no es consentido, no se ejecuta, se habilita su previo control judicial. Así, podrían indagarse en las verdaderas razones alegadas por el detenido y por la administración para propiciar el traslado y podríamos determinar si: 1. se trata de un problema atendible de violencia institucional; 2. si se trata de un problema atendible de progresividad, desarraigo, etc., 3. incluso si se tratara de la mera voluntad del interno sin aparentes razones fundadas. En cualquier hipótesis, la convalidación judicial implicaría compensación automática (REP).

Esta propuesta resolvería, además, los denominados “pedidos de permanencia”, que en la práctica habilitan una gran cantidad de litigios y judicialización. Si se garantiza judicialmente la vigencia del estándar propuesto, el detenido no podría ser trasladado sin su consentimiento.

En los casos de traslado como sanción formal, lo que prácticamente –e irónicamente y parojojalmente– no existe en el ejercicio de ejecución penal, es una medida de tal gravedad que justifica en cualquier caso su suspensión –art. 96 de la ley 24.660– hasta tanto se sustancie su previo control judicial.

Este estándar garantiza, en definitiva, que la falta de consentimiento del detenido –que incluye su silencio– gobierna su tutela judicial y sus condiciones de detención, y además establece proporcionalidad entre la medida y la posible afectación de los derechos y garantías constitucionales en juego.

Entiendo que con el estándar propuesto se garantizarían efectivamente los derechos de las personas privadas de la libertad, se compensaría en especie –en términos de pena cuantitativa y cualitativa– la pena añadida que supone el traslado, se descongestionaría el sistema de justicia de ejecución y se fortalecería un paradigma de intervención orientado a soluciones colectivas –no abstractas– que operen como reglas individuales y amporen los derechos afectados por prácticas vigentes.

En definitiva, asumo que proponer creativamente soluciones a los problemas siempre es más arriesgado que describirlos, pero también sé que los Juan, los Ulises, los Esteban y las Zara necesitan defensas eficaces para que un **juez** ampare realmente sus derechos, y eso bien vale el riesgo. Trasladémosle, entonces, el problema.

Bibliografía

Bovino, Alberto. 2000. "Control Judicial de la Privación de Libertad y Derechos Humanos". En: *¿Más Derecho? Revista de Ciencias jurídicas*, 1: 256/257.

Corbo, Pablo. 2006. "Las vías de hecho de la administración penitenciaria. El problema más relevante de la ejecución de la pena privativa de la libertad". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 4: 690.

----- 2007. "Ideas para la implementación de una estrategia integral que optimice la intervención de la defensa pública oficial en la etapa de ejecución penal". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 10: 1912 y ss.

Corbo, Pablo y Lorena Fusco. 2010. "Ley de Ejecución Penal -24.660 comentada. Tomo de leyes penales especiales". En: *La Ley*, tomo III, segunda edición: 1319 y ss.

Luna, Diego. 2013. "La ley 23.070 sobre cómputo de la prisión padecida durante la última dictadura militar argentina (1976-1983) y su aplicación analógica a casos de tortura y malos tratos". En: Infojus Digital. WWW.INFOJUS.GOV.AR.

II

PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL RÉGIMEN PROGRESIVO

Breves relatos sobre salidas transitorias, educación y trabajo en el contexto carcelario cordobés

Jorge Perano¹, Julieta Ibañez² y Cristela Rottoli³

I. Introducción

La finalidad del presente artículo radica en hacer una breve presentación, desde el punto de vista de la defensa, de algunos planteos, cuestionamientos, interrogantes e incoherencias que tensionan las prácticas cotidianas de la ejecución penitenciaria en relación con la finalidad de la reinserción social de los condenados.

Se presentará una primera parte en la que se especificará cuál es el único sentido posible –legalmente hablando– del encierro carcelario. En la segunda parte, se analizarán cuáles son los derechos que se encuentran afectados por la condena y cuáles hay que defender, aun en el encierro. En la tercera parte, se mencionarán algunos puntos problemáticos en la cotidianidad carcelaria, como las cuestiones referentes a las salidas transitorias, a la regulación legal del trabajo y a la educación, tratando de hacer un brevíssimo y esquemático relato de la situación cotidiana, su regulación legal y algunos criterios jurisprudenciales.

II. Finalidad de la privación de libertad

Parece una verdad obvia, sobre la que ya no existe opinión contraria, que la única finalidad legal y legítima de la privación de libertad es lo-

¹ Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 Córdoba y a cargo de la Unidad Ejecución Penal ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 y 2 de Córdoba.

² Prosecretaría Administrativa de la Unidad Ejecución Penal ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 y 2 de Córdoba.

³ Escribiente en la Unidad Ejecución Penal ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 y 2 de Córdoba.

grar la reinserción social del penado. Con ello, se deja de lado toda otra posibilidad –siempre latente en los mecanismos represivos estatales– de justificar la detención como un medio de castigo penal. Esto último –no está de más explicitarlo– se encuentra expresamente prohibido por la propia Constitución Nacional cuando expresa: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas [...]” (art. 18 CN).

No es del caso realizar un análisis sociogenético del sintagma “reinserción social”. Sin embargo, sí estimamos necesario remarcar que la adhesión de la República Argentina a la prevención especial positiva –es decir, a la idea de reinserción social– es una decisión de Estado y encuentra pleno respaldo en todo el plexo normativo vigente en el país, integrado específicamente por:

- a. la Constitución Nacional, conjuntamente con los pactos internacionales de derechos humanos –en la parte relativa a esta temática–,
- b. la ley nacional 24.660,
- c. decretos nacionales,
- d. todas las leyes provinciales que se han dictado, conjuntamente con sus decretos reglamentarios, y
- e. las disposiciones, reglamentos y/o directivas del Servicio Penitenciario –ya sea provincial o federal–.

Este complejo normativo también debe complementarse con la idea de jerarquía normativa. Es claro que una norma de rango inferior de ninguna manera puede modificar o alterar el espíritu de una norma de rango superior. Así, atenta contra toda lógica del derecho que un decreto provincial, por ejemplo, modifique el contenido de una ley nacional o del propio Código Penal (como es el caso de la ley 24.660). Este es un principio que se debe tener muy en cuenta a la hora de analizar lo que sucede cotidianamente en el interior de los penales. Debe existir una mirada atenta sobre los decretos provinciales a fin de que no modifiquen la redacción de la ley nacional. Si la modifican, se le estaría dando la facultad al poder ejecutivo –nacional o provincial, según sea el caso– de alterar, por un mero acto administrativo (como lo es el decreto), una ley emanada del Congreso de la Nación, situación que contradice el sistema de división de poderes imperante en nuestro orden jurídico-político.

Entonces, ¿cuál es la finalidad de la privación de la libertad dentro de esa pirámide? Como ya lo adelantamos, en este punto no hay diferencia ni contradicción alguna en todo el plexo normativo aludido, porque hay una clara opción de política criminal del Estado argentino, que elige la prevención especial positiva, la reinserción social del condenado, como la única legitimación que tiene el Estado para privar de libertad a una persona.

En definitiva, no hay dudas de que la única legitimación que tiene el Estado argentino para privar de la libertad a una persona es la preventión especial positiva, esto es, lograr la reinserción social del condenado promoviendo el apoyo y la comprensión de la sociedad (art. 1 de la ley nacional 24.660 y art. 1 de la ley provincial 8.878).

En ese marco, todos los institutos contenidos dentro de la ley 24.660 (libertad condicional, libertad asistida, salidas transitorias, etc.), así como los dispositivos existentes (tratamiento penitenciario, conducta, concepto, etc.), deben ser interpretados en función de la finalidad de reinserción social.

III. El instituto de las salidas transitorias

En la doctrina actual, es unánime la postura que sostiene que, para lograr una adecuada reinserción social, resulta imprescindible la incorporación gradual del interno al medio libre. El instituto de las salidas transitorias se constituye como el primer enlace entre la vida extra muros y el encierro. En este sentido, es un instrumento del tratamiento penitenciario para que el interno pueda también preparar su futura vida en libertad, afianzar sus afectos y rencontrarse con su entorno social.

En efecto, se ha enfatizado en la idea de que cuanto más tiempo un interno permanece privado de su libertad, mayor será el daño –en términos de sociabilidad– que se le ocasione, porque la segregación social tiene la capacidad especial de impedir una verdadera reinserción social. Uno de los modos de mitigar el daño es incorporar al interno a espacios de mayor autodeterminación y libertad. Es en ese enclave que debe analizarse el instituto de las salidas transitorias.

En este mismo sentido, autores de la talla de Axel López y Ricardo Machado (2003: 100) sostienen que las salidas transitorias son “[...] un instrumento dirigido, por un lado, a atemperar las innegables consecuencias desocializadoras propias de la ejecución efectiva de una pena privativa de la libertad y, por el otro, destinado a ser el primer paso real en la preparación del condenado para su reintegro al consorcio social”.

Por otro lado, es claro y contundente Zaffaroni (2002: 953) cuando afirma que las salidas transitorias se han instalado en el régimen normativo con la finalidad de reducir los efectos negativos que estructuralmente produce el encierro, y que esta innovación normativa responde a:

[...] a) los innegables efectos criminógenos o reproductores de la prisionización en acto; b) los efectos deteriorantes difícilmente reversibles de la prisionización (y de cualquier institucionalización total) prolongada;

c) la imposibilidad de ampliar indefinidamente la capacidad hospedante de las instituciones totales; d) la dificultad de mantener el status quo interno en las prisiones superpobladas; e) la necesidad de disponer de alguna manera de pautas para el trato a la masa de presos.

Además, se sostiene que un claro elemento desocializante es el aislamiento y desentendimiento absoluto de la sociedad en su conjunto respecto del mundo intracarcelario. En efecto, autores de la talla de Alessandro Baratta (2004: 380) afirman que resulta de vital importancia “[...] insistir en el principio político de la apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la cárcel. Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel”. Justo en este sentido deben entenderse las salidas transitorias: como un instituto pensado para disminuir la brecha entre el interno y el mundo libre. La reinserción social del condenado, sostiene Baratta (2004: 380): “[...] significa, antes que transformación de su mundo separado (el del interno), la transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran ‘segregados’ en la cárcel”.

III. A. Regulación normativa de las salidas transitorias

En lo que respecta a los requisitos normativos que debe reunir el interno para tener acceso al derecho a gozar de salidas transitorias, en primer término, se debe dejar en claro que el instituto conforma el derecho de fondo, es decir, que está contenido en la ley nacional 24.660 y, por ello, no puede ser alterado por las legislaciones provinciales. Así, hay que precisar que este instituto no es de aquellos tópicos que el legislador nacional ha dejado librado al criterio de las particulares realidades provinciales. Por el contrario, las salidas transitorias se encuentran legisladas en la ley nacional y las provincias deben someterse a dicha legislación.

En esta línea de razonamiento, se observa que el tratamiento normativo de este instituto está en el capítulo II referido a las “Modalidades Básicas de la Ejecución”, específicamente en la sección primera, “Progresividad del Régimen”. Allí se tratan distintos subtemas, como: Períodos (art. 12), Período de Observación (art. 13), Período de Tratamiento (art. 14), Período de Prueba (art. 15), Salidas Transitorias (art. 16 a 22), Semilibertad (art. 23 a 26), Evaluación del Tratamiento (art. 27) y Período de Libertad Condicional (art. 28 y 29). Es decir, el diseño normativo elegido trata las salidas transitorias como un instituto separado e independiente del resto de los puntos tratados en la misma sección.

Concretamente, *el art. 17 de la ley 24.660 contiene los requisitos para poder obtener las salidas transitorias*. Allí se especifica que será necesario:

- a. cumplir un requisito temporal: determinado de tiempo de detención –mitad de la condena– art. 17 inc. a,
- b. no tener causa abierta en la que interese su detención,
- c. poseer conducta ejemplar, y
- d. merecer concepto favorable respecto de su evolución por parte del organismo técnico criminológico.

La norma es sumamente clara. Son cuatro los requisitos, el legislador no ha previsto otros más que los allí enumerados. De haber sido otra su intención, hubiera incorporado otro requerimiento. Entonces, pretender incorporar nuevas exigencias para conceder este instituto, sin duda alguna, violaría el principio de legalidad. Es decir, el juez modificaría la norma, ya que agregaría más requisitos de aquellos cuatro establecidos por el legislador nacional. De este modo, no puede entenderse que para acceder a las salidas transitorias resulte necesario –además– estar incorporado al período de prueba.

La normativa vigente en la provincia de Córdoba resulta confusa, además de ilegal e inconstitucional. En efecto, el decreto N° 344/08 emanado del Poder Ejecutivo de la provincia de Córdoba, con fecha 17/03/2008, que rige desde el 22 de mayo del mismo año y que reglamenta la ley 24.660 –en un claro ejemplo de exceso reglamentario– trata la temática de la progresividad del régimen penitenciario en el Anexo IV. Dentro de este Anexo, las salidas transitorias se tratan en los arts. 40-41 y 45-49. El primero de ellos (el artículo 40) remite a la ley nacional, con lo cual no implicaría ningún tipo de conflicto interpretativo. El aludido artículo expresa: “Cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 17 de la ley nacional 24.660 [...]. Como puede observarse, no hay contradicción alguna entre esta normativa y la nacional.

Sin embargo, la confusión se genera con la redacción del art. 45 del mismo cuerpo normativo. Allí se expresa textualmente:

Para que el interno se encuentre en *condiciones legales y reglamentarias* de ser incorporado a Salidas Transitorias o al Régimen de Semilibertad, deberá reunir, previamente, la totalidad de los requisitos que se enumeran:

- a) Encontrarse en el Período de Prueba,
- [...]
- f) Ser propuesto al Juez de Ejecución por el Director del establecimiento mediante resolución fundada, a la que acompañará lo requerido en el art. 18 de la ley 24.660. [Resaltado propio].

Como puede observarse, el reglamento provincial, además de los requi-

sitos contenidos en el art. 17 de la ley 24.660, agrega dos más (el inc. "a" y el "f") modificando claramente la ley nacional desde el momento en que contiene previsiones expresas que el legislador nacional no ha tenido en cuenta. No hay dudas de que estamos en presencia de un exceso reglamentario, es decir, el reglamento va más allá de la facultad dada por la norma superior, en este caso, la ley.

En efecto, si bien es cierto que existe una norma de la Constitución Nacional que prevé la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 2 de la CN), tal facultad no es ilimitada, sino que tiene una clara demarcación respecto del contenido de la norma reglamentaria. Ese límite está dado por la desnaturalización de la norma que se reglamenta. Vale decir, el decreto nunca puede desnaturalizar el contenido de la norma de se reglamenta. El art. 99 inc. 2 de la CN afirma: "[...] los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

Es claro que bajo la cobertura de nuestro sistema constitucional, es inadmisible que una norma de carácter provincial –ya sea una ley o, menos aún, un decreto provincial– pueda modificar una ley nacional. Si tal situación ocurre, no hay más remedio que la declaración de inconstitucionalidad de la ley de menor jerarquía, es decir, la provincial.

La doctrina más especializada en la materia es contundente cuando afirma que "[...] en caso de verificarse un desborde en la reglamentación, dicho acto devendrá inconstitucional. Ello es así por cuanto, de esta manera, el Poder Ejecutivo se estaría arrogando postestades legislativas y conculcando la división de poderes, que debe ser asegurada en un Estado republicano" (Cesano 2009: 297).

Para mayor claridad aún, el mismo autor cuando se refiere específicamente a la temática de las salidas transitorias, afirma (2009: 298):

Un caso interesante es el que surge del cotejo entre uno de los requisitos que establece la ley nacional de ejecución para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad y la reglamentación que de él realiza el decreto de modalidades básicas de ejecución. En efecto, el art. 17, inciso III, de la ley 24.660, determina que para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación del interno al régimen de semilibertad, se requiere "Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación", y, por su parte, el artículo 34, inciso d, del decreto 396/1999, exige "Poseer conducta ejemplar". Como puede advertirse, por vía reglamentaria, se deja sin efecto cierta flexibilidad en lo que respecta a este requisito.

Como se puede apreciar, este razonamiento es más pertinente aun para el caso del decreto reglamentario cordobés aludido, ya que por vía de un acto administrativo (el dictado de un decreto) directamente se incorporan nuevos requisitos para la obtención de las salidas transitorias. En este sentido, reitero, no existe otra salida procesal que la declaración de inconstitucionalidad del decreto provincial.

La jurisprudencia es clara también en este punto. En efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal –Sala III–, en autos “Coscia, Liliana Gladys s/ Rec. de Casación”, el 19 de marzo del 2010 resolvió casar la resolución que había denegado las salidas transitorias a una persona que aún no se encontraba dentro del período de prueba. El tribunal casatorio entendió:

Con relación a la exigencia de que el condenado se encuentre incorporado al período de prueba para acceder a las salidas transitorias, considero que no constituye un obstáculo para su concesión. De una interpretación armónica de la ley de ejecución, se desprende que la única norma que regula *las condiciones para acceder a las salidas transitorias es el artículo 17, que no exige que se encuentre atravesando el período de prueba.* Por el contrario, el artículo 15 de la ley hace referencia a esa fase como una etapa más del régimen progresivo, enunciando solo que las salidas transitorias integran ese período. Circunstancia que impide concluir, tal como se hizo, que el período de prueba es un requisito para el egreso pretendido. La única exigencia que regula que un interno debe estar incorporado al período de prueba, es el art. 34 inc. E) del decreto 396/99, extremo que no he de tener en cuenta para resolver el presente caso, debido a que reglamentariamente se estableció un requisito que no estaba previsto en la ley. De aplicarse la norma de mención, se estaría vulnerando el principio de legalidad emanado del art. 18 de la Constitución Nacional, principio este que tiene por finalidad –entre otros– limitar la facultad reglamentaria de la administración, con el objeto de no vulnerar los derechos de los presos en el respeto del principio de legalidad en la etapa de ejecución, como así también los artículos 28 y 31 de la CN⁴.

Pero, además de ello, respecto de la obligatoriedad y del carácter vinculante de los informes emitidos por los organismos técnicos del establecimiento penitenciario, el mismo tribunal y en la misma causa ha sostenido:

[...] los informes negativos confeccionados por la administración penitenciaria, tampoco son óbice para acceder a un tipo de libertad como la

⁴ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III “Coscia Liliana Gladys S/ Rec. de Casación” Causa N° 11.777 de fecha 19/03/2010. Resaltado propio.

solicitada, pues únicamente deben ser valorados como elementos probatorios y no como opinión vinculante para el juez, ello en virtud que ese organismo actúa como un auxiliar de la justicia. Asumir una postura diferente implica dejar de lado el principio de judicialización de la ejecución. De esta manera, los informes serán sólo indicativos y el juez los tendrá como un elemento más al momento de solucionar el caso [...].

En el mismo sentido, el titular del Ministerio Público Fiscal que, como se sabe, debe velar por la observancia de la legalidad vigente, ha sostenido con vigor el mismo criterio esbozado en estas páginas. En efecto, el Fiscal ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba ha dicho:

Dicha norma [se está refiriendo al art. 34 inc. a del Decreto reglamentario 396/99] no prevé como requisito para la concesión de las salidas transitorias estar transitando el período de prueba. Tal exigencia fue posteriormente agregada por el decreto reglamentario 296/99 (art. 34 inc. 4). Es decir, reglamentariamente se estableció un requisito que no está previsto por la ley, vulnerándose claramente de esta forma el principio de legalidad (art. 18 CN)⁵.

Así, no solo coincide en esta opinión la Sala III del Tribunal casatorio, sino también la Fiscalía Federal.

Es decir, entonces, que una práctica que parece ser pacífica respecto del momento en el que se debe solicitar la concesión de las salidas transitorias –que, hasta ahora, parece que fuera desde que el interno se encuentra incorporado al período de prueba–; podemos ver que la otra postura es tan viable, posible e, incluso, más correcta, esto es, sostener que se puede solicitar el instituto desde el momento en el que se haya cumplido la mitad de la condena, sumado al resto de los requisitos estipulados en el art. 17 de la ley 24.660. Si bien es un camino poco explorado, creemos que es un gran desafío para la defensa incursionar en él e ir abriendo senderos en el marco de la legalidad vigente que, como se sabe, siempre es circunstancial.

IV. La educación en el contexto carcelario

Como se dijo, el tratamiento penitenciario es el medio que ha establecido el régimen penitenciario a fin de lograr la reinserción social del interno, y es la educación en el contexto de encierro precisamente uno de los puntos mediante el que este tratamiento deberá desarrollarse.

⁵ Dictamen de la Fiscalía ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba de fecha 7 de mayo del 2012 en autos “Guerra Walter David s/ Ejecución”.

Desde la perspectiva normativa, el derecho a la educación se encuentra reconocido constitucionalmente en el art. 14 de la Norma Fundamental, allí se consigna como el “derecho a enseñar y aprender”. Asimismo, se completa la legislación constitucional en la regulación contenida en las declaraciones, tratados, reglas, pactos, etc., de carácter internacional y a los que la República Argentina ha adherido.

Por su parte, en el ámbito interno, la República Argentina ha regulado el derecho a la educación en la ley 26.206, que le otorga el carácter de “un bien público”, “un derecho personal y social”, “una prioridad nacional” y “una herramienta para la construcción de una sociedad justa”, partiendo de la convicción del pleno respeto de los derechos humanos y sus libertades fundamentales (art. 2 y 3 de la ley 26.206). La norma citada ahonda en la realidad de las personas privadas de libertad, y en el capítulo XII establece su finalidad, a saber: “promover su formación integral y desarrollo pleno” sin ninguna discriminación en su ejercicio. Para ello, se pautan objetivos concretos, entre ellos “garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria [...]. Ofrecer formación técnico profesional –en todos los niveles– [...]. Asegurar alternativas de educación no formal [...] estimular la creación artística y la participación en diferentes manifestaciones culturales [...]”.

Posteriormente la ley 26.695 en el año 2011, modifica el capítulo VIII de la ley 24.660, e incorpora la creación del denominado “estímulo educativo” que busca fomentar la formación y capacitación de la persona en contexto de encierro. Con la aplicación de esta política penitenciaria, el legislador intenta avanzar en:

[...] el reconocimiento del derecho de las personas privadas de su libertad a la educación pública, la instauración de la escolaridad obligatoria para los internos que no hayan cumplido el mínimo establecido por la ley, la creación de un régimen de estímulo para los internos y el establecimiento de un mecanismo de fiscalización de la gestión educativa⁶.

Como ya se sabe, con el mero reconocimiento legislativo –si bien es un paso muy importante– de ninguna manera puede pensarse que eso constituye un punto de llegada. Por el contrario, la experiencia demuestra que la labor de la defensa debe hacer que ese reconocimiento expreso sea trasladado a la cotidianeidad carcelaria.

En efecto, la defensa debe bregar por garantizar a las personas deteni-

⁶ Fundamentos que acompañaron el proyecto de ley y que puede consultarse en la página web de la cámara de diputados www.diputados.gov.ar

das el derecho a la educación, entendido como un derecho universal que hace a su condición de seres humanos y que es esencial para la vida en sociedad. De allí que se deba insistir en la responsabilidad estatal de brindar los medios adecuados para su cumplimiento y, de este modo, materializar la integración del ciudadano detenido como miembro pleno de la comunidad en el momento de su libertad. Esto debe promoverse sobre todo entre los grupos más vulnerables respetando de manera absoluta la autonomía de voluntad y el libre albedrío de cada ciudadano.

Así, la promoción del derecho a la educación busca producir un cambio radical en la situación de gran parte de la población carcelaria. La realidad de nuestros sistemas carcelarios nos demuestra que no solo en Córdoba, sino en todo el país, y diríamos que en el mundo, las personas detenidas alcanzan niveles de instrucción muy bajos y solo un grupo reducido posee un oficio (podríamos decir, sin temor a equivocarnos que este es precisamente el sector social que selecciona el sistema penal). Esta escasa instrucción genera obstáculos insalvables en el momento de la inserción en el ámbito laboral, máxime si a ello le añadimos el estigma social que produce una condena de detención en la persona que busca una actividad remunerada cuando recupera su libertad, y la reinserción se torna entonces imposible.

Desde el conocimiento de la realidad planteada, en diferentes casos la defensa ha requerido la incorporación de personas detenidas bajo la modalidad domiciliaria a centros educativos ambulatorios o semipresenciales para completar el ciclo de enseñanza obligatoria, ya que la modalidad de prisión domiciliaria no debe erigirse en obstáculo para el pleno acceso al derecho a la educación.

Asimismo, ha planteado de manera reiterada la necesidad de arbitrar medios alternativos para la certificación de estudios primarios o secundarios de los internos, para poder incorporarlos a la escolaridad secundaria o terciaria, dado que no cuentan con medios para gestionar la certificación pertinente (art. 142 de la ley 24.660).

En relación con la reducción temporal para el acceso anticipado a fases o períodos contemplados específicamente en el reformado art. 140 de la ley 24.660, la defensa ha bregado incansablemente por la aplicación del “estímulo educativo” desde un concepto de incentivo real para los justiciables para continuar su formación educativa, entendiendo a la educación no como un mero instrumento disciplinador, sino como una herramienta compatible con la construcción de un Estado de Derecho; es decir, la utilización de la educación no en la lógica del sistema premial-punitivo, sino en la lógica de habilitación y ejercicio de derechos, es decir, concibiendo a la educación como liberación.

Para ello, debe reconocerse la posibilidad de solicitar el referido estímulo cada vez que conquisten un nuevo logro académico. Así, varios de los planteos de defensa fueron rechazados desde la convicción de que la reducción se aplicaba a fases y períodos, sin considerar la libertad condicional como un cuarto período de tratamiento. Ello motivó la interposición de recursos casatorios que generaron una interpretación jurisprudencial respetuosa de los derechos garantizados. Así, la CNCP en “Ferreyra, Fernando Ariel” ordena la aplicación:

[...] de una interpretación que favorezca a la resocialización del penado permitiendo el acceso paulatino de la personas detenidas a espacios de mayor libertad, dentro y fuera de las cárceles. Debe entonces prevalecer la exégesis que permita estimular la educación de los ámbitos carcelarios que sustenta la reinserción social, por lo que el alcance del art. 140 en el análisis debe comprender a todos los períodos referidos en el art. 12 de la ley 24.660, incluido el de Libertad asistida.

Desde entonces, la capacitación que realizan los internos se considera procedente para la reducción de los plazos para el acceso a la libertad anticipada.

Luego de consolidar la aplicación de estímulo educativo desde una concepción respetuosa de la finalidad resocializadora del tratamiento, comenzaron desafíos defensivos para garantizar distintos aspectos del derecho a la educación en situaciones particulares, aunque se reiteran entre los asistidos:

- ▶ El reconocimiento de la capacitación realizada en el extranjero, dada la universalidad de la educación.
- ▶ La procedencia de cursos de “apoyo escolar”. Es el caso de adultos que concluyeron los estudios primarios hace muchos años y que intentan completar su educación obligatoria realizando un repaso anual de los contenidos del ciclo primario. Sin embargo, esto no ha sido considerado por los jueces para la reducción de plazos, dado que esta capacitación no se encuentra taxativamente enunciada en los incisos del art. 140 ley 24.660, omiten la consideración de la situación particular de cada uno de los justiciables y la conveniencia de la continuidad educativa cuando la desvinculación de la educación formal ha perdurado por muchos años. Este concepto contraviene la obligación estatal de promover la incorporación, permanencia y culminación de los detenidos en este ámbito formativo, dado que sin ese apoyo, el fracaso en la escolaridad secundaria deviene inexorable.
- ▶ La valoración de “cursos de capacitación laboral o equivalente” –cursados y aprobados por los educandos– que carecen de certificación oficial. Así, se ha planteado que la exigencia de la certificación oficial es un requisito pretoriano y *contra homine*, planteo resuelto en sentido adverso.

- ▶ También se han resuelto planteos defensivos de manera contraria a los intereses de los detenidos por considerar insuficiente la carga horaria del curso de capacitación aprobado. Sin embargo, se omite en la resolución la consideración de que la idoneidad de los conocimientos impartidos en los cursos deben ser valoradas por las autoridades del Ministerio de Educación, únicos entes autorizados para tal resolución. De otro modo, estaríamos otorgando facultades pedagógicas al ámbito penitenciario, poder que no otorgan las leyes aludidas al inicio.
- ▶ También se ha exigido, de manera innegociable por parte de la administración penitenciaria, el requisito de anualidad de la cursada de capacitación o del ciclo lectivo, sin embargo, ignoran que los responsables de la oferta educativa son las autoridades nacionales o provinciales, que determinan las capacitaciones que se imparten dentro de establecimientos penitenciarios. De este modo, se han desoído planteos defensivos que requieren la reducción proporcional de los cursos aprobados a la capacitación realizada.

Entendemos que, dada la escasa formación de la población carcelaria, puede resultar insuficiente la oferta educativa en el ámbito formal, sin embargo, deben arbitrarse los medios pertinentes para fortalecerla por medio de una formación informal que busque alcanzar los objetivos planteados.

Asimismo, podemos advertir que la concreción del derecho a la educación es paulatina, circunstancia que jamás debe ser entendida *contra reo*. Entonces, si el Estado no puede brindar una oferta académica formal o cursos certificados por el Ministerio de Educación de la Nación, o con una carga horaria semestral y no anual; la participación por parte de los internos en cursos semestrales no formales o sin certificación no puede erigirse en un obstáculo para el acceso y aplicación del denominado estímulo educativo previsto en el art. 140 de la ley 24.660.

V. El trabajo carcelario

Para abordar este último punto, debemos comenzar por clarificar qué se entiende por trabajo en la actualidad. Si bien esto parecería inconducente, es cierto que la atribución de su significado y alcance se forjó a lo largo de los siglos sobre la base de luchas y conquistas sociales. El diccionario de la Real Academia Española define al trabajo como una “ocupación remunerada”, acepción reservada para el empleo por el Tesauro de la Organización Mundial del Trabajo. Actualmente, existe consenso sobre que el trabajo es la actividad humana dirigida a la producción de bienes o servicios de valor económico a cambio de un salario.

En nuestro país, en el ámbito legislativo, la concepción del trabajo carcelario también ha variado con el transcurso del tiempo: de ser un mecanismo para incrementar la punición, pasó a ser un instrumento fundamental para lograr la finalidad de la pena. Sin embargo, este afortunado cambio normativo no fue acompañado por una modificación empírica del trabajo carcelario, ya que, en muchos casos, sigue siendo una de las formas utilizadas para incrementar el castigo y la vulnerabilidad.

En primer término, debemos distinguir el trabajo de los internos alojados en cárceles federales del de los internos que se encuentran en cárceles provinciales. Si bien la mayoría de las provincias adhirieron a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660), el uso –o abuso, a nuestro modo de ver– de las facultades reglamentarias han desnaturalizado a la norma, vaciándola de contenido. Resulta materialmente imposible realizar en un título un análisis pormenorizado de las situaciones particulares de cada una de las provincias, por lo que nos centraremos en la experiencia cordobesa que, en alguna medida, se acerca a lo que sucede en las demás provincias argentinas.

En el ámbito federal, los internos perciben por su labor las tres cuartas partes del Salario Mínimo Vital y Móvil si el destinatario de la actividad laboral es el Estado, y perciben lo que le corresponde a un trabajador de esa categoría en la vida libre si lo hace para una empresa privada (art. 120, ley 24.660). Además se le practican las deducciones correspondientes a la Seguridad Social.

Como es sabido, el desafío inicial fue lograr la declaración de inconstitucionalidad de la detacción del 25% del salario para destinarlo a costear los gastos que genera el interno al establecimiento (art. 121 inc. “c”, ley 24.660). Por fortuna, la improcedencia de este descuento es pacíficamente aceptada, hace poco la Corte Suprema de Justicia de la Nación no solo confirmó que el descuento atenta contra los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, sino que remarcó el efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad (CSJN, “Recurso de Hecho -Muñoz Carolina Marité y otros s/ robo calificado, etc.”, Causa N°256/09, rta. 06/05/2014). Ahora bien, los esfuerzos se dirigen a subsanar la arbitraría discriminación de la norma al determinar una deferencia sustancial en la remuneración basada en el destinatario de los bienes o servicios producidos por los internos trabajadores, y también a la ilegítima fijación de un salario inferior al dispuesto por el art. 14 bis de la CN.

En el ámbito provincial, la situación de los internos trabajadores es exasperante. Específicamente, en la provincia de Córdoba la mayoría de las personas privadas de la libertad no solo no reciben la remuneración legal, sino que incluso muchas de ellas trabajan sin percibir pago alguno.

En efecto, para poder ingresar a los programas laborales “pagos” se requiere que los internos presten servicios en carácter de “voluntario” durante un tiempo que no está establecido y que varía según el criterio del jefe de laborterapia de turno. Se han registrado casos de personas que trabajaron treinta (30) meses sin percibir retribución alguna, porque los tribunales consideraron válida la excusa de falta de vacantes remuneradas alegada por la administración penitenciaria. Además, en muchos casos no se trataba de fajinas (limpieza de espacios comunes), sino tareas desarrolladas en el sector de industria (por ejemplo, fábrica de pastas, elaboración de productos de limpieza, tapicería, herrería, etcétera).

Cumplida esta etapa, y si existen vacantes, se incorpora al interno dentro de las tareas remuneradas donde, a título de “pago estímulo”, se le abona mensualmente una suma que varía entre los noventa (\$90) y los ciento ochenta pesos (\$180) mensuales según tres categorías establecidas, y pueden llegar a los doscientos veinte pesos (\$220) por fuera de ellas. Sobre el pago de estímulo se efectúan deducciones consignadas en los recibos como “descuentos no remunerativos” que, aparentemente, corresponden a inasistencias (decreto 344/2008 anexo 4 art. 15 del poder ejecutivo de la provincia de Córdoba; y disposiciones 276 de fecha 17/7/2007 y 1110 del 28/10/2009, ambas emitidas por el jefe del servicio penitenciario de la provincia de Córdoba).

Con posterioridad, algunos internos logran ser “fichados”, en realidad, se trata de una escasa minoría respecto de la población total. Aquí también existen categorías, por lo que desde el ingreso a este régimen de pago no se le retribuye las $\frac{3}{4}$ partes del SMVM al interno trabajador, como establece la ley 24.660 en su art. 120. La forma prevista es la siguiente: en la categoría “A” se abona el 38% de las $\frac{3}{4}$ del SMVM; en la “B”, el 50% de las $\frac{3}{4}$ partes del SMVM; en la categoría “C”, el 75% de las $\frac{3}{4}$ partes del SMVM; en la categoría “D”, el 88% de las $\frac{3}{4}$ partes del SMVM y, finalmente, en la “E”, el 75 % del SMVM –o sea la remuneración legal–.

Esta situación ilegítima se instrumentó mediante el abuso de las facultades reglamentarias. Así, en el Anexo IV del Decreto Reglamentario 344/08 del poder ejecutivo de Córdoba, se dispuso:

Se fija en las tres cuartas partes del salario mínimo vital y móvil la retribución que percibirá el interno afectado a la actividad productiva de bienes o servicios, siempre que los mismos tengan como destino el Estado o entidades de bien público. Cuando se trate de labores generales del establecimiento o servicios encomendados por autoridad competente y constituyan la única ocupación, los internos percibirán una gratificación económica o pago estímulo cuyo importe será propuesto por el Jefe del Servicio Penitenciario Provincial al Ministerio de Justicia (art. 15).

[...]

La liquidación del ingreso dinerario que deba percibir el interno se practicará conforme las categorías o nivel de actividad productiva en que se encuentre incorporado según la naturaleza del trabajo, el nivel de capacitación, formación y profesionalidad alcanzadas, las que serán determinadas por el Jefe del Servicio Penitenciario de Córdoba (art. 16).

En función de esto, el jefe del Servicio Penitenciario de Córdoba emitió la disposición N° 266/2007 referida a la remuneración, y la N° 276/2007 referida al “pago estímulo”, cuyo contenido se desarrolló en los dos párrafos anteriores.

En el caso de la resolución N° 266/2007, debido a que su inconstitucionalidad no admitía ningún tipo de disquisición porque el quantum salarial está previsto en la ley 24.660, los planteos defensivos tuvieron una favorable acogida. En cambio, las diferencias de criterio se manifestaron respecto del trabajo “voluntario” y del “pago estímulo”.

Debemos tener presente que en el ámbito carcelario existen dos tipos de trabajos: el voluntario, que es uno de los pilares del tratamiento penitenciario; y el obligatorio, que hace a cuestiones de aseo que permitan una adecuada convivencia. El trabajo voluntario es siempre remunerado (art. 106 y 120 ley 24.660) y este no exime de realizar el trabajo obligatorio. Sin embargo, si el trabajo obligatorio constituye la única labor asignada al interno, este, también, debe ser remunerado (cfr. art. 111 ley 24.660).

En la mayoría de los casos, estamos ante trabajo voluntario, es decir, aquel que se desarrolla como parte del tratamiento, que busca brindar una formación laboral que facilite la inserción al mercado, y que es valorado en las actualizaciones tratamentales por el área de laborterapia. Por lo que entendemos, pese a que el Servicio no lo retribuya o efectúe el “pago estímulo”, ninguna de estas modalidades se ajusta a lo dispuesto por la ley.

El trabajo voluntario intramuros siempre es pago –así como lo es el obligatorio, si es la única ocupación– y el monto dispuesto por el art. 120 de la ley 24.660 fija el límite, el piso o el mínimo del salario de un interno. Nuestra legislación no admite el trabajo sin remuneración dentro de las cárceles porque la esclavitud se encuentra prohibida en nuestra Carta Magna. Por su parte, el “pago estímulo” más que una retribución por el trabajo realizado por el condenado, es una dádiva que ni siquiera supera el monto de la Canasta Básica Alimentaria. Así, resulta ilusorio pretender que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, si el propio Estado provincial no la cumple. Sin embargo, pese a que el plexo normativo aplicable es claro –art. 14 bis y 75 inc. 22

CN, art. 23 DUDH, 23 inc. 3 de la Constitución de la provincia de Córdoba, art. 107 inc. "f", 111 y 120 de la ley 24.660 y ley provincial 8.878- el "prudente arbitrio judicial" se hizo presente.

De este modo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, pese a la oposición del fiscal, admitió las pretensiones defensitas y ordenó la readecuación salarial, la liquidación y pago de todos los montos remunerativos no abonados hasta el momento de la resolución. Declaró improcedentes los "descuentos no remunerativos" y arbitró su devolución (TOCF N° 1, Almada, E.I. s/ ejecución penal, rta. el 19/09/2013).

Por el contrario, el TOCF N° 2 de Córdoba admite el pago del trabajo voluntario dentro de los términos en que lo justifica el Servicio Penitenciario de Córdoba -capacitación para su posterior inclusión en programas laborales- y entiende justo el "pago estímulo", ya que considera que la provincia no ha hecho otra cosa que ejercer su facultad de reglamentar la ley. Este fue el criterio sostenido en reiteradas oportunidades, por ejemplo en: "Borgeat, C.E.J.", "Díaz, V.R.", "Alcaraz, O.A.". Obviamente, tampoco admite la procedencia de la remuneración en caso de que esta sea la única ocupación del interno. En su afán de justificar lo injustificable, los argumentos que utiliza el Tribunal son tan variados que ha llegado, incluso, a contradecir sus propias resoluciones.

Pese a esto, lo que mayor estupor causa son los fundamentos que reiteradamente ha esgrimido en Sr. Fiscal General, que luego de hacer una serie de reflexiones que parecen incompatibles con quien tiene asignada la responsabilidad de "[v]elar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República" (art. 25 inc. "g" ley 24.946), afirma que admitir lo planteado por la Defensa implicaría continuar abonando a "la creencia popular de que los delincuentes tienen más derechos que los hombres de bien" (este criterio ha sido sostenido en: "Almada E. I. s/ Ejecución penal", "Romano Aníbal Nazarno", "Perez Luis A.", entre otros).

Esta lamentable frase, así como otras de sus argumentaciones, fue utilizada por el medio gráfico más importante de la provincia para sostener que las arcas provinciales estaban en riesgo debido al gran número de reclamos formulados por la Defensa de los internos federales sobre la base del precedente "Almada". Sin embargo, los hechos conspiran contra los dichos. Es que la provincia firmó un acuerdo con el Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación en diciembre de 2013, donde se fijó que la Nación abonara a la provincia la suma de doscientos treinta pesos diarios por interno. Con ello, en un día la provincia de Córdoba recibe más que lo que un interno percibe por mes en concepto de "pago estímulo". Además no sería una justificación suficiente por parte del Estado argüir cuestiones presu-

puestarias, ya que no es admisible que nuestros tribunales toleren que se siga “castigando a los castigados”. Como se ha expresado:

[Si] resulta difícil explicar el valor de las normas jurídicas formalizadas en la ley para una persona concreta en una situación concreta, para entender qué puede hacer al respecto según la ley y sus mecanismos de protección. Resulta aún más difícil entonces explicar por qué la ley, que se presume coherente, que se presume que surge naturalmente del orden de las cosas, muchas veces no es coherente, no funciona, o es citada para justificar situaciones, decisiones o criterios que funcionan justo al revés de lo que la ley dice (Gutiérrez 2010: 13).

Afortunadamente, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha hecho lugar al recurso de casación interpuesto en autos “Díaz, V.R.” y señaló:

[...] se desprende de la normativa en estudio que todo preso que desarrolla tareas en el interior de un establecimiento penitenciario, sea procesado o condenado, tiene reconocido su derecho al cobro de peculio, incluyendo a quienes desarrollan tareas de fajina. Como regla general, su situación laboral, incluido su salario, debe regirse bajo las normas que regulan el trabajo de cualquier persona que se encuentre en libertad [y que] asiste razón al recurrente en cuanto a que la resolución impugnada no es válida ya que carece de la debida fundamentación. En primer lugar, porque en el caso de que el trabajo realizado por el interno en la granja fuera su única actividad laboral, el mismo debería ser remunerado tal cual lo regula el art. 120. Si por el contrario, las labores generales no fueran su única actividad, su otra ocupación debería haber sido fehacientemente corroborada, y acreditar el pago de un salario de acuerdo a lo dispuesto por la ley 24.660. Ello porque el trabajo voluntario es uno de los pilares del tratamiento penitenciario y debe ser siempre remunerado, en concordancia con la normativa que regula el trabajo en libertad (CNCP, Díaz, V.R. s/ recurso de casación, Causa N° 833/2013, rta. el 28/03/2014).

VI. Conclusión

Por todo lo reseñado, puede fácilmente colegirse que la situación de los internos alojados en cárceles provinciales o, por lo menos, en las de la provincia de Córdoba es preocupante, debido a que todavía existen operadores jurídicos –federales y provinciales– que procuran hacer que la ley diga lo que no dice y que legitiman la aplicación de normas –que no resisten en menor test de constitucionalidad.

Finalmente, deseamos señalar que, como integrantes de la Defensa Pública, no debemos perder de vista que estamos ante personas vulnerables, ya

que se encuentran sometidas a un proceso de “prisionalización” que constantemente produce y reproduce esa vulnerabilidad. Identificar las formas solapadas por las cuales se administra mayor castigo es nuestra responsabilidad y procurar que concluyan es nuestra obligación. La tarea no es sencilla, pero es el compromiso que hemos decidido asumir. Muchas veces lucharemos contra molinos de viento, otras tantas lograremos derribar a los gigantes.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro. 2004. "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado". En: *Criminología y sistema penal*, 376-393. Montevideo: B de F.
- Cesano, José Daniel. 2009. *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni.
- Gutiérrez Mariano 2010: 13. *Derecho y sistema penal: La dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro*. Ministerio de Educación, Presidencia de la Nación 2010.
- López, Axel y Ricardo Machado. 2003. *Ánalisis del régimen de ejecución penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. Año 2002. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

El derecho a la educación en la cárcel. Los estímulos educativos como herramienta para un goce efectivo

Por Gabriel Marnich¹

I. Introducción a la problemática: reforma legal y situación carcelaria

La ley nº 26.695 modificó la ley nº 24.660 sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad e incorporó, en su artículo 140, el estímulo educativo. Su regulación se traduce en una potente acción positiva estatal para garantizar el efectivo goce del derecho a la educación de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, la población carcelaria, de acuerdo, al menos, con las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia.

El derecho a la educación está consagrado, en la esfera local, en el artículo 14 de la Constitución Nacional, regulado por ley nº 26.206; y en lo que aquí interesa, en el artículo 133 de la citada ley de ejecución penal. En el ámbito internacional, el derecho a la educación se encuentra previsto en el artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El amplio reconocimiento convencional, constitucional y legal de este derecho obliga al Estado a poner en práctica mecanismos que procuren su goce efectivo y a ejecutar acciones positivas para que la educación no resulte solo un derecho proclamado, sino una tarea cotidiana. Es, precisamente, en este contexto en el que debe entenderse el diseño del estímulo educativo regulado ahora en la ley de ejecución penal.

¹ Prosecretario letrado de la Defensoría General de la Nación. Auxiliar docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la cátedra de Derecho Constitucional.

En efecto, el derecho a la educación en la cárcel no se garantiza únicamente *llevando la escuela* a dicho establecimiento, poniendo a disposición de las personas detenidas una determinada cantidad de cursos u oferta académica, ni otorgando permisos para salir a la Universidad. Esto es muy positivo, pero no es suficiente; y no es suficiente porque el contexto de la cárcel es un escenario hostil, cuya cotidianidad obliga, en la mayoría de los casos, a tener como único horizonte la supervivencia.

Aunque el discurso legitimante del poder punitivo se enlace con las teorías de la prevención especial positiva, lo cierto es que:

En la ciencia social está hoy demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado. Se conoce el proceso interactivo y la fijación del rol que conlleva requerimientos conforme a estereotipo y el efecto reproductor de la mayor parte de la criminalización [...] la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos.
[...]

Ante el fracaso de las ideologías de la resocialización y de todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas [...], resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados [...]. Se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir, a la idea de prisión como pena de muerte eventual [...] (Zaffaroni et ál. 2008, 62-63 y 932-933).

En el caso “Penitenciarías de Mendoza”, del 22 de noviembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la recolección de datos efectuada por la Comisión IDH acerca del estado de las cárceles en esa provincia. Estas no garantizaban el derecho a la vida, ni a la libertad personal, ni tampoco las condiciones mínimas compatibles con la dignidad de todo ser humano. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, por su parte, sostuvo, en relación con la situación actual de las cárceles en la Argentina:

Pese a la información proporcionada por el Estado Parte relativa a las medidas tomadas para mejorar la capacidad de alojamiento, continúan preocupando al Comité las condiciones imperantes en muchos centros penitenciarios del país, incluido el alto índice de hacinamiento, la violencia intracarcelaria y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, en particular en materia de higiene, alimentación y atención médica [...]. El Estado Parte debe adoptar medidas eficaces para poner fin al hacinamiento en los centros penitenciarios y garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10. En particular, el Estado Parte debe tomar medidas para que se cumplan en el país las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas [...] (Informe del 22 de marzo de 2010).

Por eso, además de la intervención estatal en la solución concreta de las falencias estructurales de la cárcel, que colaboran sin duda con la violencia intracarcelaria; los estímulos educativos *impulsan la actividad educativa para mejorar su rendimiento y calidad e incitan a las personas detenidas a que estudien*. Ello garantiza una libertad más pronta, y aunque el objetivo primero –al menos, en apariencia– sea solo ese, lo cierto es que su puesta en práctica incide positivamente no solo en una mayor y mejor libertad, sino también en la integridad moral de las personas detenidas y, en consecuencia, reduce los niveles de violencia antes señalados.

II. El derecho a la educación en las cárceles

La educación nos vincula con la dignidad misma de la persona y su desarrollo como tal. Si bien a partir de esta herramienta –los estímulos–, la persona puede salir anticipadamente de la cárcel, su libertad ya no será solo del hierro de las rejas, sino de las cadenas de la opresión.

Es interesante el trabajo realizado por las profesoras Liliana Judit Berenstein, Laura Navarro, Laura Lareu y Cintia Zungri, en el marco del Proyecto de Voluntariado Universitario “Alfabetizar para la Libertad”, coordinado por profesores de la carrera de Psicopedagogía, en el que intervienen estudiantes avanzados de la Carrera de Psicopedagogía pertenecientes a la Escuela de Humanidades de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Este trabajo se basa en la observación del proceso educativo en la cárcel y, a partir de esta experiencia, las referidas profesoras destacan que la educación “posibilita tanto la inclusión simbólica como social y habilita el ejercicio de otros derechos”; y que el acto educativo funciona como “anti-destino”. Subrayan, asimismo, la falta de acceso en América Latina de un gran número de jóvenes y adolescentes a bienes materiales elementales que garanticen su subsistencia y desarrollo, como también a bienes culturales, y que esta imposibilidad material y simbólica de construirse a sí mismos genera no solo la exclusión social actual, sino la fijación en un lugar determinado; por lo tanto, de inmovilidad social y de exclusión. Las autoras sostienen:

En estos contextos de privación de la libertad operan mecanismos de despersonalización propios de las instituciones totales. Los mismos producen una reorganización absoluta de la vida de los “internados” en ellas. Su éxito depende de su capacidad para actuar en la identidad de los sujetos a través de una serie de prácticas o rituales institucionales destinados a convertirlos en “objeto” y sobre todo en objeto de sometimiento y dolor. A partir de este conocimiento la escuela puede ofrecer una multiplicidad de formas de contrapesar estos efectos, desplegando una heterogeneidad de posibilidades de una educación con trabajo de subjetivación, de personalización y de forma de asociación con otros

que no sólo resisten, sino que transforman la experiencia de los sujetos en la cárcel (Berenstein et ál., página 4).

Por eso, concluyen en que el espacio creado entre internos alfabetizadores y alfabetizandos se constituye en una instancia que interviene en la construcción de las personas como sujetos de derecho, promoviendo su desarrollo personal y, de esa forma, reducen su vulnerabilidad al mejorar su posición subjetiva.

En la mayoría de los casos es, precisamente, la restricción sistemática para acceder a este derecho lo que coloca a la persona dentro del sistema penal. La escasez de opciones reales influye, sin duda, en su autodeterminación y es ese estado de vulnerabilidad lo que traslada el reproche, en mayor medida, del sujeto hacia el Estado.

La educación, entonces, por su significación, se erige como un derecho de primera categoría, porque se vincula con la libertad y la dignidad de la persona, y su garantía es deber del Estado de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, *Velázquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia del 29/07/1988).

Como ya se dijo, la puesta en marcha de los estímulos en cuestión supuso una acción positiva del Estado en materia educativa, pues pretende garantizar el derecho a la educación de las personas privadas de libertad, y es por eso que su aplicación en cada caso concreto debe considerar tal derecho como central.

III. El estímulo educativo en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal

En la actualidad, la mayoría de los jueces integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal sostienen un criterio amplio en la materia.

Luis María Cabral, Ángela Ledesma, Alejandro Slokar, Pedro David, Mariano Borinsky, Gustavo Hornos y Juan Carlos Gemignani afirman que el estímulo educativo se aplica para reducir los plazos requeridos para avanzar en las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario, entre los que se incluyen la semilibertad, las salidas transitorias, la libertad condicional y la libertad asistida (“Cáceres, Claudio Aníbal”, del 14/08/2012, reg. n° 1348/12 de la Sala IV; “Carabajal, Claudio Ezequiel”, del 26/09/2012, reg. n° 20.480 de la Sala II; “Abdullani, David Musa”, del 06/03/2013, reg. n° 150/2013 de la Sala II; “Brossio, Gastón Darío”, del 22/03/2013, reg. n° 20.746 de la Sala I).

En ese sentido, la jueza Ledesma –a cuyo voto adhirieron los jueces David y Slokar– sostuvo en el caso “Abdullani, David Musa”:

[L]a interpretación del sistema progresivo debe hacerse desde un punto de vista integral, que no se limite únicamente a las fases y períodos anunciados en el art. 12 de la ley 24.660 sino que incluya a todos aquellos institutos que impliquen una morigeración del encierro (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida). [C]on la modificación del art. 140 de la ley de ejecución, se introduce a ese régimen el derecho a la educación, entendido como un estímulo que permite a las personas privadas de la libertad reducir los plazos para avanzar en ese sistema progresivo.

La jueza Ana María Figueroa, por su parte, excluye su aplicación a los institutos de la libertad condicional y libertad asistida, mientras que Eduardo Riggi y Liliana Catucci postulan una interpretación aún más restrictiva de la norma, ya que, a diferencia del resto de sus colegas, entienden que los estímulos no se aplican ni a las salidas transitorias, ni a la semilibertad, ni a la libertad condicional y tampoco a la libertad asistida. Estos jueces sostienen que, como el art. 140 alude a “fases y períodos” y esos institutos no son tales, no pueden estar incluidos; en cuanto a la libertad condicional, específicamente, sostienen que no es un periodo del régimen progresivo *stricto sensu*, sino un instituto previsto en el ordenamiento sustantivo y que lo normado por el art. 140 no se extiende ni modifica los requisitos temporales exigidos por el artículo 13 del Código Penal para la procedencia del instituto (“Antonini, Ana María”, del 13/09/2012, reg. n° 1308/12 de la Sala III).

Es así que la jueza Figueroa, al resolver el caso “Domínguez, Mario Andrés” (del 24/5/2012, reg. n° 19.976 de la Sala II), explicó:

[E]l legislador de haber tenido la intención de modificar el requisito temporal pautado por el artículo 13 del Código Penal, expresamente lo hubiese plasmado en la norma a fin de no dejar de lado situaciones especiales como la aquí planteada [...] Bajo esta argumentación, analizada la situación de Mario Andrés Domínguez, resulta acertada la resolución recurrida en punto a rechazar la excarcelación solicitada en los términos de la libertad condicional, pues en el caso no corresponde hacer la reducción establecida en el artículo 140 de la ley 24.660.

Por otro lado, los jueces Catucci y Riggi, en el caso “Harica Mendoza, Carlos Ramón” (del 12/10/2012, reg. n° 1463/12 de la Sala III), sostuvieron:

[L]o deseable hubiera sido que el legislador optara por una reducción de la norma que en forma que en forma expresa e inequívoca consagra-

se la posibilidad de extender los beneficios del estímulo educativo a los distintos institutos y beneficios previstos en el régimen penitenciario. Pero en la medida en que ello en nuestra apreciación no ha sido así, no corresponde que avancemos sobre potestades constitucionalmente ajenas y suplamos mediante forzadas interpretaciones de la redacción de la ley, acordándole un alcance que claramente exorbita los precisos términos en que ella fue concebida (voto del juez Riggi).

[S]egún la exposición de motivos de la nueva ley, se quiso garantizar ‘a toda persona privada de su libertad el acceso irrestricto a una educación acorde a sus necesidades y el cumplimiento de la escolaridad obligatoria’ [...] Ese es el objetivo y su estímulo está circunscripto a una avance en las etapas de progresividad del régimen de condenados sustentado en la constancia, disciplina y esfuerzo del justiciable, valores que sólo inciden en un acortamiento de los lapsos legales establecidos para pasar de una fase o período al siguiente. Procurar darle a la ley un alcance distinto al de su contexto es un recurso ambicioso traído por la defensa en su empeño por lograr el deseo de su pupilo (voto de la jueza Catucci).

La interpretación restrictiva de la norma de los Dres. Riggi y Catucci no garantizan, a mi criterio, el derecho a la educación de las personas privadas de libertad, que fue lo que justamente motorizó la reforma legislativa. Tal exégesis anula el carácter estimulante de la norma, ya que su aplicación quedaría reducida a un escaso número de supuestos, y con poca incidencia en la libertad de las personas.

Por eso, esta aplicación limitada de los estímulos educativos se erige como un obstáculo en la *acción positiva* que desde el Poder Legislativo significó la nueva norma del art. 140 de la ley 24.660, circunstancia que no se compatibiliza con las obligaciones asumidas por el Estado argentino plasmadas en los arts. 1 y 2 de la CADH.

IV. El criterio amplio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Luego de la intervención de nuestro máximo tribunal en la materia en estudio, estimo que el criterio restrictivo señalado arriba está agotado. En efecto, en el caso “Villalba”, la Corte hizo lugar a la queja interpuesta por la Defensa Pública Oficial y declaró procedente el recurso extraordinario con remisión al dictamen del Procurador Fiscal que, por su parte, se remitió al dictamen de la Procuradora General de la Nación emitido en el expediente C.126, L.XLIX, “C. M. Pedro s/causa nº 15.480” del 3 de octubre de 2013 (CSJN, “Villalba, Miguel Clemente s/causa nº 16.255, V.124.XLIX del 07/10/2014).

En aquella oportunidad, la Sala IV de la CFCP revocó la decisión del juez

de ejecución que rechazó la libertad asistida solicitada por la persona detenida con aplicación de los estímulos, y frente al recurso extraordinario interpuesto por la fiscalía, la Dra. Gils Carbó afirmó:

El legislador ha buscado por este medio incentivar a las personas que están cumpliendo condenas de prisión a que comiencen o retomen hasta su finalización actividades educativas, en el entendimiento de que existe una relación comprobable entre el desarrollo personal a través de la educación y la reintegración social, considerada el objetivo central y prioritario de la pena [...]. En mi opinión, la norma del artículo 140 de la ley 24.660 constituye un incentivo eficaz en la medida en que sea interpretada con el alcance que le atribuyó la cámara de casación al hacer lugar a la solicitud. [...]

[...] en primer lugar, porque aun cuando la libertad asistida (art. 54 de la ley 24.660) no se encuentra específicamente incluida dentro de los cuatro períodos en los que está estructurado en forma progresiva el régimen penitenciario (arts. 6 y 12 de esa ley), su caracterización como tal mediante una exégesis amplia resulta consistente con la decisión del legislador de establecerla como una modalidad de ejecución de la pena propia del tramo final de ese régimen progresivo, en el que se procura que la regla sea la libertad sujeta a ciertas pautas de conducta [...] [y] en segundo lugar, aquella interpretación asegura que el artículo 140 de la ley 24.660 funcione como incentivo para todas las personas privadas de su libertad, cualquiera fuere la etapa del régimen penitenciario en la cual se encontraren.

Finalmente, la Procuradora aseguró:

De ese modo, se garantiza el derecho de toda persona privada de su libertad a la educación pública (conforme los parámetros constitucionales) y, simultáneamente, se asegura el objetivo de la ley 24.660 de “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” (art. 1).

V. La situación de los procesados

Otro aspecto problemático relativo a la aplicación de la norma contenida en el artículo 140 de la Ley de Ejecución Penal se presentó en la resolución de la situación de las personas procesadas.

Esta dificultad se advierte con claridad en la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de la CABA que rechazó la aplicación de los estímulos a una persona detenida con sentencia de condena recurrida por su defensa

debido a su calidad de procesado, con la excusa de que, por ello, no participaba del régimen de progresividad penitenciario en tanto herramienta necesaria de la resocialización (Expte. CCC29208/2006/T01/1, caratulado “Centurión, Carlos Aniano s/excarcelación”, resuelta el 26/06/2014).

Este criterio tampoco garantiza el derecho a la educación. Una vez más, la población carcelaria, sean procesados o condenados, requiere estímulos para usufructuar ese derecho, motivo por el que la norma del art. 140 debe interpretarse específicamente desde la órbita de este derecho. La discriminación entre condenados y procesados con prisión preventiva, en este aspecto, dejaría a todo un sector de la población carcelaria fuera del sistema educativo, cuyo criterio de discriminación no supera el control de razonabilidad de la norma según el art. 16 de la Constitución Nacional.

Precisamente por ello, en el caso citado y frente al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, la Sala IV de la CFCP –por mayoría–, casó la resolución recurrida y la revocó para que el Tribunal Oral emitiera un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. El juez Gustavo Hornos sostuvo:

“[...] la reforma introducida con la ley 26.695 consagra el derecho universal a la educación de las personas detenidas, sean procesadas o condenadas, sin ningún tipo de discriminación”; mientras que su par, Juan Carlos Gemignani, aportó: “[...] ha sido clara mi postura en orden a que el estímulo educativo analizado se aplica a aquel que elija capacitarse y mejorar su disposición al cumplimiento normativo, lo que será valorado para la reducción de la culpabilidad compensatoria” (“Centurión, Carlos Aniano”, del 01/10/2014, reg. n° 1984/14.4 de la Sala IV).

VI. El artículo 140 y su reciente reglamentación.

El 28 de enero del año 2015 se firmó el Decreto n° 140/15, publicado en el Boletín Oficial el 10 de febrero del mismo año, que reglamentó el Capítulo VIII de la ley 24.660.

Entre sus considerandos destacó, precisamente, la relevancia del derecho a la educación y su positiva incidencia en la población carcelaria:

Que el acceso a la educación y al conocimiento constituyen un derecho personal y social que debe ser garantizado por el Estado Nacional.

Que posibilitar el ingreso al sistema educativo sin limitaciones ni discriminaciones y en condiciones dignas, contribuye a la inclusión social de las personas.

Que las políticas de promoción y protección del derecho a la educación,

consensuadas en el marco del Consejo Federal de Educación del Ministerio de Educación, se orienta a generar las condiciones de igualdad que permitan el acceso a la educación a todas las personas, incluidas aquellas que se encuentran privadas de libertad.

Que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la República Argentina ha suscripto, reconocen el derecho a la educación como un medio para el desarrollo personal y para el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En esa línea, en relación con el artículo 140 de la ley 24.660, el decreto reglamentario dispuso que:

La aplicación del estímulo educativo previsto en este artículo comprende a todas las instancias que exijan temporalidad y que conforman avances dentro del régimen de progresividad de la pena, excepto el periodo de observación. En consecuencia, será aplicado al tránsito de la fase de confianza al periodo de prueba, al periodo de prueba en sí mismo y a todos los egresos transitorios y anticipados comprendidos en la ejecución de la pena, no modificando la fecha de agotamiento de la misma.

De esta forma, entiendo que la cuestión quedó definitivamente zanjada, y el criterio restrictivo aplicado por algunos jueces, finalmente desautorizada. Es claro, en consecuencia, que los estímulos educativos se aplican no solamente para reducir los plazos requeridos para avanzar en las distintas fases y periodos de la progresividad del sistema penitenciario, sino también para los casos de semilibertad, las salidas transitorias, la libertad condicional y la libertad asistida.

VII. Conclusión

En conclusión, considero que en los casos en los que se discuta la vigencia de los estímulos educativos previstos en el actual art. 140 de la ley 24.660, el argumento central para reclamar su aplicación debe considerar principalmente el *derecho* a la educación, que es independiente del *principio* de resocialización, porque permite pensar su eficacia desde una categoría superior.

En aquellos casos en los que se intente una interpretación restrictiva de la norma, corresponde exigir un amplio control de convencionalidad, según los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Almonacid Arellano v. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú* del 26/09/2006 y 24/11/2006 respectivamente, a fin de que se garantice el derecho a la educación. La Sala IV de la CFCP procedió de este modo en un caso en el que el Servicio Penitenciario Federal –por falta de cupos– no le permitía a una persona detenida anotarse en los cursos de formación pro-

fesional que se dictaban en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. El tribunal decidió, en consecuencia, hacer lugar a un hábeas corpus correctivo interpuesto por la Defensa Pública Oficial, precisamente sobre la base del derecho a la educación y el deber de garantía del Estado a su respecto (CFCP, Sala IV, FLP 7470/2014, caratulada “Trapanesi, Diego Hernán s/recurso de casación”, resuelta el 18 de julio de 2014).

El acceso al derecho a la educación de personas en situación de vulnerabilidad exige acciones positivas por parte del Estado, y los estímulos educativos se erigen como una herramienta idónea para un goce efectivo.

No debemos subestimar el poder de la educación como herramienta de transformación. Es en ese escenario que corresponde evaluar su construcción como derecho y la necesidad de facilitar el acceso a los sectores de mayor vulnerabilidad por medio de mecanismos que neutralicen la hostilidad del contexto en el que generalmente se insertan.

Bibliografía

Berenstein, Liliana Judit, Laura Navarro, Laura Lareu y Cintia Zungri. "Alfabetizar para la Libertad". Proyecto de Voluntariado Universitario. Carrera de Psicopedagogía - Escuela de Humanidades de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Consultado: el 11/12/2014. www.graduados.utn.edu.ar/metropolitana_extension/xframework/files/entities/ponencias/58/58.doc

Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2008. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Libertad condicionada: revocación y cómputo

El extraño caso de la aritmética penal

Gabriel M. A. Vitale¹

I. Introducción

La idea de este trabajo es sumergirse en los conceptos de libertad condicional y, a partir de allí, analizar su naturaleza, la opinión de la doctrina, la jurisprudencia y la eventual tensión constitucional en cuanto a la valoración de su cumplimiento y contabilidad ante la eventual revocación. El art. 15 del CP entiende: “La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. *En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad [...]”* (el subrayado es propio).

Esta valoración temporal es el eje de estudio del presente trabajo. Es fundamental abordar de manera integral el instituto, para lograr visualizar de una manera correcta la problemática.

Nuestro sistema reconoce en la libertad condicional, el último eslabón del proceso privativo de la libertad. El artículo 5 del Código Penal establece un orden de prelación con respecto a las clases de penas².

Las penas privativas de la libertad, máxima expresión del poder punitivo del Estado, suponen que al haber transcurrido cierto tiempo, el penado adquiere el derecho de obtener su libertad condicional. Este sistema contenido en las leyes de Ejecución nacional y provinciales establece un pau-

1 Profesor Titular Ordinario de Derecho (FTS/UNLP) Adjunto de Derecho Penal (FCJyS/UNLP) Master en derecho penal (UA) Juez de Garantías en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Artículo elaborado con la colaboración del abogado Sergio F. Pepe.

2 El art. 5 del Código Penal establece escalas progresivas de condena: reclusión, prisión, multa e inhabilitación

latino avance del cumplimiento de la pena, que atraviesa distintos períodos o fases mediante las que, gradualmente, se incrementan los beneficios y se limitan los controles.

Este instituto de trascendencia se encuentra regulado en los artículos 13 a 17 del Código Penal y en la ley 24.660, donde se la incluye como la última fase del régimen penitenciario y nos remite a los preceptos del Código Penal para determinar su procedencia.

Cumplimentados los requisitos exigidos, se obtiene la posibilidad de disminuir los controles más rígidos sobre el condenado y progresivamente se comienza a adaptar a la última etapa del proceso.

II. Antecedentes de la libertad condicional y su revocación

Para desentrañar cabalmente el instituto, debemos acercarnos a sus orígenes, estudiar los antecedentes y luego evaluar su recorrido bajo la visión de la doctrina y jurisprudencia.

Después de pasar revista a diversos autores, hay acuerdo mayoritario en considerar a los sistemas penitenciarios vinculados a la pena con la deportación. El Reino Unido³, ante el incremento en la densidad poblacional de las personas privadas de libertad, comenzó a trasladar a los detenidos a sus colonias. La problemática no fue superada, ya que se tuvo que otorgar la facultad a los gobernadores para disponer la libertad antes de agotar su condena, con el requisito de afincarse en el lugar y tener buena conducta.

La libertad condicional se propagó como instituto y comenzó a ser receptada por legislaciones de varios países, existiendo consonancia con respecto al cumplimiento parcial de la pena, presunción de reforma del condenado, obligación de someterse a determinadas condiciones, de cuyo incumplimiento puede derivar –según la transgresión- la revocación de la libertad o que no se compute todo o parte del tiempo pasado en libertad condicional (cfr. Fontán Balestra 1995).

En el plano nacional, el primer antecedente se observa en el proyecto de 1891, para luego el Código de Tejedor regular el “derecho de gracia”⁴.

³ Mención aparte merece el célebre español Coronel Montesinos, precursor de la libertad condicional y del régimen progresivo (1835).

⁴ Arts. 12, 13 y 16 del Código de Baviera (1813), receptado en los arts. 73 y 74 del Código Penal de 1886.

Este derecho se otorgaba, cuando se hubiera cumplido cierto término de condena y hubiera dado pruebas de reforma positiva, teniendo como consecuencias la extinción de la pena restante, siendo esta “gracia” irrevocable.

Este recorrido es trascendente a fin de vislumbrar los contrastes con la libertad condicional, porque el liberado condicionalmente continúa cumpliendo la pena hasta agotarla, sujeto a obligaciones conductuales, cuyo incumplimiento podría llevarlo de nuevo al encierro, según la previsión del art. 15 del CP, en donde: “La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad [...]”.

Resulta clara la contradicción con el “derecho de gracia”, en donde el tramo restante ya quedaba extinguido, razón por la cual no era posible de obligación alguna (Fontán Balestra 1995, Soler 1992, Zaffaroni et ál. 2001).

Entonces, efectivamente, habrá que analizar si el instituto de la libertad condicional forma parte del cumplimiento de la pena, integra una libertad condicionada o se trata de una rectificación de la condena.

III. Libertad, condiciones o rectificación. Opinión de la doctrina

La cuestión se encuentra dividida básicamente en tres posturas. La primera de ellas concibe a la libertad condicional como “una forma de cumplimiento de la pena”, ya que tiene lugar luego de un período de absoluta privación de libertad, para luego disminuir sus secuelas negativas.

Esto se fundamenta en el transcurso del tiempo y los informes requeridos al Servicio Penitenciario, para luego quedar sometido a las restricciones establecidas por el art. 13 del CP, de modo que su libertad es limitada y continúa así hasta el cumplimiento de la pena total, pero sin encierro.

En palabras del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni:

En cualquier concepción realista de las penas privativas de la libertad no puede identificarse la pena con el encierro. El encierro es la manifestación máxima de la privación de la libertad, que rige para el cumplimiento de la mayor parte de las fases ejecutivas, pero el último tramo de la ejecución –aunque tenga lugar sin encierro– sometido a una restricción ambulatoria que no puede dejar de considerarse pena... (Zaffaroni et ál. 2001).

Según una interpretación sistemática, también encuentra sustento al

entender que el artículo 51 párrafo segundo inciso 2º del Código Penal establece que los registros de sentencias condenatorias caducarán: “[...] después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad [...]”.

En este sentido, queda claro que la caducidad registral operará a los diez años de su vencimiento, y este será una vez cumplido el término de pena privativa de la libertad impuesto en la condena (cfr. Baolini 2007).

Esta es la opinión compartida, entre otros, por Gómez⁵, Soler⁶, Chiara Díaz⁷, Creus⁸, Fontán Balestra⁹, Moreno (h)¹⁰ y Zaffaroni¹¹.

Otra corriente define al instituto como “una suspensión condicional del encierro”. El liberado condicionalmente no está cumpliendo su pena en libertad, solo está sometido a un término de prueba destinado a decidir si la sanción ha de declararse extinguida por el encierro sufrido o si el condenado la debe seguir cumpliendo (Baolini 2007, 118).

5 Eusebio Gómez (1939/1942, 618) señala: “[...] la libertad condicional no extingue las sanciones. Es un modo de cumplirlas [...]”.

6 Según Sebastián Soler (1992, 439): “[...] una de las características del sistema progresivo está representada por la existencia de una período de libertad vigilada, durante el cual el penado sale de su encierro, pero está sometido a una serie de obligaciones. Ese período se llama libertad condicional durante ese término, el liberado está cumpliendo pena [...]”.

7 Chiara Díaz (1997, 171) afirma: “[...] En nuestra opinión, la libertad condicional resulta ser un modo eficaz de atenuación de ciertos efectos principales de las penas privativas de la libertad, fundamentalmente del encierro carcelario, cuya permanencia suspende luego de transcurrido un determinado período temporal de condena y de haber dado muestras de readaptación a través del acatamiento de los reglamentos específicos, pero siempre dentro del período de ejecución punitiva [...]”.

8 Carlos Creuss (1999, 502) entiende que: “[...] la libertad condicional es la libertad vigilada, que se concede al penado a pena privativa de la libertad, dándose ciertas condiciones y exigiéndole el cumplimiento de otras [...]”.

9 A entender de Carlos Fontán Balestra (1995, 347): “[...] Tal es la razón de ser de la libertad condicional, consistente en autorizar la salida del penado del establecimiento en que está recluido antes de terminar su condena, siempre que hay cumplido ciertas condiciones y se someta a otras por un determinado período de tiempo [...]”.

10 El autor ha concebido a dicho instituto como: “[...] la autorización dada por la ley para que una pena de encierro pronunciada por los tribunales, pueda ser, durante su ejecución, atenuada por una liberación anticipada, que se puede revocar en ciertos casos [...]” (1922-1923, 65).

11 El autor se refiere a la libertad condicional como: “[...] una suspensión parcial del encierro que tiene lugar durante un período de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de la libertad que le quedaba por cumplir al condenado [...]”. No obstante, aclara que la libertad condicional no implica una modificación de la condena, sino una forma de su cumplimiento (2002, 955/957).

Entre sus adeptos, podemos destacar a José Severo Caballero¹², Núñez¹³ y Alderete Lobo¹⁴.

Para la restante postura, la libertad condicional implica una “rectificación de la sentencia”.

Entre sus seguidores, encontramos a Emilio C. Díaz, que postula que la libertad condicional supone una rectificación de la condena, dado que entiende al instituto como una gracia, un beneficio que modifica la sentencia. Es por ello que halla al instituto como un medio para obtener la reducción de la pena, modificando la sentencia aunque ya sea cosa juzgada (1947, 72).

Lo trascendental en la determinación de la naturaleza jurídica supera ampliamente las discusiones doctrinarias, ya que sus consecuencias se reflejan inmediatamente en la determinación del tiempo que le resta cumplir al condenado, luego de revocada su libertad condicional.

Por ello, determinar si la libertad condicional es cumplimiento de pena, suspensión condicional del encierro o rectificación de la condena es fundamental para determinar el posicionamiento con respecto a su revocación y sus consecuencias.

Así, en lo referente a que “no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad”¹⁵, se establece un punto de inflexión que determina, a gran parte de la doctrina, a intentar justificar la coherencia normativa de la afirmación, antes que cuestionar su fundamento.

Entender, junto con el sector mayoritario de la doctrina, que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, habilita a entablar una discusión mayor con respecto a su revocación y cómputo posterior.

12 Caballero (1964, 78) entiende al instituto como una: “[...] suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad durante un período de prueba o libertad vigilada que si resulta favorable determina la extinción del resto de la pena [...]”.

13 Núñez (1959 T II, 394-396) considera que la libertad condicional se trata de un complemento indispensable de las penas de encierro, pues la esperanza de alcanzarla constituye el más poderoso estímulo para la buena conducta del penado.

14 Según Alderete Lobo (2007, 38): “[...] la libertad condicional, tal cual está regulada en el Código Penal argentino, no puede ser otra cosa que una suspensión condicional de la ejecución de la pena sujeta a ciertas normas de conducta previstas en la ley, cuya observancia, durante el período de prueba, genera por efecto legal el cumplimiento de la pena impuesta [...]”.

15 Art. 15 del Código Penal.

IV. Revocación de la libertad condicional. Consecuencias

Sobre la base del desarrollo anterior, nos encontramos ya no solo frente a la libertad condicional, sino a su revocación.

En este sentido, la doctrina entiende que la libertad condicional se revoca cuando el liberado cometiere un nuevo delito, no computándose el tiempo que aquella hubiere durado (Fontán Balestra 1995, T III, 364-365).

De manera coincidente, Carlos Chiara Díaz expone:

El incumplimiento de las condiciones relativas a la obligación compromisoria de residencia (inc. 1º) y comisión de un nuevo delito (inc. 4º) determinan la revocación de la libertad condicional, la cual ya no podrá ser obtenida nuevamente (arts. 15 y 17). No se computa en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad [...] (1997, 191).

En igual sentido lo entiende Rubén A. Alderete Lobo:

Las consecuencias de la revocación resultan particularmente graves. La persona que la sufre debe retornar a prisión a cumplir la porción de pena que le restaba desde que obtuvo su liberación y, además, no podrá volver a solicitar una nueva inclusión en el régimen de libertad condicional hasta el agotamiento de su condena [...] (2007, 266).

De manera armónica, Jorge C. Baclini afirma: “Ello así, en tanto [...] no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad [...]” (2007, 183).

Asimismo, Carlos Creus refiere que “la libertad condicional será revocada y el tiempo pasado en ella no se computará como de cumplimiento de pena” (1999, 507).

También José Daniel Cesano coincide, al explicar: “Ahora bien, acreditada la sustracción maliciosa, la libertad condicional se revocará; debiendo cumplir con el resto de la sanción que le restaba; remanente que se computa a partir del momento en que se dispuso la suspensión [...]” (2008, 128).

Por último, Jorge A. Clariá Olmedo entiende que: “La revocación total implica el reencarcelamiento sin cómputo del período de libertad condicional [...]” (2008, T VII, 386).

Lo cierto es que la contradicción es manifiesta: *si bien la libertad condicional es cumplimiento de pena, su revocación implicaría no computar cierto tiempo de ella.*

La jurisprudencia ha receptado esta postura: “Se trata de un imperativo legal. La comisión de un nuevo delito en el lapso de libertad condicional impone su revocación, y el descuento del tiempo en que gozó de la libertad (art. 15, primera parte del Código Penal) [...]” (Cámara Nacional de Casación Penal. Sala IIIº, 13 de octubre de 2010, caso “Ferrari, Pedro Alfredo s/ Recurso de Casación”, Causa N° 1. Voto Dra. Liliana E. Catucci).

De todo ello se desprende que si una persona condenada a una pena de prisión de efectivo cumplimiento, obtiene la libertad condicional en la última etapa de su condena, y bajo su rigor, comete un nuevo delito, según la doctrina legal y jurisprudencia reseñada, debería volver a cumplir el tiempo de condena remanente desde que obtuvo su liberación.

Se impone entonces, claramente ciertos conflictos de tamiz constitucional. En este sentido, la disposición comprendida en el art. 15 primer párrafo última parte del Código Penal estaría obligando a incurrir en una “doble valoración de la etapa temporal de la pena”, vedado por la garantía fundamental del “ne bis in idem”, por lo que deviene contrario a la Constitución (arts. 18, 33 CN y 29 Const. Prov.).

El Máximo Tribunal Nacional ha adoptado el concepto de “ne bis in idem” ante la posibilidad de la reiterada exposición al riesgo de ser penado por medio de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo había sido por el mismo hecho (Maier 2004, T I, 597; Carrió 1984, 380).

Así lo ha receptado la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, a saber:

[...] que la libertad condicional es una modalidad de ejecución de la pena y que por ello resulta inadmisible no contabilizar de manera alguna el período anterior al acaecimiento del suceso por el cual se revoca el beneficio. La aplicación en tal sentido del art. 15 del Código Penal es contraria a la prohibición de doble punición, no sólo porque la libertad condicional constituye una modalidad de ejecución de la pena, sino también por el sometimiento a las reglas que impone el art. 13 del mismo digesto [...]. Lo que parece inadmisible es que ese período no se compute en ninguna medida [...]. En similar sentido, me he expresado en el precedente “ORTIZ, Matías Fernando s/rec. De casación”, del registro n° 1884/11 de la sala III de esta cámara [...] [el **subrayado** es propio]¹⁶.

Es dable afirmar que toda persona posee una protección constitucional

¹⁶ Causa N° 14.449, 2012- Sala IIC. F.C.P. “Van Wele, Alberto Ignacio s/ recurso de casación”, votos de Slokar y Figueroa Ledesma.

contra el intento por parte del Estado de perseguirla penalmente más de una vez por el mismo hecho. En esta dirección, contabilizar el tiempo que el condenado estuvo cumpliendo pena en libertad condicional a los efectos de realizar un nuevo cómputo violenta gravemente la múltiple persecución.

Desde este mirador, no puede aceptarse pacíficamente la imposición del art. 15 primer párrafo del Código Penal, por cuanto no incluye a la libertad condicional como cumplimiento de pena.

En este sentido, si fuera revocada por la violación de residencia (art. 13 inc. 1º del C.P.) o por la comisión de un nuevo delito (art. 13 inc. 4º del C.P.); “[...] no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad [...]”, tensionando, la garantía de “ne bis in idem” valorando y haciendo cumplir dos veces la misma pena.¹⁷

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera:

[...] la garantía que prohíbe la doble persecución penal por el mismo hecho tiene base constitucional. El rango constitucional que la prohibición contra el doble juzgamiento ya ostentaba conforme a la tradicional doctrina de la Corte federal ha venido a ser reafirmado con la incorporación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional [...]. La garantía es susceptible de tutela inmediata porque no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho.

Interpretaciones como “no computándose el tiempo” (Fontán Balestra 1995, T III, 371); “no se computa en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad” (Chiara Díaz 1997, 191); “debe retornar a prisión a cumplir la porción de pena que le restaba desde que obtuvo su liberación” (Alderete Lobo 2007, 266); “[l]a revocación total implica el reencarcelamiento sin cómputo del período de libertad condicional” (Clariá Olmedo 2008 T VII, 386) se dan de brúces con la aritmética penal y su razonabilidad.

Realizar una nueva sentencia y cómputo, valorando el tiempo en el que el condenado estuvo cumpliendo su pena por medio de la libertad condicional, violenta gravemente a la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad previsto en el art. 75, inc. 22. Esto impone el deber de plan-

17 La excepción de cosa juzgada es un principio procesal que impide procesar dos veces a una persona por los mismos hechos.

tear estas discusiones ante los tribunales a los efectos de reconsiderar la posición dominante jurisprudencial y generar, mediante un debate serio, ya no la justificación del art. 15 del Código Penal y su dudosa contabilidad, sino profundizar en las cuestiones relativas a la aplicación de ciertos institutos del derecho penal, sus funciones y la relación con la democracia. Ese es nuestro desafío.¹⁸

18 [...] Comparto con el sector mayoritario de la doctrina, que la **libertad condicional es una forma de cumplimiento de pena**, y profundizo que es la una última etapa de la ejecución penal, que progresivamente ha disminuido sus consecuencias más severas, lo que es íntegramente compatible con las leyes de ejecución nacional n° 24660 (19/06/96 modif. 26.813 -13/01/13) y provincial n° 12.256 (sanc.22/12/98 Prom19/01/99 modif. 14.296).- Ello así pues, la liberación condicional tiene lugar luego de un período de absoluta privación de libertad, el cual disminuye sus secuelas negativas atento el transcurso del tiempo y los informes requeridos al Servicio Penitenciario.- De esta forma, puede colegirse que durante la libertad condicional continua cumpliendo su pena, ya que las disminución de las restricciones no importan su libertad plena (art. 13 incs. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del C.P.), por lo que en definitiva, permiten avisar a todas luces, una continuación en el cumplimiento de la ejecución.- [...] Desde este mirador, no puede aceptarse pacíficamente, la imposición del art. 15 primer párrafo del Código Penal, por cuanto no incluye a la libertad condicional como cumplimiento de pena. En este sentido, si fuera revocada por la violación de residencia (art. 13 inc. 1º del C.P.) o por la comisión de un nuevo delito (art. 13 inc. 4º del C.P.); "...no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad...", violentando sin lugar a dudas, la garantía de "*ne bis in idem*" valorando y haciendo cumplir dos veces la misma pena.- [...] Se impone entonces, la introducción del tamiz constitucional, ya que, como adelanté, la disposición comprendida en el art. 15 primer párrafo última parte del Código Penal estaría obligando a incurrir en una "doble valoración de la etapa temporal de la pena", vedado por la garantía fundacional del "*ne bis in idem*", por lo que deviene contrario a la constitución. (arts. 18, 33 Cons. Nac. y 29 Const. Prov.).- [...] Que la primera condena fue dictada encontrándose detenido desde el 20 de agosto del 2011, y habiendo cumplido 10 meses privado de libertad, según lo previsto por el art. 13 primer párrafo del C.P. obtuvo su libertad condicional a través del Juzgado de Ejecución el día 21 de junio de 2012, hasta volver a estar detenido en la presente causa con fecha 13 de julio del 2013. Atento los fundamentos expuestos, entiendo que corresponderá computar como cumplimiento de pena el lapso de libertad condicional y declarar la Inconstitucionalidad del art. 15 primer párrafo última parte del C.P) [...]. Causa N° 07-00-040915-13. Juzgado de Garantías N° 8. Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

Bibliografía

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

Baclini, Jorge C. 2007. *Condena y libertad condicionales*. Rosario: Editorial Juris.

Caballero, José Severo. 1964. *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada por el Código Penal*. Córdoba: Editora Lerner.

Carrió, Alejandro D. 1984. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

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

Chiara Díaz, Carlos Alberto. 1997. En: Baigún, David y Eugenio Raúl Zaffaroni, dir. *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.

Clariá Olmedo, Jorge A. 2008. *Tratado de derecho procesal penal*, 7. Buenos Aires: Rubinzel – Culzoni.

Creus, Carlos. 1999. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Díaz, Emilio C. 1947. *El Código Penal para la República Argentina*. Buenos Aires: librería La Facultad.

Fleming, Abel y Pablo López Viñals. 2008. *Garantías del imputado*. Buenos Aires: Rubinzel-Culzoni.

Fontán Balestra, Carlos. 1995. *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2 y 3. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gómez, Eusebio. 1939/1942. *Tratado de derecho penal*, 1. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Maier, Julio B.J. 2004. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Moreno, Rodolfo (h). 1922, 1923. *El Código Penal y sus antecedentes*, 2. Buenos Aires: Editorial H. A. Tomassi.

Núñez, Ricardo C. 1959. *Derecho penal argentino*, 2. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Soler, Sebastián. 1992. *Derecho penal argentino*. Tipográfica Editora Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2002. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio. 1999. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Las limitaciones establecidas por el artículo 56 bis de la ley 24.660 afectan el derecho constitucional a una pena resocializadora

Roxana B. Genovés¹ y Eugenia Pruzzo²

La sanción del artículo 56 bis de la ley 24.660 implicó, amén de limitar el derecho de los condenados por delitos graves a contar con un tratamiento penitenciario individual y personal que les permita una salida anticipada (por ejemplo, salidas transitorias, semilibertad, la libertad condicional y la libertad asistida), la afectación de los más elementales principios constitucionales, como el principio de igualdad, el principio de culpabilidad por el acto, e impacta negativamente en la progresividad que debería caracterizar a todo el régimen penitenciario. En efecto, la progresividad del régimen penitenciario, materializada en el cumplimiento de los objetivos fijados en el tratamiento individual y personal, sumado al requisito temporal que también debe reunir el condenado a partir del período de prueba, se relaciona directamente con el principio constitucional de la “reinserción social”, que es la finalidad de la pena privativa de la libertad, según los artículos 5.6 de la Convención Internacional de Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), incorporados a nuestra Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

Como se verá mediante el análisis del caso “Soto Trinidad”, la norma en cuestión afecta derechos y garantías contenidas en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, por lo que deviene inconstitucional.

¹ Abogada especialista en Derecho Penal. Profesora titular de la materia “Práctica Profesional” del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho UBA. Tutora en la Asesoría Jurídica del CUD en el Programa UBA XXII Educación en Cárcel. Miembro del Centro de Estudios de Ejecución Penal y Coordinadora de la Comisión “Mujer Privada de Libertad” del CEEP.

² Abogada. Ayudante de la materia “Práctica Profesional” del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho UBA. Asesora Jurídica del Ministerio de Seguridad del Gobierno de la Ciudad.

I. Los hechos del caso

Rodolfo Soto Trinidad fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17, por el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal). La ejecución de la pena fue controlada por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3, cuyo juez a cargo, el Dr. Axel Gustavo López, había rechazado el pedido de egresos temporarios con el único fundamento de las limitaciones establecidas en la norma, cuya validez constitucional se cuestionó en el respectivo recurso de casación.

Para decidir, el Dr. López soslayó el análisis de las particularidades del caso concreto, esto es, la positiva evolución que Soto Trinidad tenía en su tratamiento penitenciario individual y personal. Fue calificado con conducta diez y concepto siete al alcanzar de manera exitosa todos los objetivos que se le fijaron en las distintas áreas que componen el tratamiento penitenciario, lo que demuestra el comportamiento y desarrollo personal del sujeto durante el cumplimiento de su condena. Además, se encontraba incorporado al período de prueba, reunía el requisito temporal de la mitad de la condena y había obtenido dictamen favorable del Consejo Correccional.

A partir de esta decisión, la comisión 1305 del Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA, con Sede en la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, presentó un recurso de casación invocando la inconstitucionalidad de la norma con los argumentos que constituyen el núcleo de este comentario. La presentación tuvo acogida favorable por la mayoría de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

En esa decisión, la mayoría de la Sala IV de la CFCP sostuvo:

En mi opinión, el artículo 56 bis de la ley 24.660, en cuanto 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 –en este caso particular, homicidio en ocasión de robo (art. 165 del C.P.)–, 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 aquél fin (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP). (Del voto del Dr. Gustavo M. Hornos).

Y también se agregó:

Por ello, es que entiendo que la normativa impugnada viola el principio de igualdad ante la ley dado que el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado no está justificado objetiva y razonablemente ni puede sustentarse conforme lo previsto por el art. 8 de la ley de ejecución. De esta manera, la decisión resulta arbitraria y contraria a lo previsto por el principio de racionalidad o razonabilidad normativa (C.N. 28) porque carece de una coherencia lógica con las normas constitucionales (del voto del Dr. Juan Carlos Gemignani).

II. Antecedentes de la incorporación del artículo 56 bis a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad

Haciendo un poco de historia, es necesario destacar que la ley 25.948, mediante la que se incorporó el artículo 56 bis a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, fue sancionada el día 20 de octubre de 2004 como resultado de una serie de leyes dictadas en respuesta al reclamo social, generado por la influencia que tuvieron los medios de comunicación después del fenómeno “Blumberg”, cuyo discurso proponía disminuir la supuesta inseguridad en la que –según los seguidores de esta postura– vivía expuesta la sociedad argentina, aumentando las penas y restringiendo la posibilidad de egresos anticipados de los penales.

En su actual redacción, el Capítulo II bis, titulado “Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución” –capítulo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.948 BO 12/11/2004–, en su artículo 56 bis establece:

No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.- Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4.- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.

La distinción legal no resiste ningún análisis, pues se le está imponiendo

a quien comete cualquiera de los delitos descriptos en la norma cuestionada una suerte de “doble pena”, ya que no solo el condenado deberá soportar el efecto propio que implica el encierro, sino que además deberá sufrir una restricción extra en sus derechos porque el delito por el que se lo condenó está en una enunciación taxativa, sin justificativo o razón alguna que fundamentalmente el menoscabo de aquellos derechos, lo que tiene el efecto de impedir, a los destinatarios de la norma, la progresividad que caracteriza a la ejecución de las condenas según la ley 24.660.

III. Los derechos y garantías constitucionales en juego

III. A. Principio de igualdad

La norma en cuestión afecta el derecho a la igualdad ante la ley, ya que establece distinciones en la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad fundadas en el tipo de delito cometido; vale decir, el art. 56 bis implica una restricción –para algunos detenidos, según el tipo de delito cometido– para lograr la progresividad necesaria a fin de avanzar en el régimen de progresividad de su condena, lo que da como único y exclusivo resultado privarlo del derecho constitucional a una pena resocializadora.

En este orden de ideas, vale colegir que la jurisprudencia constitucional, por medio de varios pronunciamientos, ha logrado decantar el contenido del principio de igualdad establecido en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, señalando que este prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales; se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado. Para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si al atender a las circunstancias particulares del caso, se justifica un tratamiento diverso (*Fallos*: 301:381, 1094; 304:390).

En definitiva, la ley trata un tema que no es de menor importancia, pues se refiere al encierro efectivo de personas y, por ello, no corresponde que haya adoptado un sistema tan rígido, que a la vez deviene inconstitucional. Se olvida del caso concreto y, entonces, la desigualdad ante la ley se torna notoria, pues en este fallo el detenido –Rodolfo Ricardo Soto Trinidad– tuvo un desenvolvimiento destacado dentro del penal, con una conducta y concepto envidiables, que lo colocó en igualdad de condiciones, o incluso en mejores condiciones que otros detenidos; sin embargo, no podía acceder a las salidas transitorias solo porque el delito por el que estaba ejecutando

su condena (homicidio en ocasión de robo –art. 165 del C.P.–) estaba contenido en la norma del art. 56 bis de la ley 24.660, que limita a los autores de los delitos graves allí enumerados el acceso a los distintos institutos contenidos en ella, como el usufructo de salidas transitorias, el régimen de semi-libertad, la libertad condicional y la libertad asistida. Se crea, así, un régimen diferencial que tiñe de inconstitucionalidad a la norma, porque lesiona la garantía constitucional de “igualdad”.

Entonces, lo reseñado vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley y razonabilidad de los actos republicanos de gobierno (arts. 1, 16 y 75 inc. 22 C.N.; 1 y 24 CADH; 3, 14 y 26 PIDCyP; y 8 de la ley 24.660), al darle un trato paralelo al común, y discriminatorio para algunos condenados en lo que hace a la modalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Algunos detenidos no entrarían en el sistema constitucionalmente diseñado para la ejecución de la pena privativa de libertad, como el principio de progresividad del régimen de la pena, ineludible para lograr la tan anhelada reinserción social, finalidad constitucional de la pena privativa de la libertad.

Sumado a lo expuesto, la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad es clara en este punto, ya que expresamente prevé que las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación alguna, y habilita –como únicas diferencias posibles– las que obedecen al tratamiento individualizado. De ello, claramente se deriva que lo que se protege es el derecho de igualdad ante la ley (art. 8 de la ley 24.660).

Como corolario, se puede afirmar que el texto del artículo 56 bis de la ley 24.660 es arbitrario por la irrazonabilidad y desigualdad legal que acarrea, pues sin duda ha impreso un tratamiento desigual sobre casos análogos, ya que la expectativa del penado es su reinserción social, pero con este distingo a quienes poseen una evolución semejante dentro del penal, se desvirtúa e imposibilita ab initio cualquier egreso anticipado. Los magistrados, con acierto, afirmaron que esta norma impide a los autores de esos delitos específicos el acceso a cualquier morigeración progresiva en la modalidad de ejecución de la pena, exclusivamente por circunstancia del delito cometido y, por tanto, deviene inconstitucional.

Las desigualdades legislativas deben ser razonables para no ser tachadas de irrazonables y, por ende, constitucionalmente inválidas (*Fallos*: 302:484 y 313:1638). Tal como cita el fallo, se requiere algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de *Fallos*: 138:313; 147:402). Es decir, la garantía de la igualdad exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (*Fallos* 302:484 y 313:1638, consid. 11 del voto del juez Belluscio). Así, serán consideradas como conducente o inválidas según se apoyen en un

criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (*Fallos* 250:410, consid. 2º).

El artículo 28 de la CN establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". De ello se deduce que si una ley, ordenanza o reglamento dictados por el Congreso, una legislatura provincial, una municipalidad o un órgano autárquico, por ejemplo, es contrario a los principios, garantías y derechos establecidos por la constitución, estos son inconstitucionales. Por supuesto, el Poder Judicial puede determinarlo, ya que es el encargado de velar por la Constitución; de allí que en este caso –artículo 56 bis– las facultades legislativas han sido excedidas y no pueden ser consideradas como parte de una atribución constitucional. El derecho constitucional vulnerado es el de cumplir la pena dentro un sistema progresivo de ejecución, donde merced a la evolución personal de un detenido, se posibilite su tránsito paulatino hacia modalidades menos restrictivas de su libertad personal. Se vulnera el principio de razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 1 y 28 CN) en tanto esta ley altera garantías de raigambre constitucional.

Asimismo, puede observarse que los legisladores no dieron a conocer –en forma acabada– los motivos que avalarían una legislación diferencial para algunos delitos, y así, más allá de la característica común –la gravedad que detentan los delitos enumerados–, el criterio utilizado es una abstracción basada en una concepción criminológica peligrosista, tema que será abordado en el siguiente acápite.

III. B. El principio de culpabilidad

El artículo 56 bis de la ley 24.660 produce un agravamiento de la pena, dado que el rechazo al pedido de ingreso al régimen de salidas transitorias también afecta el principio de culpabilidad por el acto. Sobre esta cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, rto. el 20/06/2005, se refirió a la gravedad que poseen las concepciones criminológicas peligrosistas, donde la criminalidad estará conformada por aquellas conductas que pueden generar o provocar el delito, incompatibles con un sistema penal.

En concreto, la CorteIDH dijo que las tesis de justificación peligrosistas quedan específicamente excluidas, la peligrosidad no puede ser evaluada para la aplicación de una pena, y mucho menos para la aplicación de la medida procesal, ya que ello implicaría avalar un derecho penal de autor, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos porque constituye una puerta al autoritarismo.

Se le llama “peligrosista” porque parte de los estados de especial peligrosidad, es decir, aquellas situaciones en las que una persona fácilmente puede llegar a delinquir. Abarca a toda conducta que tiene probabilidades de conducir al delito, como mendicidad, prostitución, oposición cultural y política, alcoholismo, vagancia, homosexualismo, etcétera (Pérez Pinzón 1986: 10).

Como lo ha explicado el Julio Maier, en relación con la invisibilización de la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad:

[...] no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por conocimiento superior de la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se “etiqueta” genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho (Maier 2004, 644).

Esto es, justamente, lo que evaluó el Poder Legislativo al sancionar la ley 25.948, y es por ello que introdujo diferencias entre los privados de libertad, haciendo una selección de un conjunto indeterminado de delitos por los que sus autores tendrán un régimen diferencial en la ejecución de su pena que afectará a la progresividad de la ejecución de la pena y, en consecuencia, a su reinserción social.

III. C. La finalidad de la pena es la reinserción social

El principio de la progresividad del Régimen Penitenciario, contemplado en el art. 6 de la ley 24.660 y en tanto eje y guía imperante en todo nuestro ordenamiento que regula la ejecución penal, prevé la atenuación del rigor de la pena impuesta y la reinserción gradual y paulatina del interno al medio libre.

Así, los institutos de salidas anticipadas contenidos en la normativa que regula la ejecución de la pena tienen razón de existir, pues dan basamento a la progresividad del régimen penitenciario, en la medida en que al producirse el avance positivo del detenido en su tratamiento, verá atenuados los efectos de la prisión. Podrá cambiar su lugar de alojamiento de tipo cerrado a un sistema semiabierto o sector diferenciado (art. 14 ley 24.660, art. 25, decreto 396/99), hasta llegar a uno abierto o sección independiente donde gobierne la autodisciplina y el autogobierno (art. 15 de la ley 24.660 y art. 26 del decreto 396/99). De allí que la progresividad busca limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, conforme lo establecido por el art. 6 de la ley 24.660 y el art. 3 del decreto 396/99.

Ahora bien, la progresividad del régimen de ejecución de la pena tiene recepción constitucional ya que se materializa en el principio de reinserción social. Tal como lo reconoció la sentencia comentada, toda persona condenada por un delito que haya cumplido, en cada caso particular, con los requisitos temporales y específicos para la concesión de cada instituto en especial, tiene derecho a una esperable y progresiva reinserción social en vías de volver a convivir armónicamente en sociedad. Por lo demás, esta posición recepta los principios que surgen del derecho internacional de los Derechos Humanos, incorporados a nuestra constitución por medio del artículo 75 inciso 22 (CADH, art 24, DUDH, art 2.1 y PIDCP art. 3), por los que el Estado tiene directa responsabilidad en el cuidado y garantía de los derechos allí establecidos, asumiendo un conjunto de obligaciones ante la comunidad internacional, como la de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

El debido trato penitenciario de la progresividad y del redireccionamiento de las acciones del interno “no pasa por la atención del delito cometido sino que tiende a operar sobre el nivel de vulnerabilidad provocado por el encierro carcelario, evitando que el regreso a la cárcel sea una búsqueda que al fin y al cabo lo identifique como tal” (Vacani 2006). En este sentido, el avance en la progresividad de la ejecución de las penas le permitirá al detenido reunir los requisitos establecidos por el art. 17 y 23 de la ley 24.660 y art. 34 del decreto 396/99, y acceder a los egresos temporarios de la unidad, ya sea por medio del ingreso al régimen de las salidas transitorias o mediante su ingreso a la semilibertad, con la posibilidad de obtener salidas laborales. Con estos institutos, el legislador procuró facilitar una paulatina reinserción social del interno y una respectiva reconstrucción de un proyecto de vida coherente con los parámetros de nuestra sociedad.

En esta línea, en el caso del artículo 56 bis de la ley 24.660 no se advierte una razón loable por la que el legislador eligiera taxativamente algunos delitos para sustraerlos del régimen general. Tal como lo sostuvo la Sala IV de la CFCP, el Congreso de la Nación omitió considerar dos pilares básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad: la resocialización como finalidad de la pena y la progresividad del régimen penitenciario. En palabras del Dr. Hornos, que integró la decisión mayoritaria:

Por lo tanto, su rechazo no puede fundarse en la exclusiva circunstancia que el interno haya sido condenado por un delito en particular, por cuanto de apegarnos estrictamente al texto legal del artículo 56 bis de la ley 24.660 –según ley 25.948-, vería cercenado cualquier posibilidad de acceder a instituto liberatorio alguno. Así, no importaría el esfuerzo personal del interno, su evolución en el tratamiento penitenciario, ni las calificaciones de conducta y concepto que éste alcance en base a su

comportamiento intramuros, dado que de cualquier forma, se encontraría imposibilitado en su acceso (del voto del Dr. Gustavo Hornos).

Por su parte, el otro magistrado cuya opinión conformó el criterio mayoritario, sostuvo “que negar la posibilidad de gozar de salidas transitorias –en el caso sub examine– a quien reúne todos los demás requisitos previstos en la ley, sólo por la naturaleza del delito, resulta arbitrario ya que viola el principio consagrado por el artículo 16 de la C.N. que obliga a salvaguardar el derecho de igualdad reconocido a todo ciudadano” (del voto del Dr. Juan Carlos Gemignani).

Es que, justamente, ni la ley 24.660, ni su reglamentación (el decreto 396/99), ni ninguna otra norma que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad, establecen diferencias en la forma de implementar la fijación de los objetivos a cumplir en el tratamiento individual de cada condenado, ni limita el cumplimiento del principio rector que debe gobernar la ejecución de las condenas: la “progresividad”. Así, el detenido que cumpla con su programa de tratamiento individual avanzará en los distintos períodos y fases en que se divide el régimen penitenciario, esto es, período de observación; período de tratamiento, dividido en las fases de socialización, consolidación y confianza; período de prueba y su consecuencia directa que le permitirá al privado de libertad acceder al medio libre, la obtención de salidas transitorias o el ingreso a la semilibertad mediante el usufructo de salidas laborales; o libertad condicional, estos cuatro períodos conforme lo estipulado por el art. 12 de la ley 24.660, sumado a la libertad asistida, para el caso de los reincidentes, cumplidos los objetivos fijados por cada área que componen el régimen penitenciario y una vez cumplido el requisito temporal exigido en cada caso.

En síntesis, la sentencia comentada reafirmó que la finalidad de la pena debe ser la resocialización, tal como lo establecen el art. 1 de la ley 24.660, así como también los Tratados Internacionales. En particular, el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados. En sintonía con esta idea, la sentencia comentada aclaró:

[...] el constituyente estableció de manera expresa los principios de humanidad y progresividad en la ejecución de las penas privativas de la libertad, que deben regir como pauta orientadora de la actividad de los órganos estatales que intervienen en la Ejecución, siendo la resocialización y readaptación social del condenado, su principal finalidad. (Del voto del Dr. Gustavo Hornos).

IV. Conclusión

La decisión emitida por la Sala IV de la CFCP en el caso “Soto Trinidad” resulta ejemplar porque, apoyándose en derechos y garantías constitucionales, cuestiona la legitimidad del artículo 56 bis de la ley 24.660. En su decisión, por mayoría, los camaristas firmantes establecieron que, si se dan los requisitos de procedencia, los condenados por delitos enumerados en dicha norma también tendrán acceso al régimen de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida.

A su vez, el fallo nos permite reflexionar sobre la responsabilidad del Estado argentino para implementar los mecanismos necesarios para resocializar o reiniciar a los condenados, pues las cárceles, por mandato constitucional, no son para castigo de los privados de libertad. La progresividad del régimen penitenciario es el principio rector que debe gobernar a toda la ejecución de la pena privativa de la libertad, sin distinción de autores ni delitos, y solo este puede permitir, como consecuencia directa de su aplicación, la tan alegada reinserción social, que en definitiva es la finalidad constitucional de la pena y, como tal, no puede ser negada a ningún condenado.

Es justamente aquí en donde entendemos que es tarea de los jueces intervenir dentro de sus facultades, para adecuar nuestro ordenamiento jurídico interno en esta materia al derecho internacional de los Derechos Humanos. Dado que los pactos internacionales tienen jerarquía constitucional, y están incorporados a nuestra Constitución por el art. 75 inc. 22, cualquier norma sancionada por el Congreso, como el art. 56 bis de la ley 24.660, que contrarie aquellos instrumentos deberá tacharse de inconstitucional.

Bibliografía

- Maier, Julio. 2004. *Derecho Procesal Penal*, 1. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. 1986. *Curso de criminología*. Bogotá: Temis.
- Salt, Marcos. 1999. *Los derechos fundamentales de los reclusos en España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Vacani, P. 2006. "Análisis sobre el campo penitenciario", *Jurisprudencia Argentina* III-1224.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1998. *Tratado de derecho penal*, 1. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Informes técnicos en el proceso de defensa: experiencia del Servicio de Asistencia y Promoción de Derechos

Silvina Fajreldines¹, Sara Malek² y Victoria Fernández Nuñez³

I. Introducción

En el presente artículo compartiremos los aspectos más relevantes de la elaboración de informes técnicos desde la perspectiva social y psicológica, enfatizando los aportes e implicancias que conlleva su confección en el proceso del derecho de defensa.

La experiencia de intervención interdisciplinaria se desarrolla desde el Servicio de Asistencia y Promoción de Derechos (SAPD) que depende de la Unidad de Control de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad de la Defensoría General de la Nación, en la ciudad de Córdoba. El SAPD surgió en el año 2012, frente a la necesidad de crear un equipo interdisciplinario para brindar un aporte complementario y significativo en la defensa de los derechos de las personas asistidas por las Defensorías Públicas Oficiales (DPO) de la provincia, en causas penales y no penales.

En la práctica profesional, el equipo desarrolla, como una de las líneas

¹ Licenciada en Trabajo Social (UNC). Integrante del Equipo Técnico coordinado desde la Unidad de Control de la Pena Privativa de la Libertad de la Ciudad de Córdoba, en el marco de la Defensoría General de la Nación, Córdoba.

² Licenciada en Psicología. Facultad de Psicología. Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del Equipo Técnico coordinado desde la Unidad de Control de la Pena Privativa de la Libertad de la Ciudad de Córdoba, en el marco de la Defensoría General de la Nación, Córdoba.

³ Licenciada en Psicología en la Universidad del Salvador (USAL). Postgrado en Pericia Psicológica y Psicopatología Forense en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Postgrado en La Clínica y la Práxis en Psicología Forense: Técnicas de evaluación en la Pericia Psicológica en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Integrante del Equipo Técnico coordinado desde la Unidad de Control de la Pena Privativa de la Libertad de la Ciudad de Córdoba, en el marco de la Defensoría General de la Nación, Córdoba.

principales de acción, la elaboración de informes sociales, psicológicos y psicosociales para responder a las demandas de las DPO de la provincia de Córdoba y colaborar, por solicitudes puntuales, con las defensorías de otras provincias de la Argentina, cuyos defendidos y/o familiares de defendidos habitan en Córdoba.

II. Dimensiones del abordaje del servicio

Las dimensiones teóricas que orientan nuestra práctica en la elaboración de los informes técnicos y el desarrollo de las otras líneas tendientes al acceso a derechos⁴, ejecutadas desde el servicio, se expondrán a continuación.

II. A. Enfoque de derechos

Asumimos la perspectiva socio-histórica de construcción de los derechos humanos, la que reconoce a la persona en su manera de estar y desenvolverse en la sociedad (como niño/a, mujer, anciano/a, enfermo/a, privado/a de libertad, etc.) según el sector de la vida social al que pertenece y el momento histórico que atraviesa esa sociedad. Las variables de sexo, edad, condiciones físicas, etc., ponen de relieve “diferencias” específicas y, por ende, resaltan la necesidad de no consentir igual tratamiento o protección de derechos. Para el caso de los/as privados/as de libertad, Iñaki Rivera Beiras (1992) señala que el dato objetivo que los y las diferencia es la situación de privación de libertad.

Asimismo, en la propuesta de intervención, se entiende que incorporar el enfoque de derechos explica el reconocimiento de una relación directa entre el derecho y el empoderamiento de sus titulares: los y las ciudadanas; las obligaciones correlativas y las garantías, todo lo que se conjuga en una potencialidad que actúa como una forma de tender la equidad respecto de situaciones sociales marcadamente desiguales (Pautassi 2010).

En este marco, las personas afectadas por problemas sociales o individuales deben ser parte de su resolución. Por lo tanto, la intervención se

⁴ La tarea del servicio, inicialmente centralizada en la elaboración de informes, se amplió incorporando nuevos campos y estrategias de intervención. Frente a los derechos vulnerados identificados en el accionar profesional cotidiano y/o las demandas realizadas, por parte de las personas asistidas, incorporamos dos nuevas líneas de trabajo, complementarias a los Informes Técnicos: a) Articulación con entidades gubernamentales y/o privadas, de promoción social, tendiente a promover la viabilidad de programas, servicios y recursos que favorezcan el ejercicio de los derechos de los/as asistidos/as. y b) Asesoramiento y derivación, orientado a colaborar en el acceso a la información relacionada a políticas de promoción social disponibles, estimulando la participación y empoderamiento de la población asistida.

realiza a partir del diálogo y participación de los/as asistidos/as, su familia y personas de la comunidad, porque ellos son los interlocutores principales en todos los momentos de la práctica.

II. B. Perspectiva integral e interdisciplinaria

El abordaje propuesto se implementa desde una mirada interdisciplinaria y dialógica, que contribuye a una mayor comprensión de las problemáticas complejas con las que interactuamos en el Servicio. La intervención de profesionales de diferentes disciplinas permite una lectura contextualizada e integral de la situación y de la persona implicada en ella.

II. C. Enfoque de género

El enfoque de género posibilita una lectura crítica de los fenómenos y/o problemáticas sociales en tanto permite comprender que el género, como dimensión, está presente en las relaciones y procesos sociales (De Barbieri 1996). El sistema de género, basado y legitimado en la diferencia biológica, construye diferencias entre lo masculino y lo femenino de una forma jerárquica que se funda en relaciones de poder; y es en estas relaciones de poder en donde se construyen los sujetos y las subjetividades. En el caso de las mujeres, históricamente se han inscrito en relaciones sociales de subordinación y de opresión (Rodigou Nocetti 2009).

III. Elaboración de informes en el proceso de intervención

Los informes se construyen considerando la articulación entre el enfoque teórico, los datos recabados y el posicionamiento ético-político de las profesionales⁵. En su argumentación, emerge el enfoque acerca del problema, los sujetos, espacios, posiciones, recursos y modos de resolución. Se expone el proceso de intervención profesional en tanto se hace referencia a las estrategias y procedimientos desarrollados.

Si bien los informes no son herramientas directamente vinculantes en la definición de la situación legal de los/as defendidos/as, la información aportada es relevante ya que, en el marco del proceso judicial, contribuye con información descriptiva e interpretativa, desde teorías sociales y psicológicas orientadas hacia la defensa de los derechos humanos.

⁵ Los aspectos éticos remiten a la concepción de otro como sujeto, actor y productor de su realidad emergente en un contexto socio-histórico y determinado. Los aspectos políticos refieren a los efectos sociales y las implicancias subjetivas del conocimiento producido a través de los informes técnicos.

Asimismo, estos brindan un análisis interdisciplinario de la relación entre los procesos sociales y las condiciones subjetivas de los/as defendidos/as con la finalidad de contribuir con la toma de decisiones por parte de las entidades judiciales involucradas. Por otro lado, los informes son un medio de comunicación legitimado institucionalmente, ya que son producto del trabajo de profesionales competentes en el espacio de actuación (con título y matrícula habilitante para la labor específica) y, en este caso, desde un campo institucional oficial.

III. A. Informes solicitados desde las DPO y aspectos básicos de su estructura

Desde el Servicio, se desarrollan informes sociales, psicológicos y psicosociales relacionados con casos penales –ya sea que las personas estén detenidas o no (prisión domiciliaria, excarcelación, beneficio de litigar sin gastos, pericias, etc.)– y en casos civiles o que no tienen relación directa con el sistema penal (defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes; autorización para trasplantes de órganos, acceso a servicios de salud para personas en situación de discapacidad, entre otros). Asimismo, puntualmente se han realizado informes que denominamos “de actuación”, los que dan cuenta del procedimiento de gestiones realizada por el equipo, en general, ante organismos estatales en relación con personas asistidas por las DPO.

En la elaboración de cada informe, según la estrategia de defensa, la finalidad de la intervención del equipo técnico y la singularidad de cada situación, se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

- ▶ Datos personales del /la defendido/a y de referentes familiares;
- ▶ Antecedentes de la historia vital;
- ▶ Características de las relaciones intrafamiliares y con el contexto socio-comunitario;
- ▶ Repercusiones a nivel individual y familiar de la situación jurídica (penal o no penal);
- ▶ Condiciones de Salud del/ la defendido/a y de su grupo familiar;
- ▶ Antecedentes, situación actual y proyección ocupacional;
- ▶ Antecedentes, situación actual y proyección educativa;
- ▶ Contexto socio-económico;
- ▶ Condiciones de vida en el encierro carcelario (penal);
- ▶ Descripción de vivienda, hábitat y relaciones con la comunidad;
- ▶ Derechos vulnerados identificados;
- ▶ Recursos personales, familiares y comunitarios para afrontar situaciones adversas y resolver conflictos;
- ▶ Actuación por parte de organismos del Estado (por acción u omisión).

La consideración de estos aspectos, las dimensiones teóricas y la modalidad de intervención permiten arribar a conclusiones desde una mirada integral y contextualizada adecuada para cada caso.

III. B. Recopilación y análisis de la información en el proceso de intervención

En el proceso de intervención diagnóstica, se utilizan principalmente dos técnicas metodológicas complementarias entre sí.

Entrevista: esta herramienta es entendida como una relación humana que se establece en un contexto y situación específicos, bajo determinado encuadre (tiempo, lugar y rol técnico profesional) y objetivos, con la finalidad de reunir determinada información (Bleger 1985).

Los criterios básicos que tenemos en cuenta son: consentimiento informado, confidencialidad de la información, escucha atenta y sin preconcepciones, respeto por el *timing* del/ la entrevistado/a⁶, flexibilidad y comunicación con un lenguaje comprensible.

Se le realizan entrevistas al defendido/a y a referentes familiares (adultos/as o niños/as) en el ámbito domiciliario, en el establecimiento penitenciario o en la sede de tribunales o defensorías. En todos los casos, se procura que las entrevistas se desarrollen en espacios que permitan generar condiciones de privacidad y confianza.

Según lo amerite la situación, en forma complementaria se realizan entrevistas colaterales a referentes institucionales de escuelas, centros de salud, etcétera.

Observación: esta técnica es entendida como una herramienta de producción de datos relativos a comportamientos verbales y no verbales de individuos y grupos en determinadas situaciones, con el fin de inferir conclusiones teniendo en cuenta los objetivos propuestos. Permite recuperar conocimiento de hechos y situaciones desde un mirar intencionado e interrogativo (Beltran Villalba 2009).

Por otra parte, en el proceso se recoge información de fuentes secundarias como certificados médicos, documentos que acrediten ingresos monetarios, entre otros, y se efectúa un registro fotográfico de las condiciones habitacionales con consentimiento de la familia, en casos que lo ameriten.

⁶ Con el concepto de timing Bleger (1985) se refiere al tiempo personal o propio del entrevistado/a, el cual depende de la personalidad y la forma de enfrentar y/o resolver conflictos.

IV. La práctica del servicio en las DPO de Córdoba

En este apartado, compartiremos tres casos de intervención con objetivos diferentes, en donde se enfatizan los aspectos centrales que orientan la elaboración de cada informe.

IV. A. Un caso de acceso al derecho a la salud en el ámbito carcelario y extra muros⁷; y reducción de la punibilidad

La DPO solicitó un informe de valoración sobre el estado de salud mental de un interno, alojado en el Complejo Penitenciario N° 1, para fundamentar la solicitud del régimen de prisión domiciliaria o una reducción de pena (estrategia de defensa).

Como parte del procedimiento, se estableció el diálogo con un referente de la defensoría oficial y se comenzó a construir la *demanda* sobre el caso. Por las características de la situación particular, se acordó realizar un abordaje técnico psicológico más complejo que lo habitual, con un mínimo de tres encuentros afuera del establecimiento penitenciario, con características diagnósticas, para evaluar condiciones psico-sociales: diagnóstico psicológico “en” situación, historia vital, redes sociales de apoyo (formales e informales) y los recursos para afrontar el consumo problemático de drogas (recursos personales, grupales e institucionales). Después se continuó trabajando la *demanda* con el joven detenido. Se hicieron los acuerdos pertinentes: días, horarios, lugar y modalidad de los encuentros (encuadre). En paralelo a la intervención con el defendido, el equipo hizo una investigación institucional sobre los programas y servicios de rehabilitación de adicciones en el marco de las políticas públicas.

En la búsqueda, se determinó, por una parte, que en las cárceles de la provincia no existen servicios interdisciplinarios de salud mental especializados en rehabilitación de adicciones, solo se cuenta con una cantidad reducida de profesionales psicólogos/as y psiquiatras, que brindan asistencia a un gran número de internos/as de forma individual y discontinua. Sin embargo, existe un área creada a tal fin en el Complejo Penitenciario de varones de la capital provincial, aunque los requisitos de acceso (entre ellos, la evaluación

⁷ Entendemos, por una parte que el proceso salud-enfermedad es multidimensional (biológico, psicológico, social y cultural) y multideterminado. Emerge de la interacción entre procesos estructurales-objetivos (socio-históricos, políticos y económicos) y subjetivos. Incluye la interacción entre factores deteriorantes y protectores de la salud (Videla 1993; Dávila 2002). Por otra parte, se valora a la salud, en tanto derecho social y universal, la cual es definida por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, psicológico y social (Art. 10 Protocolo de San Salvador).

positiva en *conducta y concepto*) impiden que la mayor parte de los detenidos que solicitan el ingreso puedan hacerlo, como sucedió en este supuesto.

Por otra parte, los hospitales públicos de la ciudad de Córdoba tampoco brindan la asistencia especializada en tratamientos de adicciones ni cuentan con el recurso humano y presupuestario necesario, según dijeron los referentes de los nosocomios locales cuando se los entrevistó en el ámbito de las instituciones. En un solo hospital de Cruz del Eje se brindan servicios para personas bajo situación judicial y atención en salud mental, específicamente en adicciones, que en el momento de la intervención no contaba con plazas para iniciar el tratamiento correspondiente. El único recurso estatal disponible en este caso era el Centro Psico Asistencial, ubicado en la capital cordobesa y destinado a la asistencia “en crisis” de personas en situación de judicialización.

En el informe psicológico presentado se señaló que el defendido se encontraba atravesando un estado depresivo grave, asociado al síndrome de abstinencia (ligado al síndrome de dependencia) y a la situación de encierro, particularmente en condiciones de aislamiento. Asimismo, se destacó la escasez de servicios de salud mental adecuados para el tratamiento en casos de consumo problemático de sustancias, en el ámbito de políticas públicas en la provincia de Córdoba. Frente a esta situación, la profesional actuante junto con la defensoría oficial solicitó la urgente asistencia interdisciplinaria en salud mental, con acuerdo previo del defendido. En razón de ello, el asistido fue internado para tratamiento de desintoxicación en el Centro Psico asistencia en la capital de Córdoba.

Con posterioridad, mediante juicio abreviado, la defensa utilizó los datos del informe psicológico. En particular, remarcó la situación de vulnerabilidad psicosocial y el estado de salud mental del joven, contextualizado en su historia vital y condiciones sociales de vida. Asimismo, se consideró el análisis sobre la responsabilidad estatal en la situación de encierro carcelario y las escasas alternativas de tratamiento. Finalmente, con los aportes de la defensa se logró una condena por debajo del mínimo legal y el defendido quedó en libertad condicional hasta cumplir la totalidad de la pena y bajo una medida de seguridad curativa consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación.

IV. B. Informe de actuación focalizado en la descripción del procedimiento de gestión por parte del equipo técnico en un caso penal

Como ejemplo, mencionaremos uno de los casos en el que la DPO solicita conocer el curso de un oficio donde el Poder Judicial de la Nación pide la intervención de un organismo provincial con competencia en niñez y adolescencia para verificar la situación de los cinco hijos menores de edad de la

defendida y que se apliquen las medidas que correspondan. El objetivo de la defensa fue solicitar, por tercera vez, la prisión domiciliaria que ya en dos oportunidades había sido infringida por la defendida.

A partir del escenario planteado, en el proceso de construcción de la *demanda*, se estableció como objetivo reunir desde la defensoría información sobre las condiciones actuales de vida de los/as hijos/as y nieta de la defendida e identificar la intervención por parte del Estado provincial, ante el pedido del juzgado.

Para cumplir con los objetivos planteados, el equipo entrevistó a tres de los/as hijos/as (menores de edad) que se encontraban en el domicilio, también al familiar adulto a cargo de los cinco niños/as. Se observaron y registraron las condiciones de vida de los/las niños/as y de su entorno familiar.

Se indagó sobre la posible actuación del Estado provincial en función del oficio elevado, tanto con la familia como con referentes de dos organismos con competencia en niñez, uno de los cuales recibió el oficio.

Mediante la información reunida en el proceso de actuación se constató que los cinco hijos/as (menores de edad) y nieta de la defendida se encontraban en situación de precariedad socio económica, con escasos recursos económicos que impedían cubrir sus necesidades básicas y mantener la vivienda en condiciones de habitabilidad. Asimismo, tres de ellos en edad escolar no estaban insertos en el sistema educativo formal, ni tenían regularizado los documentos de identidad. Ante esta realidad, los/as niños/as no contaban con “beneficio social” alguno por parte del Estado. Si bien los/as niños/as recibían el apoyo económico de una pariente de la defendida, ella también estaba condicionada económicaamente.

A su vez, el organismo con competencia en niñez que debía intervenir a pedido del juez no localizó el domicilio de la familia en cuestión, motivo por el que no intervino. Esta información se conoció en una reunión entre entre nuestro equipo, la funcionaria a cargo y miembros del equipo técnico de la secretaría de niñez adolescencia y familia de la provincia.

Se aclara que las profesionales de la defensoría, en el marco del proceso de actuación, se había comunicado con el equipo de la provincia y había aportado datos de domicilio y teléfono de contacto de la familia para colaborar con la restitución de ejercicio de los derechos de los/as niños/as, y había indicado, a su vez, la necesidad del restablecimiento del vínculo materno-filial.

Bajo estas condiciones, el equipo de la defensoría elaboró un informe que contenía el procedimiento seguido en función del objetivo propuesto,

en el que detallaba, entre otros datos, la cantidad de entrevistas a miembros de las familias, información relevante de las entrevistas familiares y reuniones mantenidas con referentes de los organismos públicos que debían actuar, incluyendo los datos de contacto con dichos organismos.

En el cuerpo del informe se concluyó, por un lado, que se constató la situación de precariedad socio económica de los/las niños/as, las implicancias negativas ante la ausencia de la madre y la falta de intervención del Estado (el organismo provincial con competencia en niñez que había recibido el oficio del juzgado) por no haber localizado el domicilio de la familia.

Se señaló la necesidad de la presencia materna y a su vez la intervención del Estado para aplicar políticas de fortalecimiento familiar, implementando medidas de promoción y protección de derechos orientadas a fortalecer el rol materno de la defendida y la de su hija adolescente madre de una niña de tres meses. También se subrayó que era menester apoyar la regularización de la documentación de los/as niños/as, contribuir en las gestiones necesarias para que la adolescente, sus hermanos y su hija accedan a programas sociales que contribuyan con su calidad de vida y la economía del hogar, teniendo en cuenta, como marcos jurídicos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y provincial 9.944.

La presentación del informe de actuación colaboró con el trabajo realizado por la DPO, nuevamente, al otorgarse el régimen de prisión domiciliaria, dado que se constató, entre otros aspectos importantes, la inacción por parte del Estado provincial, que fue probada por el equipo en forma fehaciente, y plasmada en el informe.

V. Consideraciones finales

En este escrito nos propusimos compartir el proceso de construcción de los informes sociales, psicológicos y psicosociales como experiencia de intervención profesional, en el marco de la defensa pública, en la provincia de Córdoba.

En nuestra labor intentamos que los informes sean el producto de un proceso en el que se visibilicen las condiciones objetivas y subjetivas de los/as defendidos/as en forma contextualizada, considerando la perspectiva teórica y ética-política que orienta nuestra práctica.

Si bien los informes no son directamente vinculantes, entendemos que aportan información descriptiva e interpretativa desde teorías sociales y psicológicas que contribuyen con la fundamentación de la defensa y la toma de decisiones en el marco del proceso judicial.

Es relevante destacar que la elaboración de los informes surge a partir de un proceso de diálogo y trabajo conjunto con los/as defensores/as y con los/as defendidos/as, como también con otras personas e instituciones involucradas en cada intervención. Entendemos que la participación y la disposición los/as defensores/as es importante en el abordaje interdisciplinario e integral de cada caso.

Consideramos que desde el Servicio de Asistencia y Promoción de Derechos (SAPD) se han efectuado diversos avances positivos y esperamos continuar profundizando en los posibles aportes interdisciplinarios en la línea de elaboración de informes, para contribuir con el proceso de defensa en el marco de los derechos humanos.

Bibliografía

- Birgin, H. 2011. "Acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica. Una agenda pendiente". En: *Discriminación y Género. Las formas de la violencia*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación.
- Bleger, J. 1985. *La entrevista psicológica: su empleo en el diagnóstico y la investigación*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Cazzaniga S. y otros. 2009. *Trabajo Social y cuestión metodológica*. Entre Ríos: Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos.
- Colegio de profesionales de Servicios Sociales de la provincia de Córdoba. "Teoría, espacios y estrategias de intervención III". Seminario de capacitación. Escuela de Trabajo Social. Universidad Nacional de Córdoba.
- Davila de Hunziker, A. 2002. *Reflexiones acerca de la Psicología y lo Sanitario*. Córdoba: Facultad de Psicología. Universidad Nacional de Córdoba.
- De Barbieri, M. 1996. "Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género". En: Guzmán Stein, L. comp. *Estudios básicos de Derechos Humanos*, 4. Costa Rica: Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos.
- Pautassi, L. 2012. "La igualdad en espera: el enfoque de género". *Lecciones y ensayos*, 89: 279-298.
- 2010. "El aporte del enfoque de derechos a las políticas sociales: Una breve revisión". Ponencia presentada en el Taller de expertos Protección social, pobreza y enfoque de derechos: vínculos y tensiones, Buenos Aires, enero de 2010. Consultado: octubre de 2012. <http://www.bsasjoven.gov.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/pautassi.pdf>.
- Rivera Beiras, I. 1992. "Los Derechos fundamentales en la privación de la libertad (análisis socio-jurídico de la normativa internacional)". En: *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: Jose María Bosch Editor.
- Rodigou Nocetti, M. 2009. "Violencia hacia las mujeres: violación a los derechos, responsabilidades de todos y todas". Ponencia presentada en el Seminario de Formación en Derechos Humanos, Género y Violencia, Programa de Género, Córdoba, 2009-2010. Consultado: junio de 2011. <http://www.unc.edu.ar/extension-unc/vinculacion/genero/acciones-realizadas/derechos-humanos-y-violencia-de-genero/seminario-de-formacion-en-derechos-humanos-genero-y-violencias>.

Videla, M. 1991. *Prevención. Intervención psicológica en salud comunitaria*. Buenos Aires: Ediciones Cinco.

III

CONTROL JUDICIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Inclusión social, probation y política criminal democrática: Una conjugación posible

Leandro Costanzo¹

I. Introducción a las medidas alternativas a la pena y enfoque conceptual

I. A. Introducción

El objetivo de este trabajo es visibilizar las realidades laborales y los recursos institucionales y legales existentes en la actualidad en torno a la suspensión del juicio a prueba. Se pretende explicar, también, cómo su mejor aplicación, junto con otros posibles recursos estatales aún en desarrollo, podría mitigar la situación de vulnerabilidad –debido a la marginalidad– de un sector desfavorecido de nuestra sociedad, el más relegado y que en general, hoy, termina ocupando gran parte de nuestras cárceles.

Teniendo en cuenta esa realidad carcelaria, que confina en especial a individuos pertenecientes a los sectores socioeconómicamente desfavorecidos², aquí se enfocará metodológicamente la situación del sujeto vulnerable³ y se

1 Abogado (UBA). Se ha desempeñado como Secretario de Tribunal en lo Criminal en el Departamento Judicial San Martín y como Director Provincial de Ejecución Penal en Libertad del Patronato de Liberados Bonaerense. Actualmente es funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y tesista de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la UBA.

2 Señalamiento que también se desprende de la interesante investigación efectuada por el Centro Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CELIV 2014, 7). Allí, luego del análisis estadístico de casos sobre más de mil personas privadas de la libertad, se ha concluido: “Las cárceles albergan un gran número de jóvenes que cometieron mayoritariamente delitos patrimoniales de baja cuantía. Estos jóvenes provienen de entornos sociales que denotan descomposición familiar y fallas institucionales en la detección temprana de conductas antisociales”.

3 Si bien se utilizará indistintamente el término de personas en situación de vulnerabilidad, cabe mencionar que la realidad de estas personas en este campo suele ser de triple estigmatización. Vulnerables por marginación social, por una causa penal, y también en situación de subordinación social de base, por su raza, sexo, elección sexual, discapacidad, etc. Tal situación tiene a su vez otras consecuencias. Es que, justamente: “[...] no solo es selectiva la criminalización que lleva a cabo el sistema penal, sino que éste opera de modo que la victimización también se hace selectiva y va recayendo sobre los de menores rentas [...] los más expuestos

procurará destacar la importancia de su participación activa en el cambio de su situación, ya antes de un posible encierro, mediante el instituto de la suspensión de juicio a prueba. Esta puede tratarse del primer contacto del Estado con personas que nunca estuvieron incluidas en la sociedad. Es cierto que no es la forma ideal de llegar a ellos –se trata de agencias penales, aunque exista la presunción de inocencia–; pero la práctica ha determinado que, en muchos casos, el proceso de suspensión del juicio a prueba es, en efecto, la primera oportunidad de llegar a su situación de vulnerabilidad⁴ con la intervención interdisciplinaria de los operadores estatales que puedan derivarlos a los programas sociales disponibles para quien los necesite, así como a aquellos programas específicos⁵ para quienes son asistidos por un Patronato de Liberados o por institutos de asistencia a personas liberadas.

En ese camino, no se harán aquí descripciones de utopías institucionales o procedimentales de sociedades más beneficiadas en la distribución de los recursos de la economía mundial, tales como podrían ser los modelos de los países escandinavos. Se analizarán, en cambio, las herramientas existentes en el país que permitirían influir de manera positiva, desde el inicio del proceso, en las posibilidades de quienes parecen estar destinados a ocupar los espacios carcelarios por parte de una sociedad excluyente. De esta manera, mediante una propicia intervención temprana, se evitaría que sufran luego las graves consecuencias que genera el encierro.

Estas herramientas aplicadas con eficiencia frente a una presunta primera incursión en el delito permitirían, además, evitar un eventual proceso creciente de agravamiento del tipo de hechos cometidos y de sus consecuencias jurídico-sociales, incluso más allá del ámbito individual.

Con ese horizonte, las medidas alternativas a la privación de la libertad, la pena de ejecución condicional o, principalmente, la mediación penal⁶ y la suspensión del juicio a prueba, parecen ser los caminos pensados para ese fin preventivo, tuitivo e inclusivo, por parte del legislador.

a ser victimizados también son quienes están más cerca de la base de la pirámide social –que son los más vulnerables–, es lógico que reaccionen con mayor violencia frente a las agresiones que sufren [...]” (Zaffaroni et ál. 2008, 15).

4 Nos referimos a los conceptos y situaciones descriptas en las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”), a las que, en adelante, se hará referencia.

5 Se mencionarán algunos ejemplos de programas específicos del Patronato de Liberados Bonnerense en el punto III.4 del presente artículo.

6 Así: “Una de las alternativas posibles que debe tomarse en cuenta es sin duda la mediación penal, teniendo como base el principio de consenso como forma viable de resolver el conflicto penal y sus consecuencias jurídicas” (Basilico 2006, 446).

I. B. Una clasificación de las medidas alternativas a la pena

Cuando hablamos de alternativas a la prisión podemos abordar la temática desde diversos enfoques como, por ejemplo, de acuerdo con su evolución o con el modo de cumplir la pena (Merlini 2012, 21).

Se toma, aquí, una posible clasificación de este tipo de medidas, que las organiza como sub-grupos en función del grado de contacto que, en cada caso, el sujeto toma con el Poder Judicial y la representación penal del Poder Ejecutivo, el sistema penitenciario(Corach 2012, 41).

En efecto, desde un mayor o menor acercamiento a los dos poderes del Estado, las medidas más cercanas suponen que el individuo ya transitó el juicio y un período de privación de la libertad. Allí ubicamos, en el *primer* sub-grupo, las medidas alternativas que pertenecen al régimen de progresividad de nuestra Ley de Ejecución de la Penal. En el *segundo* sub-grupo encontramos a quienes han recibido una declaración de culpabilidad tras el proceso penal, pero en el que, por tratarse de un delito leve, la pena no se fijó como de cumplimiento efectivo (art. 26 CP). Sin embargo, el efecto estigmatizante y la concreta amenaza de encierro tienen aún una carga negativa fuerte en exceso.

En el sub-grupo, se ubica la medida que no solo es alternativa a la prisión, sino también al juicio. Se trata de la *probation* o suspensión de juicio a prueba. Sobre esta medida se hará foco en este trabajo.

En un *cuarto* sub-grupo, podemos ubicar a la mediación penal; y finalmente –con el mismo criterio decreciente, por ser “la más alejada”–, como *quinto* sub-grupo, a la mediación penal juvenil⁷.

⁷ Cabe mencionar que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores (“Reglas de Beijing”), ya establecían, en el comentario de su punto 1, las orientaciones básicas que dichas reglas propugnan a través de las políticas sociales. Estas “tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención”. Tras mencionar el alcance de la existencia de facultades discrecionales, dadas las diversas necesidades especiales de los menores (regla 6.1), establece que “[p]ara facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de las víctimas” (regla 11.4). En el comentario de esa regla, se establece que “[l]a remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo, el estigma

Cuanto antes se acuda a la aplicación de medidas alternativas, más chances habrá de que el contacto con el sistema del encierro no se produzca. Desde el inicio, por lo tanto, deberá procurarse que dichas medidas se pongan en marcha. El problema se presenta cuando esto no sucede, como se verá a continuación.

I. C. Problema

La falta de una implementación seria y eficaz del trabajo vinculado a los institutos sustitutivos de la prisión para evitar las consecuencias de la prisionización⁸ implican dificultar toda la actividad penal del Estado poste-

de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta". La regla 11.4 recomienda que se provean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Las recomendaciones analizadas coinciden en señalar la necesidad de concretar ese alejamiento del primer contacto de nuestra clasificación inicial (con el Poder Judicial en su faz procesal ordinaria y con los representantes penales del Poder Ejecutivo).

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, considerada como uno de los principios interpretativos de la Ley Provincial de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes -Nº13.298-), determinan propuestas en este sentido en su punto I.5, teniendo en cuenta su mayor situación de vulnerabilidad, que requiere, por esa razón, mayores recaudos para proteger su psicología en desarrollo.

Es muy interesante lo ocurrido con el sistema implementado en España: "Existe Consenso a nivel internacional de la necesidad de introducir en las legislaciones penales de menores mecanismos desjudicializadores [...]. En efecto, la mediación provoca en el menor una serie de efectos positivos para no volver a reincidir [...]. Aunque se alude a tres medidas alternativas (reparación del daño, conciliación y actividad educativa) [...]. Las medidas contempladas en el art. 10 LORRPM se alcanzan a través de la mediación, [...] en la memoria 2009 se recoge que en el año 2008 [...] se recurrió a la desjudicialización en el 23 % de los caos, representando los asuntos resueltos a través del proceso penal el 77%. La mitad de los procesos terminaron con una sentencia condenatoria dictada en conformidad [...]. La ley española de responsabilidad penal de menores contiene una regulación adecuada de la mediación. Este instrumento desjudicializador se puede aplicar a la mayor parte de la delincuencia juvenil, puesto que solo se excluyen de la mediación los delitos graves. Además, la legislación no permite que por esta vía se terminen imponiendo las mismas sanciones que se pueden acordar en el proceso penal [...]. En el plano práctico, los estudios que se están haciendo sobre los niveles de reincidencia de los sujetos que se someten a la mediación ponen de relieve que esta medida es la que mejores resultados está dando, de cara a evitar que los menores vuelvan a delinquir" (García-Pérez 2013: 2, 3, 6, 10 y 14).

En las sistematizaciones recomendadas por la normativa internacional con auspiciosos resultados; desarrollados por Arsenio F. Mendoza (2007) y María Dolores Finochietti (2007), respectivamente. el ámbito local, hay que remarcar las experiencias desarrolladas en la provincia de Entre Ríos y en la provincia de Neuquén, ya que han adoptado.

8 La prisión "asigna roles negativos (posiciones de liderato internas) y fija los roles desviados (se le exige asumir su papel y comportarse conforme a él durante años, no sólo por el personal sino también por el resto de los presos. Estas son características negativas no coyunturales de las prisiones (que pueden ser más o menos superpobladas y limpias), sino estructurales de la institución. Por más que se quiera no se pueden eliminar y producen estos efectos, que en conjunto y técnicamente se llaman prisionización" (Zaffaroni et ál. 2008, 14).

rior. Al no aprovecharse con eficiencia las posibilidades que aportarían estas medidas si estuviesen adecuadamente instrumentadas, el Estado debe abocarse –cuando tales medidas fracasan– a muchos más casos con procesos judiciales típicos con derivación penitenciaria de los que, en realidad, serían necesarios.

El mal funcionamiento (o la falta de desarrollo y de recursos administrativos) de los institutos sustitutivos señalados repercute, además, en la recarga y el consecuente mal funcionamiento de todo el resto de los mecanismos penales que se aplican luego de esos intentos alternativos.

Este fracaso impacta también en las “carreras” delictivas. Se pierde la oportunidad de influir positivamente en la vida del ciudadano y de disminuir el riesgo de la reiteración delictiva. Esto vale, en especial, para quienes pertenecen a aquellos sectores⁹ para los que, además, estas medidas representan la oportunidad –¡quizás por primera vez!– de ser incluidos socialmente después de las ausencias previas del Estado.

I. D. Enfoque del presente trabajo

Por su amplia aplicación¹⁰ y su afianzamiento en la práctica judicial, así como por su celeridad procedural y los beneficios que presenta –también corroborados en su aplicación en otros países¹¹–, se profundizará aquí en el análisis del instituto de la *probation* o suspensión del juicio a prueba. Reflexionaremos respecto de su aplicación actual y de sus potencialidades.

9 Cabe recordar aquí que por la propia selectividad del sistema penal quienes son encarcelados son en su gran mayoría –de acuerdo a las condiciones sociales de la región– personas que se encuentran en la *situación concreta de vulnerabilidad* que los llevará a la cárcel. Ese esfuerzo o contribución que hace la persona para colocarse en esa situación concreta –no obstante- no deja de lado el marco socio-económico débil del que parte, situación que demarca un panorama injusto inicial (Zaffaroni et ál. 2008, 517).

10 De las estadísticas provenientes del Patronato de Liberados Bonaerense al 1º de agosto de 2014, de 45.925 personas que controla y asiste dicho organismo, 17.908 casos corresponden a suspensiones de juicio a prueba y 9.237 a condenas condicionales. Es decir, la mayor parte corresponde a individuos que no han sufrido los efectos de la prisionización. Cfr. estos datos en la página web del Patronato de Liberados Bonaerense: www.plb.gba.gov.ar.

11 Con el objeto de reducir el uso de la prisión, dados sus conocidos perjuicios, se abren camino las políticas reduccionistas: “Los instrumentos alternativos a la prisión son los que se presentan como la opción más aconsejada en esta dirección. Una política criminal reduccionista parte de la premisa de que el Derecho Penal y en particular, la pena de prisión no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad sin que, por el contrario, el mayor nivel de desarrollo e igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos comunitarios con el menor uso de los instrumentos más coactivos, como son los utilizados por el Derecho Penal” (Rutherford citado en Huñis 2006, 186).

Esta elección está alimentada, en esencia, por una visión pragmática sobre una medida alternativa que lleva ya más de quince años desde su instalación legal en el país y que se encuentra en plena aplicación, cuyas características se entienden idóneas como herramienta social de cambio concreto en la realidad de individuos que, muchas veces, sufren desde el inicio los efectos de una desigualdad estructural.

La *probation* es un instituto que posee un amplio desarrollo, que es utilizada y conocida por los operadores, y cuyo marco legal permite el desarrollo de medidas estatales consistentes y reales para favorecer la inclusión social de las personas beneficiadas. Por ello, se dedicará este trabajo a su análisis mediante el estudio de su realidad actual (apartado II), de las dificultades de su implementación por las limitaciones judiciales y administrativas que la restringen (apartado III), y a la presentación de propuestas para revisar las posibilidades de cambio concreto (apartado IV). En las reflexiones finales se dejará abierto el campo de discusión a nuevos balances y propuestas (apartado V).

II. La suspensión del juicio a prueba como herramienta estatal de inclusión social

II. A. Introducción

Corresponde, entonces, iniciar el análisis de la medida alternativa que, frente a un primer contacto con el proceso penal, tiene más posibilidades de convertirse en una verdadera herramienta de inclusión social. Con un trabajo interdisciplinario eficiente (de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Público y de los organismos encargados del acompañamiento concreto)¹², después de esa eventual primera transgresión a la norma, es posible detener el camino que para muchas personas sin contención ni ayuda, provenientes de sectores sociales desfavorecidos, suele significar el inicio de un camino casi automático hacia el posterior encierro carcelario.

Sin soslayar el hecho de que se trata de un intento estatal tardío y dentro del ámbito penal (que no es lo ideal ni conveniente para la intervención y el trabajo social), la *probation* es, por eso mismo, quizás también una de las últimas posibilidades de actuación estatal previa a una estigmatización más profunda (condena).

12 En tal sentido, las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables establecen, en su regla 39, la coordinación interinstitucional orgánica y funcional, así como actuación interdisciplinaria –regla 41– para mejorar la respuesta.

Comenzaremos señalando algunas nociones relativas a la naturaleza jurídica de este instituto.

Se ha caracterizado a la *probation* como un instituto bifronte, pues, por un lado, tiene capacidad extintiva de la acción penal, y, por otro lado, se manifiesta claramente como instaurador de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. También fue descripta como un supuesto de disponibilidad de la acción o, asimismo, como una causa de extinción de la acción penal y, subsidiariamente, como una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal (cfr. Bertolino 2010, 707).

La ley nacional 24.316, publicada el 9 de mayo de 1994, incorporó “un instituto complejo y de difícil interpretación y ello por plurales razones” (Devoto 1995, 73). Amerita, por lo tanto, analizarlo funcionalmente a la luz de las actuales falencias en la implementación y considerando la simplicidad y el marco de posibilidades positivas –muchas ya previstas en la norma– que un desarrollo proactivo podría ofrecer.

Por ello, entendemos que este instituto no debe significar solo la oportunidad del Estado de efectuar el control de su cumplimiento y de la persona a quien le es otorgada la *probation*, sino que debe ser también –principalmente– la oportunidad de asistir social, legal, médica y psicológicamente (es decir, interdisciplinariamente) al individuo beneficiado por la medida, bregando así por esa efectiva inclusión social que en muchos casos no existía o era insuficiente con anterioridad a su entrada en contacto con el sistema penal; y que colaboró en que dicho ingreso se concrete.

II. B. Esquema normativo. Reparación del daño a la víctima y notificaciones

La suspensión del juicio a prueba, tal como está sancionada en la Argentina, implica la oportunidad de dejar en suspenso el curso del proceso penal –cuando el sujeto no tiene condenas penales previas–, y somete al probado a ciertas reglas de conducta y deberes durante un tiempo específicamente estipulado. El positivo cumplimiento de estas obligaciones conlleva que la acción penal quede extinta y se dé por cerrado el trámite sin que haya riesgo de condena ni declaración de culpabilidad alguna respecto del probado. Las obligaciones impuestas para el período de prueba, por su parte, están destinadas a reparar el daño presuntamente provocado y a darle herramientas a la persona para su propia formación e inclusión social, que pueden abarcar desde la realización de un tratamiento psicológico hasta la exigencia de que culmine sus estudios primarios o secundarios.

La audiencia para tratar el otorgamiento de la *probation* se lleva a cabo con la presencia del juez –o jueces–, el fiscal, el defensor, el imputado, y puede par-

ticipar la víctima a fin de describir el eventual daño sufrido. En muchos casos, esto puede favorecer una efectiva participación comunitaria y una intervención judicial que, junto con el ofrecimiento del imputado, pueden ser realmente reparadores para la presunta víctima. Ante situaciones de vulnerabilidad y en los casos en que resulte apropiado (tanto del probado como de la presunta víctima) es aún más importante impulsar estos medios alternativos, dadas las menores afectaciones, facilidades y beneficios que implican para ambos¹³.

En estos casos, la audiencia y sus notificaciones requieren un especial esfuerzo de magistrados, funcionarios y empleados en la adopción de las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación y comprensión del imputado y de la presunta víctima¹⁴.

En efecto, art. 76 bis CP –luego de normar los parámetros de otorgamiento– establece que, al ser presentado el pedido de la suspensión del juicio a prueba, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño sufrido por la presunta víctima en la medida de sus posibilidades (sin que ello signifique confesión ni reconocimiento de responsabilidad), y que será el juez, luego de la audiencia, quien decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada.

También ese artículo determina que la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida y que, en este último caso, si la realización del juicio se suspende, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

A su vez, el artículo 76 ter, tras describir los plazos por los que puede ser establecido el beneficio (de 1 a 3 años), determina que el tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, según las previsiones del artículo 27 bis del Código Penal. Pero estas podrán ser modificadas por el tribunal si resulta conveniente en el caso.

Requiere especial atención, en este contexto, la obligación de reparación del daño, a la que dedicamos las próximas líneas. Cabe recordar los particulares y poco estigmatizantes efectos de la suspensión del juicio a prueba para entender que, más allá de sus beneficios, la *compensación* del afectado por parte del imputado es también la figura central en el instituto, ya que facilita un acercamiento entre ambos y suele generar la posibilidad de que este último inicie un camino que le permita sentirse socialmente “producti-

13 Cfr. Reglas 43 y 56 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”).

14 Cfr. Reglas 58 a 61 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”).

vo", dado que intenta resolver en concreto el conflicto intersubjetivo producido por su presunta transgresión a la norma.

Si no se acepta la reparación del daño, se debería intentar devolver al imputado la suma de dinero aportada en ese carácter, ante la posibilidad de que la presunta víctima accione civilmente para buscar indemnización. En caso de no devolver el dinero, entendemos que la suma perdería el carácter reparatorio y tendría otra naturaleza; como, por ejemplo, una donación, si se destinara a una institución de bien público¹⁵. Para que pueda donarse, sería esencial que el imputado lo solicite o preste conformidad, teniendo en cuenta que en algunas ocasiones los mismos probados oferentes manifiestan, al momento de aportar la suma, que la destinan a alguna institución de ese tipo si la víctima no la acepta.

Se desarrolla una mecánica similar frente a los delitos en los que no existe una víctima concreta; y en los que, muchas veces, se efectúa como reparación del daño algún tipo de ofrecimiento económico a un organismo de bien público. Sin embargo, en estas situaciones –delitos de peligro abstracto, por ejemplo– el ofrecimiento se aporta con ese fin y se trataría, en realidad, de una regla accesoria.

Si bien es posible que la intervención previa se burocratice o mecanice la actuación por parte de la defensa y/o de la fiscalía intervinentes¹⁶, en general, lo adversarial coloniza el momento de la negociación de las partes en la audiencia de *probation*, y predomina como método alternativo de resolver el conflicto. En caso de el juez interviniente la conduzca bien, con un especial cuidado por tratarse de personas en situación de vulnerabilidad, la audiencia puede lograr sus fines integrativos, y la participación activa del imputado y de la presunta víctima en la resolución del conflicto.

II. C. El prisma elegido: Un modelo integral inclusivo

Ahora bien, la *probation* puede evaluarse a partir de las cuestiones vinculadas a la persona que obtiene el beneficio –fin esencial aquí analizado–, y considerar así que se trata de la oportunidad del Estado de revertir aspectos negativos generados por su ausencia previa –en la niñez y en la adolescencia del sujeto– que, en algunos casos, pudo ser determinante en el camino delictivo que inició el individuo.

¹⁵ Se aclara esto porque en algunas ocasiones, si la víctima no acepta la reparación, directamente se redirige a ese destino.

¹⁶ Por esta razón, será esencial aplicar especialmente en el Ministerio Público las propuestas de capacitación, protocolización y reorganización que serán planteadas en los puntos siguientes.

Otra perspectiva, sin embargo, también es posible a partir de una visión más utilitarista del instituto. En este sentido, desde el sistema judicial se ha mencionado: “[...] debemos señalar la conveniencia de su vigencia en el derecho positivo y la enorme utilidad que presta para posibilitar una administración de justicia sustentable, especialmente teniendo en consideración la falacia del criterio de que todo se puede perseguir y todo se puede juzgar” (Granillo Fernández y Herbel 2009, 372-373).

Aunque el fin sobre el que se hace hincapié en este trabajo es la utilidad de la *probation* como herramienta inclusiva real de sujetos “vulnerables”, no debe perderse de vista que también es una medida alternativa de aplicación para otro tipo de delitos –no vinculados, en su origen, con carencias socioeconómicas– y respecto de ciudadanos de otros sectores sociales más favorecidos. Tal análisis, sin embargo, no es el que aquí será priorizado.

Ahora bien, de las características –y finalidades– diferentes que hemos señalado respecto de la suspensión del juicio a prueba, surge que las perspectivas consideradas en su aplicación y respecto de sus beneficios son también disímiles; y así sucede también en las distintas jurisdicciones.

Por ello, resulta muy interesante la clasificación que se efectúa de acuerdo con los dispositivos de seguimiento que requiere la implementación de la medida, los que se han ido desarrollando sin uniformidad.

Así, se ha explicado (Corach 2012) que existen dispositivos *autoritarios*, que ponen énfasis en la prevención del delito, en los que la cárcel siempre subyace a modo de amenaza dirigida a un sector de la población al que se entiende como peligroso. Esta perspectiva tiene una concepción pasiva de ese sujeto vulnerable.

En cuanto a los beneficios de los operadores, el objetivo central del modelo *burocratizado* es descargar a la justicia de causas menores, o bien, solo en combatir la superpoblación carcelaria. A partir de la óptica de este modelo, la implementación de la medida de *probation* termina siendo labor del personal administrativo de menor rango en los organismos.

Finalmente, el modelo que entendemos más acorde con el respeto de los derechos fundamentales, y a la vez más efectivo a mediano plazo, es el modelo *integral inclusivo*, que se basa en un verdadero intercambio entre el individuo en *probation* y la sociedad, que requiere, entonces, conocer sus necesidades y así asegurar un sujeto activo y responsable con la comunidad. La comunidad, eso es claro en este modelo, también se ve beneficiada.

Como hemos adelantado, entendemos que una eventual descarga del sistema de justicia solo puede tomarse como un beneficio accesorio y que el modelo de seguimiento debe ser integral-inclusivo, es decir, con la atención puesta en el sujeto, y no en el sistema.

Con esta aclaración, solo cabe agregar que si bien se coincide con que existen diferentes modelos de seguimiento de la medida, en realidad, entendemos que en la práctica los tres modelos se suelen mezclar. Si bien se debe bregar por un modelo integral-inclusivo, deberá tenerse en cuenta que el medio social para este dista de ser el ideal. Es decir, la *probation* funciona hoy, en Argentina, en un medio poco permeable a la idea de interacción entre víctima, ofensor y sociedad, independientemente de que exista una labor efectiva de parte de los profesionales intervenientes. Por desgracia, existe un medio social “bombardeado” por mensajes mediáticos que colaboran con la formación de miedos, y esta sensación hace más difícil la labor inclusiva, la recepción y la participación comunitaria.

Por ello, sugerimos idear sistemas de seguimiento que sean acordes con el ideal aquí propuesto; pero que, al mismo tiempo, sean “realistas” y efectivos para que no sean rechazados directamente por prejuicio o temor a los intentos integradores.

Se impone, también, trabajar en la difusión genuina de la medida, a fin de concientizar a los destinatarios y, además, buscar la participación comunitaria para configurar mejores actitudes del medio receptivo¹⁷.

II. D. Organismos intervenientes

Para que, en efecto, cumplan los objetivos planteados, intentando que no se desarrolle una eventual carrera delictiva a partir de ese supuesto primer delito, será necesario que los programas interdisciplinarios destinados a la inserción social del probado tengan una existencia efectiva y un acompañamiento profesional previo, concreto y sostenido. Esto se refiere tanto al organismo administrativo (patronatos o institutos de asistencia y control de personas con o sin privación de la libertad) como –especialmente– respecto de los empleados y funcionarios judiciales de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público intervenientes.

Es decir, se requiere que la atención de los operadores estatales no solo se vincule a la problemática penitenciaria y post-penitenciaria. Es necesa-

¹⁷ Cfr. Reglas 98 y 99 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”).

rio intentar un paulatino cambio de perspectiva o de “disposición mental” en los operadores de los ámbitos mencionados. Este cambio será fundamental para el éxito del instituto.

Tomemos como ejemplo la regla primera del artículo 27 bis del Código Penal, que establece que el beneficiado por la suspensión del juicio a prueba deberá fijar domicilio y someterse al cuidado de un patronato. Los organismos mencionados, además de ser auxiliares de los juzgados y efectuar el control administrativo de las reglas judicialmente impuestas, deben entenderse –desde la órbita judicial– sobre todo como organismos de inclusión social. Más allá de que muchos operadores los consideren como meros auxiliares –y solo para las tareas de control–, los organismos deben tener interés, brindar acompañamiento y apoyo para una labor inclusiva, coordinada y conjunta con juzgados, fiscalías y –en especial– con las defensorías¹⁸. No se trata solo del “control” de la presencia del probado en el domicilio fijado, sino de brindar el apoyo para la organización de la vida privada, laboral y social en ese domicilio.

Para describir su funcionamiento y entender los cambios que se pretenden en la órbita judicial, se hará referencia aquí al Patronato de Liberados Bo-naerense¹⁹, ya que es el de mayor desarrollo –en cantidad de personas tuteladas y en capacidad operativa– y teniendo en cuenta el momento de eventual proceso de cambio del capitalino²⁰. Esta institución depende, al igual que el

18 La Regla 87 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”) establece la importancia de la colaboración del Poder Judicial con los otros poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Ello debe incluir, dentro de esa cooperación, al completo entramado asistencial necesario para satisfacer los derechos sociales de quienes más lo necesitan. También debe incluir la participación de la sociedad civil “por su relevante papel de cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidos de la sociedad” (Regla 89).

19 “En 1950 se sanciona el primer Código de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 5.619) que ciertamente significó un avance revolucionario en la materia para la época (en ese entonces estaba vigente en la Nación la ley 11.833/33, que posteriormente y sobre la base de la ley provincial fue modificada por el Dto-Ley 412/58), a través del cual se oficializa el Patronato de Liberados como entidad autárquica de derecho público, status que se mantiene hasta la fecha” (Observatorio de la Ejecución Penal. Patronato de Liberados de la provincia de Buenos Aires 2007, 64).

20 El Patronato de Liberados de la Capital Federal interviene en los casos de personas que poseen causas en juzgados nacionales o federales, que a su vez viven dentro de la CABA. Registrado en la Inspección General de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia de la Nación bajo el N° C.569, personería Jurídica otorgada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 1º de febrero de 1919, el organismo homónimo de Capital Federal no pertenece a la órbita estatal, si bien recibe aportes para su funcionamiento. “En el año 1918, anticipándose a la vigencia del Código Penal de 1921, el Dr. Jorge H. Frías impulsa la creación del Patronato de Liberados de la Capital Federal, inquietud que responde a su permanente compromiso social y a la preocupación por

Servicio Penitenciario Bonaerense, del Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Y es un órgano que, a la vez, interviene respecto de quienes poseen causas en la justicia nacional o federal y viven en la provincia de Buenos Aires –entre 6500 y 7000 personas–. En efecto, son supervisados por el patronato bonaerense en virtud de un convenio interjurisdiccional²¹.

el hombre egresado de la cárcel. Ya en plena vigencia de la nueva norma legal, se le asigna a la institución la supervisión de los liberados condicionales y posteriormente, la de los procesados excarcelados, sumando dichas actividades a la atención de aquellos ex - internos que habiendo agotado sus condenas recurrían a la acción benéfica del Patronato, como alternativa para sortear las dificultades de los primeros pasos en libertad. Durante casi sesenta años se cumplió con el derrotero fundacional en forma ininterrumpida, lográndose manifiestos reconocimientos públicos y privados, a nivel nacional e internacional, que convirtieron al Patronato de Liberados de la Capital Federal en institución señera en materia post-penitenciaria, inspiradora de la creación de organismos análogos a lo ancho y a lo largo del país. Los resultados obtenidos y la coherencia demostrada, ampliaron su incumbencia en el sistema penal en la segunda mitad de la década del setenta. En efecto a partir de entonces, las cámaras con competencia en lo criminal de la Capital Federal encomiendan la realización de los estudios socioambientales para mejor información de los jueces encargados de aplicar la ley penal y posteriormente en el año 1992 la participación institucional en la supervisión del cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el artículo 27 bis del Código Penal conforme el texto de la Ley N° 24.316. También en la elaboración de los estudios sociales de los imputados por infracción a la Ley N° 23.737. Completan el cuadro de intervención del Patronato de Liberados las distintas instancias de la aplicación de la Ley N° 24.270, asistiendo técnicamente a las familias y al organismo judicial en el desarrollo del procedimiento.” (<http://www.patronato-liberados.org.ar/Institucional>). Actualmente, el proyecto de ley en tratamiento intenta colocar al organismo dentro de la órbita del Poder Judicial, para que dependa de la Cámara de Casación Penal. Si bien entendemos que esa anexión no es lo ideal (y debería –en su caso– darse a otro órgano del Estado), excede los límites de este artículo el tratamiento de esta problemática, que está siendo tratada por el autor en otros trabajos.

21 Dicho convenio entre el Patronato de Liberados Bonaerense y la Dirección Nacional de Readaptación Social tiene similares características al firmado con los patronatos de otras provincias. Cabe recordar que el Decreto 807/2004 aprueba la reglamentación del artículo 174 de la ley 24.660 (que establece: “Patronatos de liberados ARTÍCULO 174. Los patronatos de liberados concurrirán a prestar la asistencia a que se refieren los artículos 168 a 170, la asistencia pospenitenciaria de los egresados, las acciones previstas en el artículo 184, la función que establecen los artículos 13 y 53 del Código Penal y las leyes 24.316 y 24.390”). El decreto, luego de establecer el modo de intervención del Patronato de Liberados de la Capital Federal, estableció en su artículo 15: “A efectos de atender las necesidades de los tribunales federales con jurisdicción en el interior del país, el PATRONATO DE LIBERADOS dispondrá la creación de delegaciones regionales en aquellas ciudades en que se determine el asiento de un Juez de Ejecución Penal. De igual manera, se establecerán Delegaciones en el ámbito de la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, según las necesidades de la población a supervisar, tanto para los tribunales de orden federal como Nacional. Sin perjuicio de ello, el PATRONATO DE LIBERADOS asesorará y contribuirá con los Estados Provinciales a la creación, de instituciones similares”. Esa creación podría ser auspiciosa si se pensara desde la óptica que prioriza la existencia de más organismos que desarrollen esta labor esencial (que incluye la asistencia mencionada en los artículos 168 a 170 de la ley 24.660); o desde la que apunta a desarrollar el trabajo asistencial y de control desde el tamiz de la problemática específica de los delitos federales (especialmente, el narcotráfico). Pero, por otro lado, podría argumentarse que ello podría afectar las políticas regionales concretas de inclusión social y control de la población sometida a distintas medidas judiciales. En todo caso, dicha discusión requiere mayores desarrollos que exceden el marco de este trabajo.

En su página web, este organismo provincial se define como: “[...] la institución que se ocupa de toda persona que por disposición judicial deba estar bajo la tutela, asistencia, tratamiento y control judicial de ese organismo. Asimismo se ocupará de aquellos que han cumplido su condenas y aun necesitan o requieren asistencia social o de tratamiento”²².

22 En cuanto a las misiones del organismo, se establecen: “Coordinar y ejecutar a través de sus dependencias, en todo el ámbito territorial de la Provincia de Buenos Aires, las políticas, planes y programas contemplados en la Ley de Ejecución Penal Bonaerense y/o los aprobados por el Ministerio de Justicia, destinados al control de las obligaciones impuestas judicialmente, al tratamiento en el medio libre y a la asistencia de los liberados ó tutelados, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz social y a la disminución de la criminalidad y la reincidencia.

Coordinar, planificar y atender la etapa pre-liberatoria en todas las unidades carcelarias de la Provincia de Buenos Aires, con la debida antelación al otorgamiento de la libertad y con el fin preventivo de disminuir la reiteración del delito, a través de la adecuada contención profesional, familiar y comunitaria, tendiendo a mantener la continuidad en el tratamiento penitenciario y post-penitenciario.

Organizar y fiscalizar el tratamiento integral de los liberados condicionales, condenados condicionales, excarcelados, eximidos de prisión, condenados con libertad asistida, probados con suspensión de proceso; de todo aquel que deba cumplir medidas o penas sustitutivas de prisión y de aquellos liberados cumplidos que requieran su intervención, haciendo extensiva la asistencia al núcleo conviviente con el fin de facilitar su inserción al medio social.

Administrar la ejecución de la pena en libertad, actuando como auxiliar permanente de la justicia. Mantener informada a la autoridad jurisdiccional sobre la conducta, cumplimiento de obligaciones y situación de sus asistidos. Comunicar las irregularidades comprobadas y los tratamientos incumplidos ó no aceptados que fueran propuestos e indicados por el Patronato.

Coordinar la aplicación de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad con la autoridad judicial, en los ámbitos provinciales, nacional, federal, y extranjeros y otros Patronatos de Liberados.

Coordinar, fiscalizar e intervenir en la ejecución de todo sistema sustitutivo de pena que se cumpla en libertad. Intervenir como organismo de asistencia y control del procesado, con sujeción a las condiciones compromisorias fijadas por el Juez en el otorgamiento de la excarcelación.

Proponer y/o aconsejar al Poder Ejecutivo Provincial sobre la conveniencia del otorgamiento de la conmutación de pena de sus tutelados.

Aprobar y convenir con autoridades nacionales, provinciales, municipales y universitarias la realización de cursos de perfeccionamiento y actualización en ejecución penal y disciplinas afines.

Celebrar convenios interinstitucionales que propendan al cumplimiento de los objetivos del instituto liberatorio.

Participar, realizar y promover los estudios e investigaciones para la elaboración de proyectos, propuestas y programas tendientes a la ejecución de acciones afirmativas y formulación de acciones positivas destinadas a los liberados, como parte de la política de prevención criminal de la Provincia.

Instrumentar los medios de comunicación más adecuados, a fin de que la temática tome estado público y se instale en la población la conciencia de que el adecuado control, asistencia y tratamiento de las personas sancionadas judicialmente, contribuye eficazmente a la resolución del problema de inseguridad. Difundir e informar a la comunidad la problemática del liberado a fin de requerir su colaboración en el proceso de inserción social.” (<http://www.plb.gba.gov.ar/>).

II. E. Intervención específica de los organismos jurisdiccionales y del Ministerio Público

Actualmente, en la provincia de Buenos Aires, los mismos organismos que otorgan el beneficio efectúan el contralor jurisdiccional en la suspensión del juicio a prueba. En efecto, si bien poco tiempo atrás²³ los juzgados de ejecución penal realizaban dicha labor, por razones de operatividad, se optó por volver al sistema anterior a la creación de esos organismos, en virtud de la alta carga laboral de esos juzgados²⁴, muy superior a la de los restantes organismos de primera instancia. Si bien desde la óptica de los recursos existentes es entendible tal decisión, cabe destacar también que, a los fines de la efectividad del instituto, esta reforma, como sucede en todas las jurisdicciones de la Nación, requerirá especializar al personal que hoy interviene en la labor desde los juzgados y los tribunales otorgantes, para que la implementación de la medida sea en verdad funcional.

En el ámbito nacional, los juzgados nacionales de ejecución penal intervienen a partir de que se otorga la suspensión del juicio a prueba. En la Justicia Federal, la labor jurisdiccional vinculada a estas medidas es realizada, en general, por secretarías de ejecución en los propios tribunales orales criminales que otorgan el instituto²⁵.

Los Ministerios Públicos de la Nación y de la provincia de Buenos Aires poseen áreas especializadas en la ejecución, pero el enfoque de su intervención no está orientado hacia quien está en libertad. La suspensión de juicio a prueba existe, además, en esa especial situación intermedia que significa el propio instituto, y no cuenta con una especialización de los operadores que contemple las necesidades de un enfoque interdisciplinario inclusivo.

Debemos destacar, entonces, la importancia de una apropiada intervención de la defensoría en la audiencia, pero especialmente en el seguimiento posterior; porque una vez que vence el plazo de la suspensión del juicio a prueba suele ser necesaria la intervención de la defensoría para que se tengan por cumplidas las reglas impuestas y la reparación del daño a la víctima, ante los problemas o diferentes situaciones que pongan en duda tal

23 La decisión de la SCJBA que determinó esta intervención es la Resolución de Corte 1935/12 (del 8/8/12).

24 Asimismo, se produjo a raíz de las argumentaciones legales introducidas por los magistrados que requirieron la modificación a raíz de la sanción de la ley 14.296.

25 El artículo 511 del Código Procesal Penal de la Nación establece claramente: “El Juez de ejecución tendrá competencia para [...] 2) Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba (artículo 293) [...]”.

cumplimiento y hagan peligrar la extinción de la acción penal, con el consiguiente riesgo de que deba realizarse el juicio (art. 76 ter, 4to párrafo CP).

La intervención judicial implica un seguimiento sobre la medida; seguimiento que algunos operadores reducen solo a la idea de control, y que se ha confundido con el administrativo.

Para brindar un panorama claro de la cuestión, es importante recordar que las funciones de control administrativo de la suspensión del juicio a prueba –que efectivamente es la función del Patronato de Liberados²⁶–, deben ser diferenciadas de las jurisdiccionales.

Por ejemplo, la constatación administrativa concreta de la asistencia del probado a la oficina del patronato, el registro en el sistema respectivo y la remisión posterior del correspondiente informe al juzgado, se diferencian de la labor de control jurisdiccional que se desarrolla en los juzgados cuando reciben esa información. Esta última labor también conlleva el requerimiento de nuevos informes generales o específicos a la autoridad administrativa, el asiento de toda la información en la causa o incidente respectivo, el correr alguna vista al Ministerio Público y –en síntesis– toda la labor previa necesaria para resolver.

Dicha actividad de control jurisdiccional en la provincia de Buenos Aires también debe desarrollarla el juez que otorga la medida; que además debe cumplir (aunque cuesta mucho más conseguirlo) la función garantizadora establecida en el artículo 163 de la ley de ejecución penal²⁷, trabajando coordinadamente con los otros organismos.

Tener en claro las dos esferas en el ámbito del control (administrativo y judicial) posibilita entender la doble órbita de actuación que existe respecto de la labor de inclusión social del probado (la asistencial) y que también debe ser el objetivo del juez junto con el Ministerio Público y el Patronato

²⁶ Si bien respetamos aquí el nombre de esos órganos por el uso habitual y por aspectos prácticos, coincidimos en la necesidad de cambiar su nombre por motivos técnicos y filosóficos. En este sentido, la propuesta de “Instituto de Asistencia de Presos y Liberados”, de la provincia de Río Negro, da una alternativa para comenzar a pensar otros nombres posibles.

²⁷ El artículo 163 de la Ley de Ejecución de la provincia de Buenos Aires establece que el juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de quienes se encuentren bajo la tutela del Patronato de Liberados. Eso incluye a quienes han obtenido la suspensión del juicio a prueba. Y en ese contenido, deben dichos jueces colaborar en el abastecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los probados provenientes de sectores vulnerables.

de Liberados²⁸. Se debería contar con una intervención judicial proactiva, con el empuje constante de una defensoría interviniente (no limitado a la audiencia de otorgamiento), para vencer los obstáculos que la estigmatización y la discriminación podrían poner en ese camino inclusivo²⁹.

Más allá de los diferentes tipos de organismos judiciales encargados de efectuar el seguimiento propio en las distintas jurisdicciones³⁰, y de la labor administrativa que en tal sentido realizan los “patronatos”; los beneficios generales de la escisión de la función de control respecto de la función de asistencia se basan en la necesidad de optimizar la búsqueda de la inserción social de los beneficiarios que la requieren y que debe ser facilitada por profesionales capacitados (trabajadores sociales y psicólogos en particular). Se debe procurar, a la vez, un control eficiente del cumplimiento de la medida, y debe realizar este control el personal preparado específicamente para tales tareas.

Si no se diferencia y queda clara la necesidad de ambas labores, la función de control podría fagocitar a la función de asistencia administrativa. Y esto ocurriría por la propia naturaleza represiva del derecho penal, que lleva ínsita la labor que, muchas veces, confunde a muchos operadores administrativos y judiciales. El presente trabajo se ha pen-

28 La investigación de la Universidad de Tres de Febrero mencionada (CELIV 2014), ha reflejado que existe algo muy distinto a esta intervención coordinada que consideramos esencial: “No hemos detectado que existan fuertes coordinaciones inter-institucionales. Las organizaciones de prevención social, de policía, de justicia y de punición parecen cada una responder a sus propias lógicas institucionales”.

29 A modo de ejemplo, puede mencionarse la intervención que los jueces de ejecución han debido desarrollar ante algunas municipalidades del conurbano bonaerense que negaban el otorgamiento de licencias de conducir profesionales a personas que tuvieran antecedentes penales.

30 Estas diferencias también se encuentran en las distintas jurisdicciones de otros países. A fin de exemplificar la existencia de diferentes métodos de control y de asistencia, cabe señalar una experiencia personal que tuvo lugar al presenciar una audiencia de contralor de una *probation* en el año 2010, en California. Si bien es un ejemplo práctico del funcionamiento de este instituto de origen anglosajón en los Estados Unidos de Norteamérica, destaca las diferencias esenciales que implica la medida en ese país –como en otros– donde su otorgamiento requiere asumir la culpabilidad del hecho. En el caso del condado de El Dorado, en el estado de California, el control de la medida prevé la existencia del oficial de prueba o “*probation officer*” que efectúa el contralor de la *probation* con algunas diferencias esenciales con el caso argentino. Por ejemplo, el agente mencionado efectúa su labor armado. Asimismo, este oficial y el trabajador social interviniente se reparten las tareas de control y asistencia –administrativos–, efectúan informes del estado de situación del probado y los presentan y fundamentan frente al juez actuante en audiencias orales y públicas, con la presencia de los mencionados, del fiscal, del defensor y del probado. Estas audiencias pueden incluir aplausos y premios (vales de café o entradas al cine, por ejemplo) para quien cumple las reglas. Todo es parte de un *show*. Cabe agregar que, tratándose California del estado que aplicó puntillerosamente la norma del triple *strike* (“*three strikes and you are out*”) o de los “tres golpes” (“al tercer golpe, quedas afuera”), actualmente será la probation el instituto elegido para solucionar el problema de la superpoblación carcelaria creado por esa controvertida norma violatoria de diversos derechos fundamentales y procesales.

sado, justamente, para intentar colaborar y esclarecer respecto del necesario cambio conceptual que supere la concepción arcaica que existe respecto de la esencia de la probation.

En efecto, los informes sobre el control que realiza el Patronato de Liberados y que se entregan a los juzgados, junto con las tareas de asistencia que también son informadas, son el núcleo de la resolución judicial que da por cumplida –o no– la suspensión del juicio a prueba.

En esa labor, los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Público deberían brindar un apoyo concreto a los Patronatos. En el caso de las defensorías –en especial y como en efecto suele suceder–, para efectuar requerimientos a los órganos jurisdiccionales y colaborar con el soporte legal y humano, así como para denunciar ante los jueces sobre diferentes situaciones de discriminación institucional que puedan afectar el proceso de inclusión social, es esencial la proactividad de las defensorías interviniéntes.

III. Dificultades actuales en la implementación de la *probation*. Desaprovechamiento y potencialidades

En la búsqueda de caminos que afiancen el aprovechamiento de este tipo de medidas potencialmente capaces de colaborar en que se impida –en su génesis– una posible “carrera” delictiva³¹, y a fin de reducir la probabilidad de esa primera posible condena (y, en consecuencia, del daño personal

31 Como surge del enfoque dado al trabajo, este se vincula con delitos contra la propiedad cuyo crecimiento se ha acelerado sustancialmente a partir de las políticas económicas implementadas en los años noventa. Durante esos años, la apertura asimétrica, la distribución crecientemente regresiva del ingreso, el estancamiento del producto bruto *per capita* y de la productividad, la desindustrialización y la concentración del poder económico determinaron el notorio incremento de la desocupación abierta y de las distintas formas de subocupación y de trabajo precario. Ello disparó el aumento de la población bajo la línea de pobreza, así como de aquella cuya situación económica y social es lo suficientemente precaria como para que haya grandes probabilidades de que pase a estar bajo esa línea (cfr. Nochetteff 1999). Ahora bien, esta perspectiva de trabajo no debe ser confundida con una nueva estigmatización con la mera mención de grupos de personas pertenecientes a un segmento social parcializado. Si bien la labor ha apuntado a analizar la situación de los sectores afectados por la realidad económica descripta, así como la eventual existencia de delitos leves contra la propiedad –o de similar gravedad–, no se soslaya por ello el entramado amplio de una realidad criminal existente; especialmente la económica, mucho más importante por su carácter destructivo de la vida social. Justamente, el cuadro de exclusión social descripto se ha producido por un crecimiento mucho más significativo de otros delitos cometidos desde las corporaciones y altas esferas del sistema financiero, delitos “de cuello blanco” de la época que han afectado los recursos de la labor social del Estado, por ejemplo, la denuncia efectuada por la transferencia de miles de millones de dólares a cuentas de Bancos Suizos sin que fueran abonados los impuestos correspondientes; debilitando de este modo una posible actividad económica de inclusión social originaria de miles de niños, niñas y adolescentes.

y social *accesorio*), cabe analizar una serie de problemas de implementación del instituto, así como algunas soluciones posibles y prácticas.

III. A. Distribución de recursos y esfuerzos. El juzgado otorgante de la probation como órgano de seguimiento

Se sabe que los juzgados y tribunales –y, muchas veces, también las distintas oficinas del Ministerio Público– invierten hoy sus recursos más importantes en situaciones vinculadas a personas detenidas –o que estuvieron detenidas–; es decir, en situaciones distintas a las suspensiones de juicio a prueba. De esta forma, se abocan a las cuestiones procesales que se entienden más complejas, urgentes e importantes durante la instrucción³² o el enjuiciamiento³³. En los juzgados de ejecución, la atención principal del trabajo está puesta en las libertades condicionales, libertades asistidas, prisiones domiciliarias, etcétera³⁴. La privación de la libertad plantea problemas a los que hay que abocarse de inmediato y que, en efecto, requieren especial atención.

Esta consideración de la *probation* como una cuestión –en comparación– “no tan importante” determina, en general, una predisposición mental de los operadores en ese mismo sentido (volveremos sobre esto en el apartado siguiente).

En las jurisdicciones en las que el seguimiento de las suspensiones de juicio a prueba permanece como tarea de los órganos otorgantes –como sucede en la provincia de Buenos Aires– y no se deriva a los juzgados de ejecución para su supervisión judicial, el fin inclusivo de la *probation* queda a cargo de magistrados, funcionarios y personal de organismos que deben intercalarlo con temáticas más distantes a dicha finalidad. Y es entendible que todos ellos trabajen desde una óptica esencialmente diferente, debido a las necesidades de la actividad específica vinculada al enjuiciamiento o a la investigación.

Si bien parece no ser lo ideal que los mismos organismos que conceden el beneficio actúen en el control jurisdiccional, sin embargo, se podría plantear la especialización y capacitación de una parte de ese personal y de algunos funcionarios para esta labor³⁵. Así se solucionaría una parte impor-

32 En la provincia de Buenos Aires, la *probation* también puede ser otorgada por los juzgados de garantías en lo penal, cuya intervención se desarrolla durante la instrucción de los procesos.

33 Esto sucede en los casos en los que el control jurisdiccional de la medida lo hace el mismo órgano encargado de la audiencia que la otorgó.

34 También cuando el seguimiento judicial de la medida pasa a los juzgados de ejecución, se produce esa subordinación del interés por la suspensión de juicio a prueba.

35 Ante la posibilidad de que un juez que, por su actividad principal (intervención en la instrucción judicial o en el propio juicio), no labora habitualmente con las herramientas esen-

tante del problema. La misma solución se aplica a las oficinas del Ministerio Público intervenientes.

III. B. El juzgado de ejecución como órgano de seguimiento

Por otra parte, en los juzgados de ejecución en muchos casos la carga numérica de causas suma otro tipo de graves limitaciones. La naturaleza de su labor se vincula y orienta con la mirada del operador en el *afuera*. Es decir, en la inclusión social de quien sale de la cárcel, o de quien nunca pasó por una y obtuvo una pena de ejecución condicional, que debe respetar por el inmediato riesgo de perder la libertad en caso de que no la cumpla. Esta actividad de seguimiento posee más similitudes con el seguimiento de la *probation*³⁶, justamente, por ese fin esencial de la intervención que busca evitar el encierro.

Pero la problemática se relaciona, en estos casos, en mayor medida con el resto de la carga laboral de esos organismos –que gira en torno de las condenas, las situaciones urgentes que emergen diariamente en las unidades carcelarias y las diferentes peticiones efectuadas respecto de las personas detenidas –, que es muy alta y deja pocos recursos disponibles para las suspensiones de juicio a prueba.

III. C. La probation como una “carga” más en las tareas

Según lo expuesto en los puntos anteriores, en todas las situaciones analizadas la intervención judicial en la búsqueda de inserción y en el cumplimiento de reglas, cargas, condiciones y/o restricciones que se hubieran impuesto judicialmente en las suspensiones de juicio a prueba, de alguna

ciales de inserción social realice el control judicial, cabe efectuar algunas aclaraciones. Esa actividad estatal, en ocasiones, es la primera interacción con el individuo, luego de una niñez de abandono. Es una oportunidad valiosísima como para que se pierda en una actividad burocrática, carente de la sensibilidad social necesaria para intentar con las políticas sociales activas existentes (generales –para toda la población– o específicas –para personas en conflicto con la ley penal–) a quien se le otorga una suspensión de juicio a prueba. Por tal motivo, designar definitivamente la intervención a los organismos que otorgan el instituto, cuya finalidad y preocupación esencial se vincula jurisdiccionalmente con una labor principal diferente a la función aquí analizada (instrucción o enjuiciamiento), no parece ser la mejor opción, a menos que se creen en su interior secretarías o sectores encargados exclusivamente del control jurisdiccional de la medida, a cargo de funcionarios especializados en esta labor. Si bien debería ser el juez quien posea una orientación técnica-jurídico-social hacia la vida en libertad, de no ser posible, podría especializarse a los funcionarios y empleados de esos mismos órganos jurisdiccionales otorgantes.

36 Ello, sin perjuicio que también existen críticas de operadores que prefieren –desde la formalidad de la naturaleza jurídica del instituto–, no mezclar institutos en los que hay condena con estos en los que aún sobrevive la presunción de inocencia.

forma, siempre queda relegada por el organismo judicial encargado del “probado” frente a otras situaciones “más urgentes” que se deben abordar.

Sin embargo, como verificamos aquí (véase la nota 11), el porcentaje mayoritario de intervenciones del Patronato de Liberados, en relación con los porcentajes de otro tipo de labores en las que interviene el organismo, son las suspensiones de juicio a prueba. Ello denota, entonces, que la mayor cantidad de solicitudes de los juzgados versan en torno a este instituto que, a pesar de ello, recibe una menor cantidad de recursos y especialidad en los juzgados, tribunales, defensorías y fiscalías.

Ahora bien, cabe señalar que muchos problemas aquí descriptos no surgen solo por carencias organizativas y de implementación concreta de los operadores de organismos jurisdiccionales y del Ministerio Público intervenientes. Muchos problemas emergen, en realidad, también del desconocimiento de las potencialidades reales del instituto por parte de aquellos encargados de su implementación y seguimiento. Se suele entender al seguimiento de la *probation* como una “carga” laboral sin mayor sentido, por lo que se atiende a su procedimiento, a la posible asistencia y al control sin la energía necesaria para que la medida resulte exitosa integralmente.

III. D. Tipo y efectividad de los recursos, y otras realidades complejas

De esas confusiones vinculadas a la importancia real de la medida nacen, a su vez, las carencias de análisis administrativo-presupuestario que a menudo tienen también los legisladores (y sus asesores), al no vislumbrar las consecuencias de la inserción de determinados institutos dentro de un sistema judicial sin las previsiones necesarias³⁷ para poder ejecutar y controlar su funcionamiento con eficiencia.

Por ello, con frecuencia, parte de los integrantes de los organismos administrativos (institutos especializados de control e inclusión social o Patronatos de Liberados) y del sistema judicial, que trabajan con real dedicación, padecen excesivas atribuciones de responsabilidad con escasa organización y asignación de recursos.

Asimismo, es verdad que, junto a ellos, existen otros operadores judiciales y administrativos menos dedicados, que colaboran con su desganada actitud en que se pierda esta gran oportunidad de, indirectamente, fortale-

³⁷ Nos referimos a las previsiones presupuestarias, así como de selección y capacitación de los agentes necesarios.

cer los niveles de una seguridad global que incluye las seguridades de las poblaciones vulnerables generalmente olvidadas.

De la misma forma, si bien es cierto que los trabajadores de los patronatos requieren mejoras salariales, profesionalización y dedicación exclusiva; también lo es que existen complejos problemas sindicales que requerirían replanteos esenciales del modo de implementación de la labor a fin de hacerla menos corporativa y más profesionalizada para las personas en situación de extrema vulnerabilidad³⁸.

Junto con esa realidad de los operadores, debemos mencionar la de los recursos económicos destinados a programas sociales de inclusión social para quienes obtienen una suspensión de juicio a prueba.

Para describir los programas sociales específicos, pueden tomarse como ejemplo los que ofrece el Patronato de Liberados Bonaerense³⁹. Allí se menciona que mediante un conjunto de prestaciones asistenciales implementadas con recursos propios y/o de forma articulada con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales, el Patronato de Liberados contribuye a superar situaciones de vulnerabilidad social y económica del tutelado y de su grupo familiar conviviente. Y enumera, seguidamente, el *Programa Integrar* (subsidios –ayuda social, mejora habitacional, ayuda habitacional y “madres”–, becas y créditos solidarios –capital inicial y capital de refuerzo–), con los que se propone favorecer la integración e inclusión social de los tutelados y su grupo familiar respondiendo a sus necesidades e iniciativas por medio de distintas prestaciones. Lo esencial de estos programas (y de otros que existen en organismos similares) es que lleguen sin tardanza a todos los que los solicitan, a fin de brindar la labor profesional, la contención y asistencia necesarias para incluir socialmente a quienes lo requieran; y de esta forma reducir los riesgos de una posible reiteración delictiva⁴⁰.

38 En ocasiones, es necesaria la increíble vocación de servicio de un amplio sector de los agentes del Patronato de Liberados que muchas veces sostienen la difícil actividad del organismo frente a complejas realidades sociales que otros agentes dejan libradas a su suerte. En efecto, existen quienes requieren una muy urgente contención y asistencia, como es el caso de madres con prisión domiciliaria que, junto a su hijo o hija, necesitan la esencial intervención del operador interviniente. La organización de servicios con guardias esenciales desde los propios sindicatos ante sus medidas de fuerza para no afectar a probados en situación de vulnerabilidad (y otro tipo de medidas supervisadas de personas en la misma situación), ante la gran oportunidad que implica para ellos, merece ser contemplada y daría aún más dignidad a justificados reclamos sindicales.

39 Los programas se describen en la página web del organismo (<http://www.plb.gba.gov.ar>).

40 “El Patronato de Liberados Bonaerense tiene como finalidad promover la inclusión social de personas que, por disposición judicial y dentro de los supuestos establecidos en la Ley 12.256, se encuentren bajo la asistencia, tratamiento y control de este organismo. También,

Ahora bien, las limitaciones estructurales de recursos (salariales, programas, logística, etc.) y de cantidad de personal que pueden sufrir los organismos administrativos de seguimiento y asistencia, muchas veces son la excusa de algunos operadores judiciales, que encuentran en las carencias una justificación para su insuficiente actuación y para enfocar la energía en otra labor, privando a la *probation* de la mirada esencial que debería recibir de los organismos jurisdiccionales y del Ministerio Público.

III. E. Importancia de la separación de tareas

Así, las carencias de los tres poderes del Estado y, en especial, de los patronatos determinaron que originalmente se mezclaran algunas funciones de control administrativo con las judiciales, que fueron asumidas por los juzgados y tribunales. Con el devenir histórico de algunos patronatos de liberados, el control administrativo real pasó a manos de esos organismos, como correspondía. Resulta esencial que ese tipo de control permanezca en esa órbita, la administrativa, a fin de no complicar con funciones que no le son propias al ya de por sí complejo trabajo jurisdiccional. Este debe contar con recursos genuinos, eficiencia y concientización en los juzgados, pero brindando apoyo efectivo a los patronatos.

Por esa razón, esas tareas administrativas de los patronatos no deberían tampoco unirse hoy legislativamente a las de los juzgados, como se intentó recientemente en la provincia de Buenos Aires⁴¹. La disfunción que pudo darse en la práctica del pasado, por las carencias propias de la imprevisión en la aplicación de los institutos creados, no debería confundir ahora las tareas planteadas desde la propia ley, ya que eso generaría una nueva involución.

es comprensiva a aquellas personas que habiendo ya cumplido la pena o medida impuesta judicialmente, soliciten asistencia y/o tratamiento según lo establecido en el Art. 161 de la mencionada Ley. Para cumplir con este fin". Así, se determina que la labor asistencial también puede continuar luego de concluir la medida impuesta. Para quienes salen de la cárcel, el organismo también ofrece el *Programa Postpenitenciario de Inclusión Social*, que tiene como objetivo acompañar a los/as tutelados/as que hayan estado privados de su libertad y que se encuentren en situación de vulnerabilidad (<http://www.plb.gba.gov.ar>).

41 Esta asunción de funciones no es la constitucionalmente prevista. Así se analizó en el Acuerdo N° 3562 de la SCBA, que resolvió la inconstitucionalidad parcial de la reforma traída por la ley 14.296, que trasladaba a los juzgados de ejecución parte del control administrativo que hoy desarrolla el Patronato de Liberados. Esto no pretende eliminar la profunda colaboración interinstitucional que se debe propugnar desde los organismos jurisdiccionales y el Ministerio Público a los patronatos, así como tampoco se pretende negar la dotación masiva de recursos administrativos que se debería inyectar a los patronatos como política de seguridad real –a diferencia de la "seguridad dura" y efectista que se propugna hoy desde algunos sectores.

IV. Propuestas de implementación: en favor de la inclusión de sectores sociales desventajados y de la promoción de seguridad democrática

IV. A. Contextos, beneficios (humanos, comunitarios y económicos) y enfoques hacia las propuestas

En este apartado se pretende proponer (y describir) algunas mejoras en la intervención estatal vinculada al instituto de la *probation* para lograr que la asistencia y el control (judicial y administrativo) colaboren en la reducción del índice de fracaso de la medida. Con ello, se apunta, a la vez, a disminuir los futuros casos de detención y los daños sufridos por el detenido –y por su grupo familiar– provocados por la cárcel. También se entiende que una mejor implementación de la *probation* tendrá efectos favorables para el medio social, que vería reducidos los conflictos intersubjetivos y sería parte de la solución comunitaria.

Como se explicó, el instituto reúne potenciales efectos positivos para la seguridad. La entendemos aquí como aquella que incluye, a su vez, las “seguridades” de todos los sectores sociales, y no solo las vinculadas a los estratos medios y altos, potenciadas desde los medios de comunicación⁴². Concepto que además abarca a todas las seguridades sociales, y no solo a las que se enfocan en los miedos provenientes de haber sido (o ser, posiblemente) víctima de algún delito común. Justamente, ese enfoque evita una disección de “la seguridad”, orientada solo a lograr menos miedos en los sectores más favorecidos. Pues esos intentos son, en general, violatorios de derechos, garantías y “seguridades” de aquellas personas pertenecientes a los sectores menos favorecidos de la sociedad, que son estigmatizados como “peligrosos”, tal como sucede, por ejemplo, con los habitantes de barrios de emergencia o con poblaciones campesinas o indígenas, según el área elegida (urbana, suburbana o rural). Esto es muy perjudicial para el tejido social. En especial, si tenemos en cuenta que hay delitos complejos que no son ni siquiera perseguidos; transgresiones nacionales y transnacionales que en general colaboran en el crecimiento de gran parte de esas disfunciones sociales generadoras de marginalidad y desigualdad⁴³.

A partir de la faz de la labor social general del Estado, además del desarrollo personal de cada individuo, que puede reencausar su vida y sentirse

42 Para profundizar en un concepto integral de seguridad, véase Alessandro Baratta (1998).

43 En efecto, esta evaluación limitada “de una eventual peligrosidad o riesgo” en los sectores socioeconómicamente vulnerables excluye aquellos delitos económicos que son, de hecho, mucho más gravosos para el conjunto social, ya que empeoran el cuadro inicial de fertilidad que alimenta el posterior crecimiento del delito callejero o violento (para profundizar sobre el concepto de violencia estructural, véase Baratta 1998). Si bien sabemos que tales transgresiones son las que imperan y deben ser combatidas, se encuentran fuera del ámbito de estudio del presente trabajo, dedicado a la *probation*, con eje en los sectores vulnerables.

cada vez más “parte” e incluido, se lograría, de un modo concomitante, una disminución concreta de la reiteración delictiva mediante una correcta implementación del instituto de la probation.

Esto explica la importancia de un tratamiento eficiente.

Pero, además, el valor de la *probation* es elevado para los sectores que, sin estar interesados en la inserción social de individuos socioeconómicamente desfavorecidos, sí están preocupados por encontrar medidas que disminuyan la eventual reiteración y que impidan tanto un posible agravamiento delictivo como la evolución violenta de la criminalidad. Es decir, también los sectores que consideran que el aumento de la criminalidad luego afectará su seguridad deberían advertir la importancia de una positiva implementación de la *probation*.

Así como el éxito de la suspensión del juicio a prueba puede refrenar un eventual desarrollo delictivo, una responsable implementación de la probation significaría una reducción de gastos –en el mediano plazo– para las arcas del Estado, en tanto es mucho más económico sostener un seguimiento eficiente de este tipo de medidas alternativas que mantener a una persona privada de su libertad.

Si al Estado le cuesta mantener a cada detenido desde \$10.000 por mes aproximadamente en el Servicio Penitenciario Bonaerense, hasta casi \$30.000 por mes en el Servicio Penitenciario Federal⁴⁴, y teniendo en cuenta que cada uno de los programas sociales específicos del Patronato de Liberados mencionados y enumerados⁴⁵ son otorgados por única vez y no se acercan en su monto a la cifra necesaria para mantener a una persona privada de la libertad en el ámbito bonaerense, queda claro cuánto más costoso es, para el Estado, mantener a un detenido antes que trabajar por la inclusión social de quien nunca pasó por una cárcel.

El poder destructivo de la estigmatización penal y el encierro carcelario debe tratar de evitarse. Y si a eso sumamos beneficios económicos para la sociedad que se unen a las soluciones individuales, comunitarias y generales, se torna fundamental trabajar por la eficacia de las medidas alternativas como la suspensión del juicio a prueba.

⁴⁴ Cfr. “Por mes cada preso cuesta 30.000 pesos”. *Clarín*, sección “zona”, 2 de noviembre de 2014. Consultado el 1º de diciembre de 2014. http://www.clarin.com/zona/mes-preso-cuesta-pesos_0_1240676271.html).

⁴⁵ Cfr. *supra* nota 38.

Este tipo de medidas “evitan el efecto estigmatizador y la desocialización de la persona, a la vez que permiten desmasificar las cárceles, siempre, claro está, teniendo presente para su aplicación y graduación de su intensidad, la gravedad del delito cometido” (Huñis 2006, 187). Se evita, también, una eventual afectación familiar accesoria⁴⁶, con un bagaje de injusticia social mucho mayor, que sería predatoria del tejido social en ciertos grupos desventajados en caso de mantenerse en el tiempo.

En efecto, antes de que existiera el instituto de la suspensión de juicio a prueba, se proponía y mencionaba al respecto de este tipo de medidas alternativas que “el objetivo al que deberían dirigirse los planes sustitutivos –por lo menos en su comienzo– deberían estar representados por aquellos individuos que purgan sanciones de escaso tiempo y cuyo tratamiento bien podría acometerse en la misma comunidad” (Kent 1987, 39-40). Ello habla de igual forma de la necesidad de trabajar en la participación comunitaria para la solución real de los conflictos.

Entonces, si bien nació con esa promisoria finalidad, como hemos visto, su implementación se encuentra muy burocratizada, convirtiéndola en un instrumento cuyo fin es limitar el número de causas que ingresan al proceso común, sin buscar los beneficios reales y posibles que sus mecanismos podrían significar para mejorar la situación de los individuos de grupos vulnerables que acceden a la medida. Implementada en forma burocratizada, tampoco sirve para disminuir la eventual existencia de nuevos delitos en el mediano plazo.

Una visión enfocada en la solución comunitaria de los conflictos nunca pudo ser desarrollada convenientemente por los operadores (salvo excepciones que en efecto existen). En los próximos párrafos, se ofrecen propuestas para modificar esta realidad.

IV. B. Capacitación

Son necesarias mejoras de organización para alcanzar la eficiencia judicial pretendida. Organizativamente, en general, se llega solo a que se efectúen honestos estudios enfocados a cuantificar y ordenar cantidades de causas por organismo para evitar la saturación de alguno de ellos, aunque

⁴⁶ Estamos investigando esta temática en un trabajo de mayor envergadura, ya que consideramos importante estudiar las consecuencias profundas, diferenciadas, que tiene el encierro en el desarrollo y el progreso social de las familias con seres queridos en prisión, así como en general la afectación que genera el encierro en las personas pertenecientes a los sectores más vulnerables.

esto pueda significar que algunas derivaciones de expedientes resultan técnica y socialmente inadecuadas.

Si bien no sería justo decir que las carencias de enfoque señaladas en la intervención se dan respecto de todos los operadores de los organismos jurisdiccionales y del Ministerio Público; sí es real que gran parte de los agentes requerirían de capacitación y concientización sobre la relevancia de una intervención genuina en la “causa” que tienen en sus manos. Sería importante que adviertan que no es esa “causa”, en realidad, la que están atendiendo, sino la situación de la persona afectada por esa causa. Asimismo, deberían concientizarse respecto de la importancia de su labor en relación con la oportunidad que el instituto significa para el probado, para sus familiares y para la comunidad toda.

En efecto, es necesario transmitir y lograr la convicción de empleados, funcionarios y jueces sobre muchas de las realidades criminológicas y potencialidades del instituto que manejan⁴⁷. También sería positivo que, con ese fin, las cortes, así como procuraciones y defensorías generales, recomiendan a los operadores todos los cuidados vinculados con su implementación. La reforma funcional puede abordarse brindando *capacitación* donde se crea necesario, generando *protocolos* de actuación para la intervención de los trabajadores (pautando la obligatoriedad de cumplir con determinados pasos, por ejemplo), sobre la base de un monitoreo esencial de los recursos existentes. Nuestra propuesta es el diseño e implementación de capacitaciones obligatorias para los distintos estamentos funcionales y el diseño de protocolos de implementación claros, que estén bien fundamentados y contemplen, así, la significación social⁴⁸ de una aplicación proactiva del instituto⁴⁹.

47 En el caso de personas en situación de vulnerabilidad, cfr. Regla 94 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”).

48 En el caso de personas en situación de vulnerabilidad, cfr. Regla 96 de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (“Reglas de Brasilia”).

49 Sobre la necesidad de diseminar una labor ética en los operadores, cabe traer aquí algunos conceptos desarrollados por Kathryn G. Denhardt (1988, 18). Allí se menciona que “[p]or lo tanto, si tendremos empleados tomando decisiones de interés público, deberán ser capacitados en métodos para poder tomarlas. Rohr describe tres posibles enfoques para capacitar empleados en el proceso de toma de decisiones éticas. Primero, describe el “camino largo”, que es llamado así debido a que parecería requerir lo mejor de aquellos que deben ser éticos, tanto en términos de capacitación como en términos de incorporar la ética a cualquier acción y decisión. Cuando critica el “camino largo”, Rohr observa el trabajo de Leys como demasiado filosófico para ser de ayuda a los empleados que buscan respuestas [...]. Esto parece ser un motivo de preocupación, que los empleados públicos no sean capaces de aplicar un enfoque filosófico a decisiones administrativas, haciendo poco práctico el enfoque filosófico [...]. Rohr continúa describiendo el “camino corto” a la ética de los empleados que “aborda los asuntos éticos casi de forma excluyente [...]. El “camino corto” es criticado porque [...] no se tratan

Una medida como la *probation*, para su debida explicación y práctica, requiere de la existencia de cuerpos capacitadores multidisciplinarios itinerantes que recorran organismos jurisdiccionales, defensorías y fiscalías⁵⁰, que asesoren a los funcionarios (y los sectores de los organismos que se entiendan pertinentes), y que compartan y expliquen al personal los protocolos de intervención. Esto debería complementarse con un asesoramiento básico respecto de la diversidad y de las mejores herramientas existentes que enfoquen la labor hacia una real inserción social del probado.

Asimismo, y si bien son de mayor complejidad, las capacitaciones conjuntas con el personal de los patronatos de liberados suman la comunicación interinstitucional necesaria en la búsqueda de una labor efectiva⁵¹.

dilemas importantes sobre políticas [...]. Rohr concluye que el camino corto no es de mucha ayuda para nuestra meta de posibilitar que los empleados tomen decisiones éticas en casos de políticas ambiguas e incertidumbre moral. Rohr propone un "camino intermedio", el que es razonable de esperar para el empleado público profesional y el programa de administración pública. Es además el que incluye las dimensiones tanto del contenido como del proceso de un sistema de estándares éticos necesarios para el empleado que debe tomar decisiones significativas [...]. Parecería que aborda tanto el contenido de la dimensión de la ética (al definir a la Constitución como una referencia de valores del régimen) y la dimensión del proceso de la ética (a través de sus sugerencias sobre explorar las observaciones en las decisiones de la Corte Suprema como una guía para informar y como decisiones éticas administrativas) [...]. Asimismo, se concluye, en lo que podría aplicarse respecto del compromiso y la capacitación de los funcionarios vinculada a los beneficios éticos de la *probation* analizados en este artículo que "[a] través del proceso de educación, los estudiantes pueden aprender el lenguaje básico de la filosofía, así como la formación necesaria en las bases morales de la administración pública. Luego, como practicantes, tendrán un lenguaje compartido y un marco en el cual desarrollar discusiones sobre temas éticos en la administración pública. Se espera que estos practicantes puedan desarrollar capacidades de juicios analíticos y éticos con el transcurso del tiempo, como profesionales. Esto requiere un compromiso fuerte de parte de los empleados practicantes de hacer de la ética un tema central en sus acciones. Ni una reforma educacional ni organizacional llevará al cambio necesario sin el compromiso de los practicantes y de la profesión como un todo. El 'nuevo empleado público' representó una respuesta comprometida de la profesión en el momento en que la ética y los valores que se practicaban en la administración pública estaban siendo puestos a prueba. Es conveniente ahora renovar dicho compromiso, ya que buscamos una mayor articulación entre las bases morales y éticas de la administración pública, de manera que esto pueda servir como una guía para la acción administrativa en las décadas venideras". Intentar ese cambio con capacitaciones y concientizaciones *in situ* es, de esta forma, tan importante como los cambios organizacionales que también serán propuestos.

50 Será necesario efectuar convenios pertinentes, que permitan generar estos cuerpos capacitadores conjuntos.

51 El Patronato de Liberados Bonaerense ha efectuado con frecuencia este tipo de jornadas del personal de ese organismo junto con magistrados y funcionarios, y logra mejorar el conocimiento mutuo y vencer algunos miedos por el mero desconocimiento. Asimismo, los organismos judiciales disminuyeron los pedidos de intervenciones de imposible cumplimiento. De la misma forma, los empleados pudieron conocer el fondo de las verdaderas necesidades y los motivos esenciales de cierto tipo de pedidos del Poder Judicial. Por todo ello, deberían efectuarse propuestas similares, pero para el personal de juzgados, defensorías y fiscalías, con funcionarios de esos institutos o patronatos.

Si bien es cierto que deberían existir sectores especializados en una actividad jurisdiccional específica y efectiva de contralor de los individuos en libertad o de los que regresan a ella, el primer paso sustancial, sencillo y posible, debería darse en los operadores de organismos jurisdiccionales y del Ministerio Público, mediante el simple esfuerzo de generar en ellos, nada más ni nada menos, más trabajo a conciencia. Se trata de hacerles conocer que su labor diaria podría mejorar el destino de muchos individuos y de brindarles a esos operadores, además, el conocimiento básico de esos mecanismos y herramientas multidisciplinarias necesarias para lograrlo⁵².

Cabe destacar, entonces, que no hablamos solo desde la óptica “económica” que apunta a organizar los recursos y posibilidades existentes, en tanto pensamiento concreto orientado hacia la efectividad de la *probation*. También se aspira, en realidad, a una neutralización de las ideas negativas presentes en los operadores, que alimentan discursos falaces apoyados en la supuesta imposibilidad o ineficiencia de estas medidas sustitutivas.

Esos razonamientos negativos se chocan con todas las experiencias que demuestran cómo la educación y el trabajo inclusivo antes de la detención (como en este caso), así como también durante y luego de ella, reducen al mínimo los niveles de reiteración delictiva⁵³.

De la misma forma, se despliegan ideas-excusa que basan la quita de energía en la presunta incapacidad de los organismos de seguimiento como para realizar un trabajo serio.

Este enfoque negativo podría neutralizarse o, al menos, disminuirse mediante los mecanismos de capacitación aquí propuestos, gracias a los que tanto la relevancia de la labor en el plano individual (apoyo al probado) como

52 Herramientas del derecho, la medicina, el trabajo social, la psicología, etcétera.

53 A modo de ejemplo, cabe mencionar la experiencia desarrollada en una cárcel uruguaya en la que se ha logrado, con técnicas interdisciplinarias y –esencialmente– con una labor concientizada de los operadores penitenciarios, reducir a un 2% la reincidencia (cfr. “Cómo funciona la cárcel uruguaya que logró bajar la reincidencia”. *Infobae*: Sociedad, 23 de agosto de 2014. Consultado: 1º de diciembre de 2014. (<http://www.infobae.com/2014/08/23/1589753-como-funciona-la-carcel-uruguaya-que-logro-bajar-la-reincidencia>). Ahora bien, sin el desarrollo de técnicas de esa eficiencia, los números que emergen de la investigación desarrollada por la Universidad de Tres de Febrero llegan a rotundas conclusiones en sentido inverso: “Un dato para remarcar es que el 82,5 % de los reincidentes estuvieron internados o presos en institutos de menores o cárceles. A partir de estos resultados debería estudiarse la efectividad de estos dispositivos como lugares de reinserción o corrección” (CELIV 2014, 62). Asimismo, también se explica que “la reincidencia aparece como un tema frecuente, y no se vislumbran medidas efectivas para contenerla. Se han detectado factores sociales que sugieren una relación entre entornos desfavorables y reincidencia” (CELIV 2014, 66).

social (promoción del tipo de seguridad descripta, en el mediano plazo) se tomarían en cuenta de modo progresivo y se adoptarían como eje de la tarea cotidiana por parte de los operadores en juzgados, defensorías y fiscalías.

IV.C. Acompañamiento específico y diferenciado. Secretarías especializadas

El hecho de que hoy el contralor del cumplimiento de reglas impuestas judicialmente en las suspensiones de juicio a prueba y la labor de asistencia que le es concomitante queden relegados por el organismo judicial encargado del control judicial del probado (como sucede, muchas veces, en las oficinas del Ministerio Público interviniente) en favor de otras situaciones más complejas que se deben atender resulta el primer factor que imposibilita toda intervención proactiva inclusiva que acompañe, en tal sentido, al patronato o al organismo administrativo similar. De allí, la necesidad de encontrar también dedicación prioritaria en sectores especializados, es decir, dedicación exclusiva por parte de los operadores sobre el instituto.

Esa especialización es el desafío que es posible asumir apelando a los recursos actuales, sin proponer proyectos económicamente poco sustentables. Con lo existente, se pueden aportar soluciones concretas.

En efecto, para acercarse al horizonte pretendido, es fundamental la creación de secretarías específicas que operen sobre las personas que transitan una condición legal en libertad (*probation* o pena de ejecución condicional) y que todavía no han pasado por un centro carcelario.

La propuesta se refiere a secretarías especializadas que funcionen dentro de los órganos otorgantes, o, en su caso, “secretarías de ejecución penal en libertad” que dependan de los juzgados de ejecución. También podrían pensarse secretarías especializadas compartidas entre varios organismos; ya sea para juzgados o tribunales otorgantes, como para diferentes juzgados de ejecución.

Es necesario contar con cuerpos especializados que trabajen pensando solo en el “afuera”, que actúen contra toda estigmatización y focalicen la labor en la inclusión social, sin utilizar sus recursos prioritarios en otras actividades (investigación, juicio o cuestiones carcelarias), como sí sucede hoy, lamentablemente, en muchas jurisdicciones⁵⁴.

54 La reforma de la ley de ejecución penal bonaerense (ley N°14.296) trajo aparejada la creación de nuevas secretarías en los juzgados de ejecución que, al ser declarada inconstitucional por el Acuerdo N°3562/11 en lo vinculado a las tareas administrativas que pasaban del Patronato de Liberados a esos juzgados, determinó que dichas secretarías quedaran vacías de con-

Cabe señalar, entonces, que además de capacitar a empleados y funcionarios que operan sobre el instituto, lo más conveniente sería dotar a los organismos de ejecución (es decir, a estos organismos que también ya existen) del personal necesario para desarrollar una tarea diversificada eficiente dentro de sectores específicos dedicados a las personas tuteladas en libertad.

De esta forma, se crearían también sectores de trabajo enfocados en el medio carcelario y en todas las complejas vivencias que allí se atraviesan. Se podría destinar, por otro lado, un grupo operacional especializado en quienes ya han dejado atrás la prisión y deben reinsertarse en la vida social abierta. En lo que respecta a la *probation*, habría grupos enfocados en quien nunca estuvo detenido, es decir, en quien no ha pasado por el proceso despersonalizador de una cárcel. En ese caso, puede realizarse un acompañamiento en el camino de inserción y fortalecimiento del compromiso individual y social, y abrir otros caminos posibles y diferentes.

En concreto, nos referimos a la instauración de procedimientos laborales protocolizados y herramientas teóricas con enfoque interdisciplinario, que diferencien la labor ante los diferentes supuestos o situaciones de personas en libertad supervisadas judicialmente. Esta metodología debería tener en cuenta el grado de estigmatización padecido. No es lo mismo la labor judicial relacionada con quien debe controlarse en una libertad condicional, de la desplegada frente a quien nunca estuvo en una cárcel y fue condenado a una pena de ejecución condicional. Ese último caso padece un grado de estigmatización mayor que la sufrida por quien nunca fue condenado y cuyo juicio fue suspendido y se ha establecido sobre él un plazo de prueba.

En efecto, la labor judicial de control y asistencia –y de apoyo de la intervención de la oficina de ejecución penal administrativa o patronato– es fundamental para reconstruir una personalidad que se destruye para

tenido, pero creadas por ley. Por esa razón, ha sido creada en esa jurisdicción una promisoria posibilidad de utilizarlas con los fines descriptos en este trabajo. En una provincia que posee el patronato –u organismo post-penitenciario de inclusión social– más desarrollado del país, no debería ser finalmente perdido de vista el camino sugerido hacia la implementación de las “Secretarías de Control” (que podrían llamarse, luego, de control e inclusión social), designadas para funcionar en el ámbito de los juzgados de ejecución. Como se ha explicado, si estas se dotan de las estructuras y recursos pertinentes, podrían cumplir con la labor jurisdiccional vinculada a la realidad de las personas con suspensión de juicio a prueba, a las que se les aplica una pena de ejecución condicional o, asimismo, a las personas liberadas en general, aliviando además el trabajo del resto del juzgado.

Ello requeriría dotarlas del personal que permita, a la vez, lograr que el contralor jurisdiccional (no el administrativo) de la probation vuelva, en la provincia de Buenos Aires, a los juzgados de ejecución penal; a estas nuevas secretarías que ya han sido creadas legalmente y que se entiende, desde aquí, están esperando que se les otorgue contenido.

poder sobrevivir en una cárcel⁵⁵. Y es, a la vez, muy diferente a la tarea necesaria para incluir socialmente a alguien que nunca vivió en una cárcel ni experimentó los efectos inmediatos de la pérdida de libertad. En el caso de la suspensión de juicio a prueba se destaca que la estrategia de acompañamiento debe contemplar que se trata de individuos que no fueron condenados, es decir, que están “protegidos” por la presunción de inocencia y que deben ser considerados y tratados, por lo tanto, así, como inocentes.

Las secretarías especializadas podrían ser tanto del propio juzgado o tribunal, como compartidas por más de un organismo para facilitar su implementación y no dificultar el resto de las tareas jurisdiccionales.

IV. D. Necesidad de especialización también en el Ministerio Público

Esta mirada diferente –y las consecuencias organizacionales propuestas– deberían tener una réplica similar en el Ministerio Público.

En efecto, nos parece inconveniente el ejercicio de una labor única orientada en general a la ejecución penal, sin diversificar ni especializar –por ejemplo– el trabajo desarrollado frente a quien está detenido con respecto al modo en que debe intervenir la fiscalía al momento de participar en una audiencia de *probation*; o sin distinguir la manera en que la defensa debe asistir al beneficio de una suspensión del juicio a prueba (mirada en el afuera), de la intervención para obtener un beneficio libertorio (mirada hacia el interior).

Se lograría, así, un mayor alcance de la finalidad de acompañamiento respecto de aquellos individuos de sectores desventajados socialmente que obtienen una *probation*. Esto permitiría –principalmente desde la defensa– acompañar esa oportunidad única que se abre con la suspensión del juicio a prueba para trabajar los aspectos vinculados a la situación de vulnerabilidad social previa y la necesidad de empoderar de derechos a muchos beneficiarios del instituto, dándoles herramientas para su propio fortalecimiento; y evitar o reducir necesidades extremas, adicciones y otras amenazas que los afecten y los acerquen a una posible transgresión.

Esto también requiere, en el ámbito de protocolizaciones específicas y de capacitaciones interdisciplinarias, que se conozcan efectivamente las necesidades propias de esa situación menos estigmatizada del probado en general, y la situación concreta del probado en particular; así como todos

55 Véase nota 8.

los recursos estatales existentes que pueden y deben exigirse en favor de cada defendido.

Es fundamental que se destrone de la “conciencia colectiva” del sistema jurisdiccional, pero también del Ministerio Público, la instalada referencia a la imposibilidad o ineficiencia del instituto de la *probation* para lograr sus fines inclusivos. No debe continuarse en el camino discursivo que reclama por la ineficiencia de los patronatos o de los recursos asistenciales del Estado, pues en la actualidad esos recursos existen y en algunos ámbitos específicos son incluso múltiples. Se trata solo de conocerlos y de procurarlos en diferentes espacios sociales gubernamentales, de la salud, de ministerios de trabajo, etcétera⁵⁶. La participación activa de la defensa, interactuando entre el órgano jurisdiccional y el administrativo (o patronato), es fundamental⁵⁷.

Así, se podrá requerir a los órganos jurisdiccionales que ordenen actividades de asistencia concretas y exigibles (y no pedir, en cambio, otras ideales, de imposible o difícil cumplimiento, o no pedir ninguna). Ningún recurso legal o material existente y disponible debe descartarse, ya que cada uno de ellos podría determinar un cambio real en la vida y en la optimización de los contactos y actuación social de los beneficiarios en su entorno.

V. Conclusiones

El objetivo extra-individual de la intervención judicial vinculado a la seguridad analizada se lograría, en muchos casos, con esta labor social del Estado sobre el instituto en análisis. Si bien impactaría sobre todo en el crecimiento personal de cada individuo incluido socialmente, repercutiría también en una clara disminución general y concreta de la reiteración delictiva.

Como se conoce, el éxito de la suspensión de juicio a prueba y de las penas de ejecución condicional puede contener la continuación de la (*presunta* en el caso de la *probation*) actividad delictiva de los individuos beneficiados. Para lograrlo, además de los cambios internos en los organismos jurisdiccionales y en los órganos del Ministerio Público explicados (así como en los patronatos o institutos de control y asistencia de personas privadas o

56 Dirección Nacional de Readaptación Social, por ejemplo; así como de otros efectores de programas sociales específicos (véase nota 38 y texto principal) y no específicos y orientados a toda la población. Entre ellos se cuenta, por ejemplo, toda la gama de programas sociales que otorga el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

57 Ya hemos mencionado la recomendación que emerge de las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables respecto de la necesidad de una cooperación interinstitucional orgánica y funcional.

no de la libertad), serían necesarias también efectivas modificaciones en las políticas de comunicación social orientadas al resto de la sociedad.

Nos referimos a lo vinculado al instituto de la *probation*, a sus beneficios y a la necesaria participación y recepción comunitaria positiva que debe existir respecto de la medida y de quienes son beneficiados por el instituto. Se debe intentar profundizar la necesaria y justa solidaridad comunitaria que requieren dichos beneficiarios de las suspensiones de juicio a prueba; en todos los casos, pero en particular frente a quienes han sufrido situaciones sociales previas estructuralmente muy desfavorecidas.

Tal como también lo planteamos, es esencial que ese cambio se inicie en los muchos operadores que hoy piensan el instituto solo como una carga laboral mayor. Ellos son quienes deberían comprender el valor de su tarea, así como que su trabajo eficiente podría significar una disminución –a mediano plazo– de ese cúmulo laboral. Por supuesto que lo esencial es que la tarea se realice de por sí con el esmero e interés por la ayuda y apoyo social al probado. Explicitar esta finalidad es el objetivo esencial de este artículo.

En síntesis, todo lo explicado se ve refrendado por lo establecido por la ley en la búsqueda de la inserción social (arts. 4, 5, 161 inc. f y 163 de la ley de ejecución penal bonaerense –ley N°12.256– y art 1º de la ley de ejecución penal –ley N°24.660–), que debe ser aún mayor respecto de las personas a las que se otorga el instituto en análisis, que son jurídica y penalmente inocentes.

Por supuesto que estructuras judiciales especializadas, con una nueva mirada de la inserción social, de ser dotadas de la organización y recursos pertinentes, así como de capacitación y de protocolos de actuación adecuados, podrían cumplir mejor la labor jurisdiccional y del Ministerio Público vinculada con la realidad de las personas con suspensión de juicio a prueba (así como de las que se les ha aplicado una pena de ejecución condicional, o respecto de las personas liberadas en general).

Si bien los ideales estructurales no son el fin de este trabajo, en el caso de que –en el mediano plazo– la economía y el interés estatal no posibiliten otros cambios estructurales profundos, sí podría pensarse en mejorar algunas deficiencias de la propia burocracia judicial, intentando capacitar y reorganizar al personal con los recursos que efectivamente se encuentran a disposición, intentando cambiar “malas costumbres” arraigadas y la auto-percepción de los operadores pertenecientes a ámbitos poco proactivos en relación con la finalidad descripta respecto del trabajo que deben realizar.

Esos simples cambios y mejoras podrían significar que muchos de los probados, debidamente atendidos y asistidos por los empleados y los fun-

cionarios, no se conviertan –fruto de las dificultades personales, y la desidia social y estatal– en integrantes de la población carcelaria del futuro. Una debida implementación de la *probation* (esa es la idea central) puede evitar, en última instancia, que se abra la triste compuerta del encierro, con el seguro daño personal y familiar, actual y futuro, que dicho encierro acarrea.

En definitiva, consideramos esencial generar la comprensión y el entendimiento de que cada operador del órgano jurisdiccional y del Ministerio Público, así como de los organismos de reinserción social, tiene en sus manos una herramienta genuina para ayudar a sujetos individuales y detener paulatinamente la destrucción intersubjetiva del tejido social de los sectores más vulnerables.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro. 1998. "Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos". *El Cotidiano – Revista de la actualidad mexicana actual*.
- Basflico, Ricardo Ángel. 2006. "Mediación y Ejecución de Pena". En: Zulita Fellini (dir.). *Derecho de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bertolino, Pedro J. 2010. Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, Comentado y anotado con jurisprudencia provincial. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Centro Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia (CE-LIV). 2014. "Delito, marginalidad y desempeño institucional en la Argentina: Resultados de la encuesta de presos condenados". Consultado: 2 de noviembre de 2014 http://www.celiv.untref.edu.ar/descargas/InformeArg2014_Online.pdf
- Corach, Irene. 2012. "Dispositivos de seguimiento en el instituto de la Probation: el lugar del sujeto". En: María Alejandra López (dir.). *Cuadernos de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Patronato de Liberados Bonaerense.
- Denhardt, Kathryn G. 1988. *The Ethics of Public Service*. Connecticut: Greenwood Press.
- Devoto, Eleonora A. 1995. *Probation e institutos análogos*. Buenos Aires: DIN editora.
- Finochietti, María Dolores. 2007. "Programa de Mediación para Delitos Juveniles de la Provincia de Neuquén". En: UNICEF, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos y Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. *Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Consultado: 25 de septiembre de 2014. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf.
- García-Pérez, Octavio. 2013. "La mediación en el sistema español de justicia de menores". Consultado: 30 de octubre de 2014. http://oasportal.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol53_2/03la_mediacion.html.
- Granillo Fernández, Héctor M. y Gustavo A. Herbel. 2009. *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires*, 2. Buenos Aires: La Ley.

Kent, Jorge. 1987. *Sustitutos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Mendoza, Arsenio F. 2007. "Programa de Mediación Penal Juvenil de la Provincia de Entre Ríos". En: UNICEF, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos y Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. *Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conceptos Debates y experiencias en justicia penal juvenil*. Consultado: 24 de septiembre de 2014. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf.

Merlini, Federico. 2012. "Alternativas a la prisión". En: María Alejandra López (dir.). *Cuadernos de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Patronato de Liberados Bonaerense.

Nochteff, Hugo. 1999. "La política económica en la Argentina de los noventa. Una mirada de conjunto". *Época - Revista argentina de economía política*, 1.

Observatorio de la Ejecución Penal. Patronato de Liberados de la provincia de Buenos Aires. 2007. *Estado, justicia y ciudadanía. Las claves del proceso de reforma de la política criminal en la provincia de Buenos Aires. Integración social para la seguridad pública*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos.

Rutherford citado en Huñis, Ricardo. 2006. "La pena de privación de la libertad". En: Zulita Fellini (dir.). *Derecho de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. [Cita original: Rutherford, Andrew. 1984. "Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge". En: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 75 (4): 1417-1423].

Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2008. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

"Cómo funciona la cárcel uruguaya que logró bajar la reincidencia". *Infobae*: Sociedad, 23 de agosto de 2014. Consultado: 1° de diciembre de 2014 <http://www.infobae.com/2014/08/23/1589753-como-funciona-la-carcel-uruguaya-que-logro-bajar-la-reincidencia>.

"Por mes cada preso cuesta 30.000 pesos". *Clarín*: Sección "Zona", 2 de noviembre de 2014. Consultado el 1° de diciembre de 2014 (http://www.clarin.com/zona/mes-preso-cuesta-pesos_0_1240676271.html)

El control de las reglas de conducta en casos de suspensión del procedimiento a prueba. Alcance normativo y práctico¹

Mauro Lopardo²

I. Introducción

La etapa de control sobre el cumplimiento de las pautas de conducta en casos de suspensión del procedimiento resulta trascendental para evaluar la eficacia del instituto respecto de las finalidades que se le atribuyen, como criterio de oportunidad en materia procesal.

Como veremos en este trabajo, la delimitación legal de la función jurisdiccional que debe cumplirse durante el período de prueba es incuestionable. El juez de ejecución es la autoridad con competencia exclusiva para fiscalizar la observancia de las reglas de conducta dispuestas en la audiencia de procedencia y comunicar cualquier incumplimiento de las condiciones al órgano concedente (arts. 293, 493 y 515 del CPPN).

Sin embargo, en el ámbito federal es corriente advertir una arbitraría superposición de competencias por parte del juez o tribunal oral sobre las atribuciones legales de control del juez de ejecución.

En efecto, si bien se encuentra delimitado, en términos generales, el momento procesal y el motivo que justifica la intervención de cada órgano judicial durante la sustanciación de la suspensión a prueba, la práctica judicial y la diversidad de criterios que de ella derivan demuestran que el foco

1 Agradezco la generosa colaboración y el compromiso de Adrián Martín y Federico M. Feldtmann por las sugerencias y referencias suministradas en la discusión de algunas ideas que desarollo en este trabajo.

2 Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Funcionario de la Defensoría General de la Nación. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

crítico de esta disputa radica en la extralimitación de potestades como una clara manifestación del recelo por la puja del poder.

El criterio de clausura de la etapa de supervisión del probado³ pone en evidencia el conflicto de intereses, funciones y competencias entre los órganos que intervienen, cada uno a su tiempo y forma, durante el trámite de la suspensión. Así, quien dispone suele apartarse de la decisión del juez de ejecución a causa de no compartir la para, justamente, insistir con las cuestiones, a su juicio, incumplidas, sin advertir los numerosos conflictos legales que ello encierra.

Este trabajo tiene por objeto, entonces, determinar, a la luz de la normativa vigente en la materia y los precedentes judiciales, una posible respuesta a la cuestión referida a las competencias propias asignadas a cada órgano judicial.

II. Marco normativo sobre la tarea de control

En un procedimiento a prueba, el Código Procesal Penal de la Nación reglamenta la tarea de control asignada al juez de ejecución penal. En estos supuestos, su competencia está limitada a establecer si durante el plazo de suspensión la persona cumplió con las instrucciones e imposiciones fijadas por el órgano concedente (cfr. art. 493, inciso 2º, párrafo III).

En particular, dicha atribución legal implica individualizar las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal oral que suspendió el caso a prueba, planificar su implementación, facilitar el cumplimiento y, finalmente, controlarlo. Al mismo tiempo, deberá brindar y hacer efectiva la asistencia técnica que la persona requiera durante el plazo de cumplimiento (Vitale 2004, 349)⁴.

Si bien es clara la finalidad, el alcance de la intervención y la forma legalmente establecida para que el juez de ejecución cumpla dicha función, solo se mencionan específicamente sus facultades para los supuestos de incumplimiento o inobservancia de las pautas de conducta. De este modo, si el probado no cumple con sus obligaciones durante el período de prueba, el juez de ejecución tendrá dos opciones: mantener la suspensión a prueba o revocarla.

³ Por expiración del plazo legal de prueba, por la falta de reparación del daño o por el cumplimiento parcial de las reglas de conducta.

⁴ Sin embargo, se sostiene que el art. 27 bis del CP permite que el Patronato de Liberados controle las reglas respecto de las cuales puede ejercer funciones de control y asistencia, pero sin perder de vista que en el resto de los casos el único control dependería del juez de ejecución (cfr. Bovino, Lopardo y Rovatti 2013, 376).

Antes de decidir, en una audiencia deberá escuchar a la persona junto con su abogado defensor, a fin de garantizar su derecho a ser oído y ejercer su defensa como estime pertinente (arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN; art. 8.1 de la CADH y art. 14.1 del PIDCP). En esa oportunidad, el juez tiene que establecer si el incumplimiento es considerable e injustificado. Se apreciará la magnitud del apartamiento, la efectividad y legitimidad de la pauta impuesta y las razones, circunstancias y limitaciones que podrían justificar la desobediencia⁵. Solo después el juez de ejecución estará en condiciones para resolver en forma objetiva, con motivos suficientes, la situación del probado.

Con relación a la legitimidad de las pautas de conducta fijadas por el órgano que concedió, surge una nueva pregunta sobre la competencia de control: una vez concedido el instituto y dispuestas las medidas de conducta *¿puede el juez de ejecución efectuar un control de legalidad sobre ellas?* Una vez que el juez de ejecución interviene en la etapa de control es porque la resolución de concesión se encuentra firme, con lo cual se genera una problemática análoga a la que se analiza en este trabajo: cuando queda firme la resolución de concesión *¿puede el juez de ejecución alterar la cosa juzgada en pos de preservar la inocencia del sometido a prueba por tratarse de medidas afflictivas dispuestas al margen de la literalidad del art. 27 bis del CP?* Si se sostiene que la competencia exclusiva del juez de ejecución es controlar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas, *¿controlar implica también revisar el fondo de la decisión y, por ende, la legalidad de las instrucciones?*

En este sentido, es válido sostener que el juez de ejecución, en su tarea de control, podría considerar que la inobservancia de determinadas reglas (que estima afflictivas, por ejemplo) resulta *insuficiente* para revocar el instituto, situación en la que no se alteraría la cosa juzgada. En cambio, sí configuraría una intromisión jurisdiccional si decide no revocar la suspensión (de corresponder, en términos objetivos) por el *incumplimiento* de dicha regla. Por los mismos argumentos que se presentan en este trabajo, la situación configura un verdadero círculo dilemático.

Por otro lado, el Decreto nacional n° 807/04⁶ confirma la competencia

5 Corresponde al Estado, de manera exclusiva, demostrar fehacientemente las circunstancias fácticas que determinan el incumplimiento atribuido al imputado. La presunción de inocencia, del mismo modo que con la imputación principal, juega a favor del imputado, que siempre tendrá derecho a controlar la prueba en su contra y a producir prueba a su favor. En caso de verificarce tales circunstancias fácticas, también se discutirán las consecuencias jurídicas de los hechos que se consideran probados. De este modo, el imputado y su defensor tendrán derecho a alegar sobre estas cuestiones antes de la resolución del tribunal de ejecución (cfr. Bovino, Lopardo y Rovatti 2013, 424).

6 Esta disposición es reglamentario del art. 174 de la ley n° 24.660; BO 28/06/2004, arts.

exclusiva del juez de ejecución⁷. Allí se estipula que, al controlar las medidas del art. 27 bis del CP, será él quien encomendará al Patronato de Liberados la supervisión individual de los probados y los registrará en un legajo personal (donde se agregarán los informes de supervisión). Cumplido el término de suspensión, de acuerdo con las constancias del caso, deberá pronunciarse sobre la observancia de las condiciones dispuestas y la clausura del control⁸.

Como sea, si el juez de ejecución estima que debe subsistir la suspensión, continuará su tarea de fiscalización. En ese caso, y cuando no se extienda el período de prueba, si se ha verificado el cumplimiento de las pautas de conducta o la expiración del plazo legal de prueba, deberá resolver de forma definitiva la situación procesal de la persona sometida.

Como se advierte, el control se ejerce sobre los presupuestos materiales que hacen a la extinción de la acción penal del caso; y su importancia radica en que, de no acreditarse la comisión de un nuevo delito durante el plazo de prueba⁹, el juez o tribunal oral que concedió la suspensión tendrá que declarar lo que ya ha ocurrido: la extinción de la acción penal y, en consecuencia, sobreseer a la persona imputada¹⁰.

En cambio, si el juez de ejecución considera pertinente revocar el insti-

1/4 del Anexo I.

7 Es también el encargado de controlar las medidas de seguridad curativas y educativas previstas por la ley nº 23.737, y las condiciones del art. 27 bis del Código Penal en los casos de condenas de ejecución condicional. No así el régimen previsto por la ley nº 24.769, dado que allí no se somete a prueba al imputado (cfr. Peluzzi 2005, 409).

8 Es interesante la idea de Mario Juliano acerca del carácter afflictivo de algunas reglas que se imponen al margen de la letra de la ley y del estado jurídico de inocencia. Explica que algunos jueces y tribunales disponen medidas más gravosas que las condenas mismas, con olvido de que las restricciones que dispone el art. 27 bis del CP fueron concebidas por el legislador para casos de condena de ejecución condicional, es decir, de individuos que fueron sometidos a juicio y resultaron culpables del hecho atribuido. El análisis del art. 76 ter del CP, explica, lleva a que lo imperativo debe ser conciliado con la inocencia que goza el sometido a prueba, de donde las reglas de conducta deben ser lo menos gravosas posible (cfr. Juliano s./a.).

9 El texto legal no define cuándo se puede afirmar que el imputado ha cometido un delito durante el plazo de sometimiento a prueba, pero hay solo una interpretación sobre la base de las reglas generales del derecho penal. Se requiere, al momento de agotarse el plazo de prueba, la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo establezca, como consecuencia necesaria del principio de inocencia. Al respecto, ver Bovino, Lopardo y Rovatti 2013, 381-382 y capítulo XV (punto XV. 1). Dicho esto, existen posturas, expansivas de la penalidad, que consideran que en este aspecto en particular el dictado del auto de procesamiento resultaría suficiente. Sin dudas, este criterio resulta incongruente con el sentido constitucional de la inocencia y, por ende, es inadmisible.

10 TOC Nº 15, causa nº 2951, seguida contra "María Isabel Morales Lencinas y otra s/ defraudación por administración fraudulenta", del 8/4/2013, criterio en minoría aplicado por el juez Adrián Martín.

tuto, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará a la persona a disposición del órgano judicial que tramita el caso (cfr. párrafo II, art. 515, del CPPN).

III. Una pretendida competencia revisora *ad hoc*

Hasta aquí se advierte que la función del juez de ejecución en casos de suspensión a prueba es exclusiva y, por ende, incuestionable por el órgano que concedió. Sin embargo, la práctica exhibe continuamente conflictos de competencia y criterios disímiles sobre la sustanciación del instituto.

Como se expuso, la función de control implica determinar si la persona cumplió las pautas impuestas dentro del margen legal y, una vez verificado este recaudo legal, adoptar una decisión final.

En la audiencia del art. 515 del CPPN, el juez de ejecución debe comprobar que durante el plazo de prueba la persona no haya cometido ningún delito, que haya reparado el daño en la medida ofrecida y que haya atendido a cada una de las pautas de conducta. Frente a una eventual inobservancia de las reglas, podrá mantener la suspensión o revocarla. En cambio, si los tres recaudos mencionados se verificaron o si el plazo de prueba expiró, el juez de ejecución se encontrará en condiciones materiales de declarar extinguida la acción penal y, en consecuencia, dictar el sobreseimiento de la persona.

Otra solución posible, quizá más apegada al texto del reglamento, es que el juez de ejecución informe al órgano concedente que se cumplieron los presupuestos para la extinción de la acción penal (art. 76 ter, párrafo IV, del CP), lo que resulta vinculante en sus efectos para el dictado del sobreseimiento por dicha causal (arts. 336, inc. 1, del CPPN, y 3 y 4 del Decreto nacional nº 8070/04). Al respecto, si bien en este supuesto el órgano concedente no podría revisar la resolución del juez de ejecución que declara cumplidos todos los presupuestos de la extinción de la acción, la solución es poco razonable en términos de eficiencia y celeridad procesal, puesto que la normativa es clara y otorga plena competencia para que esto sea materia de decisión del juez de ejecución¹¹.

Es en este punto donde nos encontramos ante un conflicto de competencia y, como en toda cuestión judicial, las posturas son encontradas. Por un lado, un sector entiende que el juez de ejecución se encuentra facultado a extinguir la acción penal y sobreseer al probado al verificar que se cum-

11 Para un mayor análisis sobre el punto, ver Bovino, Lopardo y Rovatti 2013, 425 y ss.

plieron los recaudos del art. 76 ter, párr. IV, del CP. Por el otro, están quienes sostienen que esta potestad implica una extralimitación legal de sus funciones, porque la decisión final del caso es competencia exclusiva del órgano que concedió la suspensión.

En la práctica, este último criterio es habitual cuando el juez o tribunal oral que tramita el caso decide, en forma arbitraria, anular la resolución del juez de ejecución porque discrepa con la fiscalización de las pautas de conducta. En general, esta injerencia se verifica cuando el órgano concedente considera que el probado pudo haber cumplido con todas las pautas, o que la expiración del plazo de prueba no debería operar como causal de clausura de esa etapa.

Si bien sucede lo mismo con la obligación de reparar el daño ocasionado, las opiniones en la jurisprudencia han sido muy variadas. Así, se ha dicho que el pago no integra el catálogo de obligaciones estipuladas en el art. 27 bis del CP. En este caso, cuando se verifica el cumplimiento de las reglas de conducta dispuestas, el juez de ejecución podría remitir el caso al juez o tribunal concedente por considerar que dicho órgano es el competente para controlar la pauta¹².

Esta misma idea se repitió, con mayor amplitud, al reconocerse que el juez de ejecución debe controlar las reglas de conducta fijadas e informar al órgano concedente a fin de que sea este quien evalúe la configuración de las restantes condiciones establecidas por el art. 76 ter, párr. IV, del CP (no cometer un nuevo delito durante el tiempo de suspensión y reparar el daño en la medida de lo posible) y, en caso afirmativo, que declare extinguida la acción penal¹³.

Considero errónea la postura que propicia que la decisión final del caso es competencia exclusiva del órgano que concedió la suspensión. Las pautas de conducta y la reparación del daño ocasionado son instrucciones, imposiciones o exigencias legales que pueden ser dispuestas al suspenderse el procedimiento a prueba. A su vez, los arts. 293, 493 y 515 del CPPN, vistos en sentido armónico y sistemático, facultan al juez de ejecución, con absoluta exclusi-

12 CFCP, Sala IV, causa nº 9.861, "Caruso, Tamara s/competencia", reg. 16.170.4, del 19/5/2009.

13 CFCP, Sala IV, causa nº 13.322, "Ortíz Galeano, Rosana s/recurso de casación", reg. 2198/12, del 15/11/2012, voto del juez Hornos. También así se ha pronunciado en la causa nº 14.370, "Muro, Cristian Hernán s/recurso de casación", reg. 16.170, del 30/12/2011, y en la causa nº 13.580, "Savarino, José Luis s/recurso de casación", reg. 1444/12, del 28/8/2012, ambas de la misma sala.

vidad¹⁴, para ejercer la fiscalización de dichas medidas durante el plazo de prueba, cuestión legalmente ajena a la competencia del órgano concedente.

Con independencia del motivo que se alegue, esta curiosa tendencia del juez o tribunal que concede la suspensión a funcionar como una instancia revisora ad hoc resulta arbitraria por donde se la analice, y encubre la ilegalidad típica de la arraigada y acostumbrada cultura inquisitiva.

Más allá de su alta frecuencia, esta práctica implica la plena transgresión de la voluntad legislativa, el menosprecio a la potestad decisoria del juez de ejecución y la desconsideración de la autonomía de las partes que, precisamente, son las únicas que tienen un interés real en la solución del caso o, al menos, así debería ser. Clausurada la etapa de prueba, si las partes no expusieron un agravio, el órgano que concedió el instituto no tiene ninguna autorización normativa para entrometerse en la cuestión¹⁵. A su vez, esta práctica revela la palmaria afectación a la garantía de independencia judicial que envuelve a toda esta actividad invasiva sobre la esfera legal de competencia y actuación del juez de ejecución¹⁶.

Por último, interesa destacar la degradación del valor constitucional de la cosa juzgada que conlleva esta práctica. Se ha dicho que, más allá del acierto o desacuerdo de la resolución del juez de ejecución, una vez adquirida la calidad de cosa juzgada, la reevaluación de las reglas de conducta demuestra una extralimitación jurisdiccional en atribuciones que no se le asignaron legalmente al juez o tribunal concedente, práctica que vulnera los principios de juez natural y del debido proceso legal y, por ende, constituye un supuesto de nulidad absoluta¹⁷. Lo que define la cuestión en estos casos no es tanto la demarcación atinada de competencias, sino que la decisión del juez de ejecución se encuentre firme¹⁸.

14 CFCP, Sala II, causas nº 13.652, "Trovato, César Daniel s/recurso de casación", reg. 81/13, de 28/2/2013, y nº 14.732, "Rocha, Carlos s/recurso de casación", octubre 2012, en ambos votos de la jueza Ledesma, pasaje donde se hace cita de precedentes de Sala III, "Carranza" y "Vanni".

15 Parece necesario recordar que el art. 515 del CPPN pone solo en cabeza del juez de ejecución la potestad para realizar la audiencia personal para escuchar al probado. No estamos frente a una disposición legal que implica atribuciones compartidas por el juez o tribunal oral. Por ende, clausurada la etapa de prueba y devuelto el legajo individual a la sede del órgano que concedió la suspensión, realizar la audiencia resulta improcedente. De lo contrario, una vez más estaríamos ante una práctica extralimitada y arbitraria por ausencia de jurisdicción.

16 Una opción es que los problemas propios de la admisibilidad de la suspensión sean resueltos por un órgano judicial distinto de aquel que tenga competencia para continuar con el trámite del proceso en la hipótesis de revocación de la suspensión acordada. Al respecto, ver Vitale 2004, 346.

17 CFCP, Sala II, causa nº 14.772, "De Torres, Sebastián s/recurso de casación", reg. 19.812, del 12/4/2012, voto del juez Slokar; CFCP, Sala III, causa nº 15.963 "Mareco, Julián Enrique s/recurso de casación", reg. 1591/12, del 9/11/2012, voto del juez Borinsky, con cita del caso "Espósito, Luis Leonardo s/recurso de casación", causa nº 14.631, reg. 268/12, del 9/3/2012.

18 Es oportuno recordar que la firmeza de una resolución judicial hace a su valor definitivo

En definitiva, la competencia exclusiva de fiscalización del juez de ejecución hace que solo él sea el encargado de verificar el cumplimiento de los recaudos normativos para la extinción de la acción penal del caso. Si así lo entiende, el juez o tribunal concedente solamente puede dictar el sobreseimiento del probado, por esa causa, sin posibilidad de revisar la solución dispuesta por el juez de control, es decir, el juez de ejecución. De este modo, se preserva también la imparcialidad del tribunal que ha de continuar con el trámite del proceso según la hipótesis de revocación de la suspensión acordada¹⁹.

Esta es la lectura correcta y coherente de las normas adjetivas del caso. El juez de ejecución es el único con competencia para resolver todo lo relativo al cumplimiento de las disposiciones derivadas de la suspensión a prueba concedida, lo que, a su vez, torna efectivo el derecho del probado a la definición de su situación procesal frente a la ley penal del modo más rápido posible²⁰.

IV. Conclusión

Soslayar lo resuelto por el juez de ejecución, en el marco de su exclusiva competencia, reaviva la antigua práctica piramidal de romper las sentencias cuando los jueces, por vía de interpretación, se apartaban del sentido literal de las leyes. Aquella idea absolutista del estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política es lo que parece dominar la práctica del juez o tribunal oral una vez que el caso vuelve de la instancia de control clausurada con firmeza por el juez de ejecución.

La indiferencia frente a la decisión del juez de ejecución evidencia una caprichosa sujeción política, el objetivo de garantizar una alegada voluntad de sentirse los únicos autorizados por la ley para finalizar el caso. Lo cierto

e inmutable, lo cual se traduce en una obligación negativa de reeditar lo resuelto, y permite dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico en su totalidad. La cosa juzgada no posee un valor meramente formal, sino material, derivado de los principios que la sustentan en tanto protege la seguridad jurídica.

19 Desde el punto de vista legal, esta delimitación de competencias resulta acertada y constitucionalmente ajustada a los estándares de mínima garantía, puesto que se resguarda la ajenidad e imparcialidad del juez o tribunal competente que debería juzgar el caso frente a la hipótesis de revocación de la suspensión acordada (cfr. Bovino, Lopardo y Rovatti 2013, 373-374).

20 Con buen criterio, se ha dicho que “corresponde al juez de ejecución decidir sobre el cumplimiento de todas las condiciones, imposiciones o instrucciones impuestas y cuando [...] las considere satisfechas, clausurar el procedimiento dictando el correspondiente auto de sobreseimiento y, firme que sea, efectuar las comunicaciones pertinentes. Pues, conforme lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 76 bis del C.P., el cumplimiento de las imposiciones fijadas provoca de pleno derecho la extinción de la acción penal. De allí que el órgano que verifica y declara tal situación deba clausurar el procedimiento haciendo efectivo el derecho del imputado a la resolución de su situación procesal en el más breve plazo [...]”, CFCP, Sala IV, causa nº 14.480, “Dávila, Daniel Domingo s/recurso de casación”, reg. 181/12, del 29/2/2012, voto del juez Gemignani.

es que el legislador, en materia de suspensión a prueba, no asignó al órgano que concede el instituto más facultades que las previstas expresamente.

Ninguna norma del código permite advertir que la finalidad legislativa haya sido otorgar al encargado de suspender el procedimiento funciones ad hoc como instancia procesal revisora respecto de lo analizado por el juez de ejecución y, de ese modo, alterar el valor de la cosa juzgada, inmiscuirse en el objeto procesal decidido, con el fin de resolver y precisar lo que su criterio imponga.

Nada motiva ni da fundamento a los jueces o tribunales orales para apartarse del criterio aplicado por el juez de ejecución en su órbita exclusiva de control. Esta intromisión respecto de la cosa juzgada²¹ implica una de las manifestaciones propias del verticalismo acostumbrado de nuestra administración de justicia. Pero no estamos frente a una cuestión de jueces contra jueces, sino que son las partes del litigio quienes únicamente protagonizan la contienda de intereses. La concepción de verticalidad parece ubicar al órgano que concede la suspensión en el imaginario burocrático de ostentar mayor jerarquía funcional que el juez de ejecución penal y convertirse, así, en revisor, aun sin recurso.

Al respecto, es habitual recurrir a hipótesis cuando las cosas no funcionan bien, o cuando los conflictos son patentes y reiterados. Parece un recurso inconsciente para escapar de la realidad a costa de situaciones ficticias o alternativas. Sobre esta lógica, podríamos trazar una vertiente hipotética, y pensar en qué sucedería si en lugar del juez de ejecución fuese otro juez o tribunal oral –de la misma instancia que el concedente– el encargado de ejercer el control de las pautas de conducta, por poner un ejemplo. Es un razonamiento opuesto a los hechos, pero quizás entre jueces del mismo “rango” esta injerencia de competencias no existiría; esta es una posibilidad para analizar²².

21 A su vez, esto sucede también contra la decisión de las partes, en la instancia de ejecución penal, de no recurrir la resolución del juez de ejecución que tiene por cumplido el período de prueba.

22 Es interesante recordar, como una situación análoga, lo decidido en el caso “Carnevale”, respecto del “control amplio” que surge de la letra del art. 354 del CPPN, y las competencias del tribunal de juicio. En dicha oportunidad, el tribunal de juicio había pretendido reiterar de oficio el control de legalidad de la indagatoria del imputado que había sido verificada por la Cámara de Apelaciones -a pedido de parte y previa sustanciación-, cuya función en la etapa preparatoria del juicio es de la misma naturaleza que la del tribunal oral en los actos preliminares del debate. Al resolverse el caso, se dijo que existe un límite sobre el control de los actos procesales de la instrucción en la etapa de juicio, el que se da “[...] cuando el acto cuestionado ha sido verificado en su legalidad por un tribunal cuya función en la etapa preparatoria del juicio es de la misma naturaleza que la del tribunal oral en la de los actos preliminares del debate, cuando entre uno y otro control no ha sobrevenido circunstancia alguna que autorice

El sistema de administración de justicia federal no es vertical, sino horizontal. La jurisprudencia nacional en estos aspectos ha sido progresiva²³. El juez o tribunal oral que concede la suspensión no está por encima del juez de ejecución, no ejerce control sobre sus decisiones, no es una instancia de alzada con poder de revisión sobre sus decisiones.

Para finalizar, si bien el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a los mecanismos constitucionales de control institucional relativos a cómo ejercen su función, ello no implica autorizar su sustitución en las funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas²⁴. Algo es claro, y es que en el fondo de esta problemática procesal se advierte un acto arbitrario de poder.

a alcanzar una resolución distinta que la primera de ellas" (CNCP, Sala I, causa N° 126, "Carnevale, Adrián s/ competencia", reg. 171, del 25 de abril 1994).

23 La línea jurisprudencial de la CSJN ha sido clara en materia de recurso, no solo en lo que respecta a la legitimación subjetiva, en la materia revisable, en la interpretación de la normativa internacional luego de la reforma constitucional del año 1994, sino particularmente en el diagrama estructural de las instancias de alzada para cumplir con un recurso eficaz, oportuno y accesible que garantice una revisión integral y amplia. Al respecto, la seguidilla de los casos "Jáuregui", "Giroldi", "Di Nunzio", "Casal" y "Duarte" -D.429.XLVIII, de fecha 05/08/2014- (al que remiten "Chabán" y "Chambla", de misma fecha) es explicativa. Del mismo modo, el criterio delineado por la Corte IDH en los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica, Mohamed v. Argentina, Liakat ali Alibuk v. Suriname y Norín Catrimán y otros v. Chile*.

24 CSJN, caso "Quiroga, Edgardo Oscar", Fallos: 327:5863, considerando 31º.

Bibliografía

- Bovino, Alberto, Mauro Lopardo y Pablo Rovatti. 2013. *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Juliano, Mario. s./a. *Las reglas de conducta en la suspensión del juicio a prueba*. Consultado el 21 de noviembre de 2014. <http://www2.kennedy.edu.ar/probation/pdf/mariojuliano.pdf>.
- Peluzzi, Marcelo A. 2005. “¿Son recurribles las decisiones del Juez de Ejecución Penal en materia de Suspensión del Juicio a Prueba?”. En: *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, IJ-XLIII.
- Vitale, Gustavo. 2004. *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

La extensión del plazo de prueba en la etapa de ejecución penal

Martín Fiúza¹

El instituto de la suspensión del proceso a prueba² y la figura del juez de ejecución penal³, como órgano unipersonal a cargo de su control, han cumplido dos décadas en nuestro ordenamiento positivo y las conclusiones de su desarrollo no son buenas.

La profusa doctrina que se ocupó del tema coincidió en tres objetivos básicos del instituto cuando se lo incluyó en nuestro ordenamiento positivo: el primero, que el imputado acceda a una medida alternativa a la pena y al encierro efectivo, a una solución pacífica y menos lesiva del derecho punitivo que, a priori, facilitaría la participación de la presunta víctima.

En segundo lugar, se instauró como una medida procesal que permitiera evitar el juzgamiento de delitos leves, con escalas penales de escasa cuantía. Esta nueva forma de suspensión del proceso aliviaría el caudaloso afluente de causas que obstaculizaban el desarrollo de procesos de mayor importancia, sobre la base de criterios de oportunidad reglados.

Por último, la “probation” se consagraba como una forma de evitar la estigmatización del imputado que por primera vez se emparentaba con el poder punitivo, construyendo un camino que le permita egresar incólume de ese proceso criminal y, a su vez, que el probado se involucre en el seno

1 Abogado (UNLZ). Secretario letrado(cont) de la D.G.N a cargo de la coordinación de la Unidad de Letrados Móviles N° 3 ante el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1.

2 Ley 24.316. Promulgada 4/5/1994.

3 La Ley de Implementación y Organización del Proceso Penal Oral (Ley 24.121), en su art. 75 dispuso, primigeniamente, la creación de tres (3) juzgados nacionales de ejecución penal. En el año 1993 se materializó la puesta en funcionamiento de los dos primeros (Juzgados N° 1 y 2) y un año después el tercero (Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nro. 3). Esta situación se mantuvo inalterable durante más de una década, más precisamente desde el año 1993 hasta el 2005, en que se sancionó la Ley N° 26.070, por la que se dispuso la creación de dos nuevos Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.

social propagando un mensaje del derecho penal reparador.

A lo largo de los años, la etapa ejecutiva se convirtió en una especie de depósito judicial de aquellas medidas no represivas. Abarrotada por la constante afluencia de los procesos penales ya finalizados, sea por la aplicación de una pena propiamente dicha o de institutos alternativos, la administración de justicia en esta etapa procesal se dirige a una inevitable implosión.

Se suele cuestionar drásticamente que la “aglomeración” en la última etapa del proceso –ejecución penal– instala al instituto en una situación por demás endeble y es la génesis de la caótica realidad.

Esta situación de emergencia se traduce sobre todo en la extensión indefinida de los plazos de prueba fijados proporcionalmente por los tribunales y juzgados otorgantes, que sumergen al “beneficiado” en un túnel temporal caliginoso, cuyo final es incierto. Es difícil trazar paralelismos cuando media la privación de un derecho tan preciado como la libertad, pero, a esta altura, es casi imposible no incluir a las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis CP como una sanción penal propiamente dicha⁴. No criticaré la urgencia que amerita el prisionizado y, por ende, la postergación a la contestación del probado, pues la superposición de funciones ya es inadmisi-

4 Las reglas de conducta han sido pergeñadas bajo dos concepciones disímiles entre sí: 1) como una exigencia procesal, 2) como una pena o como una medida de seguridad. La primer postura sostenida por ejemplo por García Lois es que constituyen exigencias procesales, es decir “condiciones que deben cumplirse para la operatividad de la extinción de la acción penal” Edwards, reseñó el mensaje del Poder ejecutivo Nacional, en la orden del día 1174 de la Cámara de diputados de la Nación / (p. 6927) cuando se dijo que “solo revisten el carácter de exigencias procesales especiales, cuyo cumplimiento posibilitará la extinción de la acción penal [...].” La otra postura doctrinaria equipara a las reglas de conducta a verdaderas penas, dado que sus implicancias directas constituyen limitaciones de la autonomía ambulatoria, o restricciones de acción que afectan a la libertad del causante, en el marco de un proceso penal. La primera objeción a este concepto radica en la clara colisión con el *principio de inocencia*, el de *culpabilidad* y la garantía constitucional de *juicio previo*, ya que una sanción punitiva debe estar precedida de una sentencia condenatoria firme. Sabemos que la incorporación a la suspensión del proceso no implica reconocimiento alguno de responsabilidad penal o civil. La objeción es incuestionable, pero debemos coincidir con Devoto, que expresa que si estas pautas probatorias no son penas, se comportan como tales. Cesano y de Olazábal consideran que las penas se encuentran enumeradas en el art. 5to del CP y esa enumeración es taxativa, por lo tanto no es admisible esta interpretación. La pena de “cumplimiento de instrucciones” no es aplicable en nuestra legislación. Otra postura es aquella que equipara a las reglas de conducta a una medida de seguridad. Así, Baigún y Zaffaroni, dicen al analizar el catálogo de condiciones del art. 27 bis que “[...] lo cierto es que aún cuando se llame a las precedentes reglas, instrucciones o indicaciones judiciales, son en parte medidas de seguridad que, adjuntas todas ellas a una norma penal adquieren, en la vida del condenado el carácter de penas. No se trata simplemente de consecuencias procesales, se trata de condiciones que de no ser cumplidas, abren vía a la ejecución de la pena establecida en la condena.”

ble, pero ello amerita la adopción de temperamentos que acoten la prolongación indeterminada del periodo de cumplimiento, y será el objeto de este artículo el tratamiento de las diversas concepciones al respecto, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinario.

I. El cómputo del plazo de prueba

Existen seis actos procesales distintos que en la práctica se suelen invocar para determinar el comienzo del plazo de prueba y, por ende, su culminación⁵. 1- Desde que el tribunal oral o juzgado de origen dictan la resolución que concede el beneficio. 2- Desde que se notificó al probado su otorgamiento⁶. 3- Desde que el tribunal procede a comunicarlas al juzgado de ejecución penal. 4- Desde que el legajo ingresó al juzgado de ejecución penal⁷. 5- Desde que las partes intervenientes se notifican de la formación del legajo ejecutivo. 6- Cuando el probado empezó a cumplir algunas de las reglas de conducta⁸.

Esta diversidad de criterios se origina en la inacción de los órganos jurisdiccionales o de control actuantes, sea en la comunicación o en la recepción de las actuaciones. Si bien la inmediata actuación por parte del otorgante y del ejecutor, conforme lo establece el art. 515 CPPN, implicaría que estos momentos procesales no fueran tan distintos, la realidad indica que entre la concesión y el cumplimiento efectivo del imputado pueden pasar varios meses.

En este trabajo nos inclinamos por la segunda de las opciones: el plazo de prueba constituye el segmento temporal fijado sobre la base de principios de proporcionalidad, razonabilidad y su duración responde a principios exclusivamente preventivos especiales. Su dilación debe ser sostenida

5 García Lois (2009, página 109) expresa que son cuatro criterios que pueden imperar para determinar el comienzo del periodo de prueba. "Unos sostienen que debe hacerse desde que tal resolución quedó firme; algunos, desde que el legajo ingresó al Juzgado de Ejecución; otros, desde que efectivamente el imputado tuvo la posibilidad de realizar tareas comunitarias, o desde que comenzó el control del organismo jurisdiccional, etcétera".

6 La Sala IV de la CNCP en la causa "Aguirre Andrada Anthony / recurso de Casación", resuelta el 1 de marzo de 2010 en la causa 11.626 revocó la revocatoria de una supresión del proceso a prueba concedida al imputado el 4 de octubre de 2010, en virtud de que cometió un delito el 10 de octubre de ese año, pero recién fue notificado formalmente de la "probation" el día 22 de ese mes y año. "Dicho término no debe ser computado desde el dictado de la resolución que otorga el beneficio sino a partir de su notificación al imputado [...]."

7 Aunque a simple vista la diferenciación se atisba irrelevante, en la práctica pueden pasar meses entre que se dispone el traspaso a la sede ejecutiva y el ingreso se registra en el juzgado de ejecución penal. El sorteo se lleva a cabo mediante el sistema informático desarrollado al efecto. Sin embargo, puede que existan conexidades subjetivas u objetivas que el sistema no detecta y la competencia atribuida puede ser rechazada. Una vez determinado el juez actuante, se recepta la documentación necesaria para la confección del legajo.

8 Este criterio es sostenido por la Fiscalía de Ejecución Penal.

por una decisión jurisdiccional justificada. En el plazo de prueba se canaliza el poder punitivo del Estado desplegado sobre quien goza de una presunción de inocencia que se mantiene incólume. De ahí que la actividad del probado no puede supeditarse a trámites de carácter netamente administrativos (burocráticos y lentos que van en su desmedro) ya sea que cumpla o no efectivamente las normas probatorias, dado que se encuentra bajo el influjo del proceso penal. Por consiguiente, luego de hacerle saber al probado sus obligaciones, tras lo cual quedarán formalizados los compromisos asumidos en la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN, es que deberá comenzar a computarse el plazo de prueba. Sin embargo, lo ideal sería que tanto la audiencia como la resolución que procede de ella y su notificación a la parte interesada se produzcan –todas– el mismo día.

II. El incumplimiento de las reglas de conducta

No cualquier divergencia, discrepancia o distancia existente entre el comportamiento exigido por el tribunal concedente y la conducta desplegada por el probado constituye incumplimiento de esa obligación. La mayoría de la doctrina estima que el quebrantamiento de las normas probatorias debe ser injustificado, persistente y reiterado, sobre la base de lo normado en el art. 27 bis. Entonces, sería procedente cuando “la situación sea reveladora de una manifiesta voluntad de sustraerse al plan de conducta establecido [...] alude al empecinamiento del agente ante la continuidad y persistencia del quebrantamiento y son estas las condiciones que facultarán al juzgador a ordenar la revocación” (Baigún y Zaffaroni 2007, 557).

La *falta de justificación* del incumplimiento de una regla de conducta resulta ser un problema de vital importancia, porque es uno de los grandes inconvenientes que pesa sobre los probados quienes, como es característico en el sistema de selección de nuestro sistema penal, soportan carencias económicas, habitacionales, etc. Una de estas dificultades es la imposibilidad, por ejemplo, de adoptar un trabajo en “blanco”, que sea acredititable, al menos, por un recibo de sueldo. Si bien la asistente social, ya con funciones excesivas, podría verificar la relación laboral, lo cierto es que esto podría poner en riesgo la estabilidad de una endeble contratación. Por ende, son frecuentes las exposiciones donde el probado declara que “se le presentaron changas”; o que debió trabajar en una localidad lejana al centro de la ciudad, etc., y que no pueda presentar documentación alguna. Lo mismo sucede con la resistencia que ofrecen las entidades públicas para extender constancias de presentación de los probados. En el ámbito de la realización de tratamientos de adicción o de concurrencias a establecimientos educativos es muy difícil lograr una comunicación espontánea y no burocratizada entre el juzgado, las autoridades de la entidad y el probado.

La persistencia significa obstinación, empecinamiento, en la violación de las pautas probatorias. Y estos adjetivos describen una conducta mali-ciosa, intencionada, *que desprecia los compromisos fijados*. La percepción de este presupuesto difícilmente pueda ser revelado sino mediante una audiencia establecida en el art. 515 CPPN y no admite un grado de cono-cimiento inferior a la certeza, cuya conformación, por supuesto, debe edifi-carse en la evaluación objetiva de los elementos probatorios colectados y no en vaticinios o malos augurios (cfr. Bovino 2001, 233).

La reiteración del quebrantamiento es bien explicado por Devoto. Lo cierto es que cabe establecer primero el alcance de la notificación de la im-posición de las reglas de conducta en el acto que comunica al probado la suspensión del proceso a prueba, ya que es común hallar, por ejemplo, que el Patronato de Liberados “dio de baja” la supervisión, lo que habilita el argumento de que el probado ya conocía sus obligaciones y, por lo tanto, se encuentra incumpliendo las exigencias encomendadas⁹. No es así, pens-a-mos, porque difícilmente la notificación de una regla de conducta tal cual fuera redactada en el texto legal pueda reflejar el alcance y contenido de cada una de las pautas probatorias. Esta tarea, más allá de la comunicación que siempre deberá mantener con su defensa, es potestad exclusiva del juz-gado que asume el control de las normas probatorias.

Según Devoto (2005, 258), el juez, antes de declarar el primer incum-plimiento debió:

[...] haber realizado la primer advertencia dirigida al imputado con res-pecto a las consecuencias del incumplimiento injustificado de las reglas de conducta (tal accionar debió haber integrado la respuesta estatal ante el primer incumpliendo injustificado, además de acompañar al im-putado con la ayuda necesaria a fin de facilitar el éxito de sus pautas compromisorias [...].

Luego, se pregunta si la exigencia consistente en la “reiteración” se en-cuentra dirigida al incumplimiento de cualquier regla de conducta o si, para que se cumpla este presupuesto, debe verificarse el quebrantamiento de una misma norma probatoria. Siguiendo a Bovino (2001, 231), expresa que “po-demos agregar que tal solución, además, es coherente con el sentido del ins-

⁹ “Entiendo que el probado conocía las condiciones y obligaciones a las que se sometía para evitar que se ejerciera en su contra la acción penal, sabiendo las consecuencias de su eventual incumplimiento, ya sea por medio del asesoramiento de su asistencia técnica o por la notifica-ción que realiza el Tribunal al concederle la suspensión del juicio a prueba” JEP N° 1, causa n° 13596 “Tossoni, Marcelo Roberto.

tituto y con la interpretación, ya referida de ampliar en cuanto sea posible su ámbito de aplicación" (Devoto 2005, 258). A mi parecer, todo depende de la forma en la que se llevó a cabo la primera advertencia. Si el juez y el letrado defensor, ante la primera inobservancia, se explayaron no solo en relación con la regla de conducta que no fue acatada, sino que también se le explicó el alcance de todas las demás, esta exigencia resultaría sobreabundante.

III. La revocatoria de la *probation*

La revocatoria de la suspensión del proceso a prueba solo es procedente en los casos de incumplimiento de las normas probatorias impuestas, de la suma ofrecida en concepto de daño causado y por la comisión de un nuevo delito. D'Alessio y Divito (2005) incluyen también al conocimiento tardío de circunstancias –suscitadas antes de la concesión– que modifican el máximo de la pena. Bovino, en cambio, expresa que ante tal caso no se daría un supuesto de revocación, sino que la suspensión debería dejarse sin efecto, perspectiva que me parece más apropiada.

La revocatoria, por imperio del art. 515 del CPPN y tal como se decidiera en el plenario N° 1 de la CNCP "Maldonado, Marta K", es atribución del juez de ejecución penal en lo que respecta a la comprobación de las reglas de conducta que el imputado asumió durante la audiencia prevista por el art. 293 del CPPN. Considero, sin embargo, que en el caso de comisión de un delito la revocatoria debe ser declarada por el juzgado o tribunal concedente. En el supuesto de la reparación de daño, la cuestión da lugar a conflictos de competencia que perduran hasta la fecha.

Ahora bien, la revocatoria del beneficio solo es procedente una vez culminado el plazo de prueba. Durante este período el imputado debe materializar los compromisos asumidos y el Estado, que ha coparticipado en la selección de las reglas de conducta, debe instrumentar todos los medios a su alcance para que el probado pueda ejecutar las pautas de acuerdo a lo acordado previamente. Citando a Vitale (2004, 368), cabe recordar que "debe aclararse que la revocación será siempre una facultad judicial, pero nunca un deber, pues el Estado deberá esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas de cumplimiento."

El efecto principal de la revocatoria es la reanudación del proceso oportunamente suspendido. Posee otros efectos secundarios, como la imposibilidad de recuperar la reparación de daño cumplida y se tornan aplicables las restricciones de los últimos párrafos del art. 76 ter CP.

En cuanto a la naturaleza de tal declaración, solo la firmeza del pronunciamiento hace que se torne ejecutable. Pero puede ser revisada y modifi-

cada por el tribunal concedente, *solo a favor del imputado*, si se comprueba que el resultado de la investigación efectuada por el juez de ejecución penal se estructura sobre una base fáctica falsa o incorrecta “dado que ello se encuentra más adecuado a los principios garantistas contenidos en la Constitución nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía, y, sobre todo, en el principio rector del instituto en análisis (la prevención especial)” (García Lois 2009, 128).

En ese sentido, la soberanía del juez de ejecución en la etapa es absoluta y las decisiones jurisdiccionales que adopte solo pueden ser atacadas por las vías recursivas expresamente previstas. Agotados o descartados los mecanismos adjetivos de impugnación, no son susceptibles de modificación por los tribunales concedentes.

IV. La extensión del plazo de prueba

Ha quedado claro que la revocatoria debe ser excepcional. Por ende, el legislador ha previsto alternativas para que el juez no llegue a esa conclusión extrema. La mayoría de la doctrina confiere al juez de ejecución la facultad de extender el plazo de prueba, en el caso que se registre incumplimiento de las reglas de conducta (cfr. D'Alessio 2005, 1119; Deotto 2005, 259; Bovino 2001, 359; Vitale 2004, 359; García Lois 2009, 125; Peluzzi 2001, 251; De Olazábal 1994, 90-91), remitiéndose a la aplicación del art. 27 bis del CP, que reza: “Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena”.

Zaffaroni y Baigún (2007, 556) enumeran esas alternativas de la siguiente forma: 1) insistir con el cumplimiento, sin aplicar ninguna sanción; 2) modificar las reglas de conducta, cuando se basen en una imposibilidad justificada; 3) disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo que se prolongó la inobservancia.

Sin embargo, no parece tan claro que el art. 515 del CPPN autorice a prologar el beneficio, ya que solo dice que el juez de ejecución penal, previa audiencia prevista en el art. 515 del CPPN, decidirá sobre la revocación o subsistencia del beneficio, pero no así sobre su prolongación.

Lejos de ser una mera decisión dentro del proceso, la extensión del plazo de prueba constituye un verdadero acto jurisdiccional y debe estar estructurado en una resolución fundada y expresa, dado que prolonga el campo de la persecución penal hacia extremos que superan la proporciona-

lidad que debió regir para la fijación del tiempo de suspensión. La prórroga, insoslayablemente, debe basarse en el pedido del imputado.

Se debe interpretar a la extensión del plazo de prueba no como una penalidad consecuencia del incumplimiento comprobado, sino como un beneficio a favor del imputado; y considero que el Estado, per se, sin pedido expreso del probado y sin la intervención expresa del representante del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción suspendida que vuelve a cobrar vigor ante el vencimiento del plazo de prueba, no podría dilatar más el plazo de prueba.

No obstante, a raíz del panorama ya figurado, la extensión del plazo de prueba es muchas veces tácita y automática. Solo sería admisible esta práctica cuando facilita el cumplimiento de las reglas y se dirige exclusivamente a permitir que el interesado complete las obligaciones asumidas, cuya finalización es inminente¹⁰.

Por otra parte, se pretende hasta aquí dejar sentado que el objetivo de las críticas formuladas se asienta en la idea que la suspensión del proceso a prueba se encuentra lejos de constituir un premio, favor o dispensa del Estado hacia el imputado de un delito penal. En la actualidad, solo se puede aseverar que, entre las finalidades que se le han atribuido al instituto, solo se ha logrado el objetivo de descomprimir a los tribunales y juzgados de los juicios por delitos leves, para que se concentren en causas de mayor complejidad y gravedad.

Cuando las falencias en la ejecución de la “probation” aparecen, el Estado suele atribuirle de una manera u otra al probado la responsabilidad absoluta por los incumplimientos, relegando en su persona el fracaso del instituto. Debo insistir, la ejecución de las reglas de conducta exige una doble participación: la del beneficiado, que debe cumplir con los compromi-

10 La participación del probado en la etapa ejecutiva no solo es obligatoria en los actos procesales fijados por la ley, sino además que es insoslayable para el diseño de una verdadera estrategia defensista. No es dable, muchas veces, incitar a la jurisdicción al dictado de un temperamento que reconozca *su propia inactividad*, que se verá precedido de la convocatoria del probado a una audiencia, de la intervención de las partes y postergado, probablemente, por el ejercicio de una vía impugnativa, cuando, a priori es predecible la culminación de los compromisos asumidos por el probado mucho antes de que obtenga un pronunciamiento jurisdiccional al respecto. Esta conclusión puede resultar controvertida, pero el diagrama de una asistencia efectiva y eficaz no puede perder nunca de vista que el objetivo primordial de la Defensa es deslindar de toda vinculación al probado con el poder punitivo. La desproporcionalidad entre la duración de las vías recursivas previstas y el plazo de prueba se deduce fácilmente y es imposible soslayar que los efectos de la colisión entre la presunción de inocencia y su involucramiento con la justicia criminal son aún más dañinas a medida que se prolonga ese vínculo, casi parental.

sos pautados; y la del Estado, que debe poner en marcha todos los medios que permitan que el interesado observe aquellas mandas judiciales.

Aunque también se debe reconocer que el Estado cuenta con la facultad de asegurar mecanismos reales y prácticos, que garanticen que el plan trazado inicialmente para evitar que el imputado cometiera delitos se cumpla hasta el final, con estricto acatamiento de todas las garantías procesales, no parece nada justo que el tiempo de extensión de este período responda a una mera operación aritmética, en la que se simplifique la decisión mediante una resta entre el tiempo cumplido y el fijado.

Como ya se señaló, esto conlleva una decisión jurisdiccional que ineludiblemente debe estar motivada, conforme lo exige el art. 123 del código de procedimientos. Así, por ejemplo, si el probado se sometió fielmente al Patronato de Liberados, pero no llegó a cumplir con las cuatro horas semanales de tareas comunitarias que se le exigía por cumplir con su trabajo y no justificó el incumplimiento debidamente; en caso de solicitar que se amplíe el plazo de prueba no se debería admitir una prolongación por el término de un año, sino que bien puede reducirse, por ejemplo, a un tercio. Hay que aclarar que en esos cuatro meses de gracia solo tendrá que realizar labores gratuitas durante cuatro horas semanales y no doce, pues ello quebrantaría el acuerdo original y el principio de *proporcionalidad* que debe primar ante todo.

En conclusión, hemos justificado la potestad jurisdiccional de prolongar el plazo de prueba si ello constituye una medida tendiente a que las reglas de conducta puedan ser observadas por el beneficiado. Pero también debemos demarcar las líneas fronterizas del Estado para evitar que sobre la base de esa atribución legal el poder punitivo avance más allá de límites temporales que vulneren derechos inquebrantables del debido proceso legal.

IV. A. Plazo razonable

El nacimiento de la doctrina del plazo razonable data del año 1968, cuando la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo “Mattei” y señaló que dicha concepción:

[...] obedec[e] al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal [...] [El plazo razonable] debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el artículo 18 de la Cons-

titución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Esta elaboración conceptual fue evolucionando lentamente¹¹, pero nunca alcanzó a una construcción sólida. Los diferentes avances reforzaron una base primigeniamente endeble, pero es claro que, hasta el día de hoy, esa construcción todavía se sacude frente a las ondas expansivas de un proceso penal incierto e indefinido temporalmente, por la actuación ineficaz del Estado.

En la Convención Americana de Derechos Humanos existen por lo menos 3 menciones explícitas a esta garantía: el art. 7.5., el art. 25.1 y el art. 8.1. Este trinomio legal se dirige a:

[...] un mismo proyecto defensor de los derechos del individuo: oportunidad de la tutela, que corre el riesgo de ser inútil, ineficaz ilusoria, si no se llega a tiempo, en la inteligencia de que “llegar a tiempo” significa opera con máxima eficacia en la protección y mínima afectación de los derechos del individuo, prontitud que no es atropellamiento, irresolución, ligereza. Esas estipulaciones acogen la preocupación que preside el aforismo “justicia retardada es justicia denegada”¹².

Del mentado art. 8.1 de la CADH surge que para la configuración deben tomarse en cuenta cuatro elementos por separado: la complejidad del asunto; la actividad del procesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso¹³.

Por otro lado, partir del fallo “Firmenich”, el 28 de julio de 1987, la doctrina de la Corte se enrola bajo la premisa del “no plazo” proveniente de la jurisprudencia del TEDH, y se remite a alguno de los precedentes dictados en esa sede en lo que concierne a la doctrina del plazo razonable (“Neu-

11 “Pileckaz” (297:486), “Aguilar” (298:50), “Klosowsky” (298:312), “Oñate” (300:226), “Mozzatti” (300:1102), “García” (305:1701), “Casiraghi” (306:1705), “Bolo” (307:1030), “Frades” (272:188), entre otros y más recientemente en “Barra” (300:1102), y “Baliarda” (301:197).

12 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en *TIBI v. Ecuador*, del 7-09-2004. Serie Cro 114, Cf párr. 175.

13 Corte I.D.H., *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

meister", "Stögmüller" y "Ringiesen")¹⁴. Según la opinión dominante:

[...] el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años; sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso –terminado el caso– para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del imputado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes (Pastor 2004: 58).

Esto amplifica la imposibilidad de sostener una doctrina aplicable fácilmente, a la que abandona al buen tino de la jurisdicción que tiene en sus manos el proceso prolongado irrazonablemente, o en largas apelaciones y despliegues recursivos al aprecio de los tribunales de alzada. Como explica Pastor (2004: 75-76), rara vez la "solución compensatoria" ante la extensión irracional del proceso penal conlleva a la directa desvinculación del imputado del proceso penal, sino que da lugar a morigeraciones de la pena, a una reducción de la culpabilidad, o a resarcimientos civiles u otras sanciones administrativas o disciplinarias.

El autor erige a la violación del plazo razonable como un impedimento procesal que clausura la continuación del proceso bajo la forma de excepción. Tampoco es admisible el diferimiento de análisis hasta finalización del juicio para recién a partir de allí determinar las consecuencias de tal vulneración. Nótese que si al reinicio del debate motivado por la revocatoria de una "probation", que ya atravesó la instrucción y la etapa principal del proceso más la instancia de ejecución sumamente dilatada, se le adiciona el período de juzgamiento y, en el peor de los casos, el dictado de una sentencia condenatoria más el tiempo en que adquiere firmeza; se conduciría, sin hesitación, a la llamada "pena del proceso"¹⁵, que bien podría ser evitada mediante el reconocimiento que propugnamos en la fase ejecutiva.

Como lo veremos, la acertada admisión de la tesis amplia de la suspensión del proceso a prueba y la sanción de la ley 25.990, que regula los actos interruptivos de la prescripción de la acción penal establecidos expresa-

14 *Fallos* 311:2205. TEDH; Caso Stogmuller, del 10 de noviembre de 1969; Neumeister, 27-6-1968; Caso Ringiesen 16 de julio de 1971.

15 "En efecto, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de semi penalización, que se manifiestan en ciertos padecimientos que encuadran en el llamado ya carácter idéntico a la pena que se atribuye ya al proceso; angustia, gastos, estigmatización, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación y descrédito" Pastor (2004, 66).

mente en el art. 67 del CP, expandió a límites exagerados el acaecimiento del plazo liberatorio¹⁶. Si a ello se suma la excesiva duración de los procesos en la etapa ejecutiva, con el agregado de que el cómputo de la prescripción, indefectiblemente, se suspende durante el plazo de prueba, estamos frente a una actividad punitiva desproporcionada para una persona que goza de una presunción de inocencia siquiera atacada y que se mantiene incólume.

La Cámara Nacional Casación Penal se pronunció al respecto, al entender por una suspensión del juicio a prueba concedida en el mes de agosto de 2005 y revocada el 8 de agosto de 2011:

Es que, no solo es al acusado al que perjudica un proceso de esta duración, tanto por el dispendio jurisdiccional que ello significa cuanto por la distorsión de todos los fines del instituto de la suspensión del juicio a prueba, sino también de la pena, cuya eficacia exige la menor distancia temporal entre el hecho y la condena (*Fallos* 322:360, considerando 17 del voto de los doctores Fayt y Bossert).¹⁷

En búsqueda de una solución compensatoria que haga cesar definitivamente esa invasión del poder punitivo, la jurisprudencia evolucionó. En la reseña que se traza a continuación nos abocaremos a dar cuenta de ello y de las diversas formas en que se materializó la garantía del *plazo razonable*.

IV. B. El plazo máximo de tres años de control. Diferentes posturas

Como he dicho, el juez de ejecución penal tiene la potestad de prolongar el vencimiento del plazo de prueba cuando se haya evidenciado que han existido causales imputables al probado que no han sido debidamente justificadas. Así lo establece el art. 27 bis del CP. Ante esta facultad incuestionable, se accede a una decisión jurisdiccional no extrema que se compatibiliza con el carácter restrictivo que debe tener la revocación del beneficio. Pero el legislador, en este claro afán en morigerar la abrupta revocatoria de estas alternativas a la prisión y evitar el retorno al encierro carcelario, ha dado origen a un poder cuyo ejercicio puede ser ilimitado.

Ejemplifiquemos: ante un incumplimiento reiterado, persistente, pero no malicioso del probado respecto de la realización de un tratamiento de reha-

16 Así, delitos comunes, como robo simple o estafa, poseen un máximo de seis años.

17 CN Cas. Penal, Sala IV, "Esposito, Luis Leonardo s/ recurso de casación", c. 14.631, reg. Nro 268/12; Sala III, "Perez Segovia, Leonardo Gastón s/ recurso de casación", c. 5045, rta 25/8/04, reg. 0446.04.03; "Quispe, Daniel Adrian s/ recurso de casación", c. 15.945, rta 1/10/2012, reg. 1390/12, entre otros.

bilitación al que se somete con la asiduidad exigida y sin quebrantar ninguna norma de conducta, salvo aquella más importante (la prohibición de consumir estupefacientes), el juez decide justificadamente, una y otra vez, prorrogar el plazo de prueba hasta tanto el causante logre equilibrar un cese en el consumo de drogas. ¿Cuál es el límite para esta prolongación del poder punitivo?

La doctrina y la jurisprudencia brindaron una respuesta a este interrogante con el plazo máximo de tres años de control, ya que el proceso a prueba no puede ser suspendido mas allá de ese tiempo, conforme lo establece el art. 76 bis del CP.

Así Bovino (2001: 220) niega la posibilidad de extender el período de prueba más allá de los tres años ya que:

[...] se permitiría, por esta vía, que el tribunal exceda el máximo legal establecido de manera expresa por el legislador. Ello, además de perjudicar al imputado, extendería el plazo temporal previsto para dar solución definitiva al caso [...]. La imposibilidad ha sido dispuesta expresamente en la Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (reglas de Tokio).

Desde otra perspectiva, se llega a la misma circunscripción temporal: el peor panorama posible al que el actor podría enfrentarse sin obtener este beneficio no hubiera implicado un despliegue del poder penal superador del plazo de los tres años de prisión, por lo que no se puede imaginar que la persecución penal, camuflada bajo el instituto de la “probation”, se convierta en una sanción penal que trascienda estas barreras sin que acuda a evitarlo la doctrina del “plazo razonable”.

Desde la jurisprudencia los magistrados de ejecución penal han concebido esta limitación temporal como superadora de sus propias falencias y consagraron el criterio que impone el cese de la persecución penal en los casos en que se sobrepasaron los tres años de duración de la etapa ejecutiva¹⁸.

Este criterio fue confirmado por la Cámara Nacional Criminal y Correccional en algunos de sus pronunciamientos:

Por otra parte, más allá de los resultados infructuosos de las citaciones cursadas, la autoridad jurisdiccional disponía de otras facultades habilitadas por el CPPN tendientes a obtener la comparecencia obligada del

¹⁸ JEP N° 3, “Rodríguez, Mauro Javier”, leg. N° 9097/p. rta 27/6/2008, entre otros; JEP N° 2, “Roberto, Hector Alejandro”, leg. N° 2412/p. rta 30/1/2009, entre otros.

acusado. Ahora bien, el control debe practicarse en momento oportuno, y salvo justificación fundada, no corresponde extender el tiempo de control más allá de los tres años.¹⁹

Sin embargo, aclararemos, este límite no es operativo de pleno derecho, sino que nace de una construcción. Esta construcción depende de diversos factores que deben conjugarse para su composición y no del mero transcurso del tiempo.

En ese sentido, en algunos casos la Cámara Nacional de Casación Penal se ha opuesto a que los plazos de prueba corran esta suerte de extinción de pleno derecho, bajo el argumento que el juez de ejecución penal no puede apartarse injustificadamente de la labor que se le encomendó: el control de las reglas de conducta, ni siquiera bajo el pretexto de que sus propias falencias no pueden ser imputables al probado²⁰.

De ese modo, de acuerdo con aquellos presupuestos que conforman el concepto de plazo razonable, puede decirse que para arribar a la aplicación de un término legal preciso que ponga fin al proceso ejecutivo y que, a su vez, conlleve a la extinción de la acción penal, deberían reunirse los siguientes tópicos:

La ineficacia del Estado en el control de las reglas de conducta. No se trata aquí de erigir nuevamente a la justicia de ejecución penal como la causante del fracaso del control de las reglas de conducta, pero debe insoslayablemente diferenciarse la actuación del Estado, ejercida mediante todos los organismos que coadyuvan en esa tarea (Patronato de Liberados, instituciones de bien público, centros de salud y rehabilitación, etc.). Tampoco sorteá las críticas, la primigenia intervención del tribunal otorgante, que es el que fija las condiciones; porque la incorrecta evolución del plan de prueba que se concibió al inicio puede tener su única razón en una aplicación literal de las reglas de conducta, sin que antes se hayan adecuado a cada caso en particular. En efecto, la Corte, en "Mattei", mencionó que "la garantía del debido proceso ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado". En tal sentido, agregó que cuando la omisión de reunir pruebas "es imputable a

19 CN Crim. y Corr., Sala V, c.nro.41.916, "Calderón Bueno, Roberto Félix s/ suspensión del proceso", rta el 5/10/10; Sala VI, C.nro 42.234, "Damalzone, Hugo Jorge s/ suspensión del juicio a prueba", rta 15/9/2011, entre otros.

20 Así en la causa "Blanco Huanca, Diego s/ competencia" rta el 18-6-04, reg. 6665, la Sala II expresó: "Teniendo en cuenta la finalidad de las reglas de conducta impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso a prueba, es el Juez de Ejecución Penal el que debe controlar su efectivo cumplimiento durante el plazo en que deban realizarse, informando posteriormente si el probado las ha cumplido (art. 493, inc. 2do y 515 del CPPN) sin que sea suficiente el mero plazo del tiempo sin realizar diligencia alguna tendiente a su verificación".

los encargados de producirlas, pero no por cierto al acusado, su derecho a un juicio razonablemente rápido se vería frustrado [...]” (Carrió 1994, 455).

Así, se trata de que el imputado no tolere, de ninguna forma, la desidia estatal en el ejercicio de sus obligaciones de control o coerción. Esto se relaciona con el *principio de mínima irracionalidad de los actos públicos*, que Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 123) mencionan. Sostienen, al formularlo, que “la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto”.

La no comisión de delitos: la conducta desplegada por el probado durante el plazo de prueba debe responder a aquel comportamiento esperado al momento de la aplicación de la “probation”. Si hemos definido a las reglas de conducta como herramientas escogidas por el juzgador para evitar la perpetración de hechos delictivos, son frecuentes los casos en los que este fin preventivo especial ha sido satisfecho por el causante, pese a la comprobación de una actitud desidiosa en lo que concierne a las obligaciones impuestas. Esto demuestra que las condiciones escogidas, eficaces o no, se han tornado abstractas y ya obsoletas: pretender empedernidamente su cumplimiento constituye un rigorismo demasiado formal que no se condice con la visión “pro homine” que siempre debe observar toda decisión en la que se decida el re-involucramiento del imputado con el proceso.

La complejidad del asunto en cuestión: una reacción instantánea conlleva a desechar a la suspensión del juicio a prueba como un asunto complejo. En el universo de las cuestiones que motivan la intervención del juez de ejecución penal, muchos de los debates se concentran en la liberación o prolongación del encierro carcelario de aquellos penados con sentencia firme. Y ello relega, en una especie de jerarquización de la materia en estudio, al control de las normas probatorias al último plano. Se podría combatir esta concepción, pero lo cierto es que, aun otorgando el valor que esta herramienta procesal reviste en nuestro ordenamiento legal, no amerita mayores complejidades que justifiquen la duración indefinible del proceso penal.

La actividad probatoria: He aquí quizás el mayor problema de la etapa ejecutiva: la comprobación del cumplimiento de las reglas de conducta. La función controladora del juez de ejecución penal incluye, como primera atribución, la supervisión del comportamiento del probado respecto de los compromisos asumidos. La comprobación directa y primaria es delegada en su totalidad al Patronato de Liberados. Bien puede ser asumida por el fiscal de ejecución penal como titular de la acción penal, y que tiene a su cargo la carga probatoria ante una solicitud de revocatoria.

Este ejercicio que involucra a instituciones atestadas, a organismos abarrotados y a juzgados sobrecargados conlleva a la implosión de todo el sistema. La usanza más frecuente para sostener un desmoronamiento inevitable es utilizar la audiencia establecida en el art. 515 del CPPN como modo indirecto para verificar el cumplimiento, lo que traslada al beneficiado la obligación de demostrar su propia observancia y crea una nueva exigencia.

Cabe recordar que la audiencia del art. 515 debe constituir un acto de defensa inevitable en esta fase y que toda otra concepción debe ser descartada.

Por otra parte, el hecho de que la comunicación entre el tribunal y el probado se interrumpa no significa que el cumplimiento de las normas probatorias haya cesado de repente. Muchas veces el beneficiado no responde a las convocatorias cursadas, lo que no quiere decir que no esté cumpliendo con cada una de las obligaciones exigidas. La falta de comprobación solo puede traer aparejada una duda, que si no se despeja mediante el Patronato de Liberados, el juzgado de ejecución o el Ministerio Fiscal, solo podrá jugar en favor del acusado, conforme lo impone art. 3 del CPPN.

IV. C. La extinción de la acción de pleno derecho

Juliano (2010: 6) analizó cuál es el momento procesal para disponer la revocación del juicio a prueba y concluyó que el vencimiento del plazo de prueba opera de pleno derecho, sin que medie una resolución judicial y, por ende, también los efectos extintivos se dan en forma automática. Su declaración tardía solo tiene consecuencias registrales. Dice claramente:

Una comprensión legal como la que se postula obtura la posibilidad de extender los ámbitos de punibilidad más allá del plazo de suspensión del proceso a prueba, alternativa que, incuestionablemente, se compadece de mejor manera con el aludido principio “pro homine” que si sostuviéramos que la revocación por incumplimiento procede en cualquier tiempo, aún después que haya expirado formalmente [...].

Es decir, el plazo de prueba que no se ha prorrogado expresamente fenece automáticamente y cesa todo poder punitivo del Estado. Si se difiere una declaración expresa de extinción de la acción penal, solo tendrá consecuencias en la inscripción registral. Equipara a cómputo del tiempo de prueba al cómputo de la pena privativa de la libertad, que por imperio del artículo 16 del CP se extingue de pleno derecho.

No comparto esta interpretación, dado que el plazo de prueba, según entiendo, no puede ser sesgado antes de su finalización, pues es el comportamiento global del probado el que debe ser evaluado durante un periodo

nunca inferior a un año. Y en la historia judicial no son pocos los casos en los que el control efectivo y eficaz que se reclama significa coerción; no es aceptable que bajo una demanda jurisdiccional celera se esconda una clara intención de desnudar ausencia de compromiso en el imputado. Es recién en ese momento final cuando realmente nace la potestad supervisora del Estado y la verdadera función que se le delegó. Hasta la finalización del plazo de prueba, estimo, no pueden adoptarse decisiones terminantes contra el probado por lo que sería, entonces, ilógico, llegado el momento, vedar definitivamente las medidas tendientes a la verificación de la conducta desplegada por el probado.

Sin embargo, Juliano, quien se opone a esta postura, se pregunta con mucha claridad: ¿Es razonable que el Estado, con todos sus recursos –enormes y poderosos frente al imputado– pueda disponer discrecionalmente de estos derechos, tomándose todo el tiempo que desee para analizar si el probado ha incurrido en algún incumplimiento que amerite la revocación de la suspensión? (2010: 8).

IV. D. La caducidad del plazo de prueba

Otra de las fórmulas que se han intentado para solucionar las extensiones eternas de los plazos de prueba, y evitar así la afectación del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento rápido que defina su situación legal, fue la declaración de la caducidad del plazo de prueba. Así, se dijo que el juez de ejecución penal carecía de facultades para prolongar el plazo de prueba una vez que operó su vencimiento:

Los términos legales rituales tienen prevista por regla general la improrrogabilidad y, como consecuencia de su vencimiento, dado que son perentorios, la caducidad. Así los dispone expresamente el art. 163 del Código Procesal de la Nación. Es claro que se da en el caso la excepción legalmente prevista en esa disposición que autoriza a prorrogarlos cuando ello está legalmente autorizado pues es aplicable al caso, por analogía favorable, la regla con la que el último párrafo del art. 27 bis del Código beneficia a los condenados. Pero resulta, no obstante, imposible prorrogar lo feneido [...] Ninguna norma legal me autoriza a extender de tal modo, temporalmente, la jurisdicción que me ha sido encomendada²¹.

21 JEP N° 1. leg. N° 15.620, caratulado “Llanos, Sergio Omar”, rta 28-12-2004.

La decisión tuvo una férrea resistencia de parte de los tribunales orales concedentes, porque la caducidad del plazo de prueba implica el cese de la ejecución sin que medie ejercicio de control alguno. La CFCP se pronunció al respecto:

[...] teniendo en cuenta la finalidad de las regla de conducta impuestas como consecuencia de la suspensión del juicio a prueba, es el Juez de Ejecución Penal el que debe controlar su efectivo cumplimiento durante el lapso en que deban realizarse, informado posteriormente si el probado las ha cumplido cf. Arts. 493, inc. 2do y 515 del C.P.P.N.) sin que sea suficiente el mero transcurso del tiempo sin realizar diligencia alguna tendiente a su verificación.²²

Si bien con la declaración de caducidad del plazo de prueba se desnudaba desde la propia jurisdicción la imposibilidad de ejercer un seguimiento al menos descriptivo del comportamiento del probado, y se trató de que no soporte en forma exclusiva esas falencias, lo cierto es que ese temperamento no aseguraba que el proceso concluiría con la extinción de la acción penal en su favor.

IV. E. La falta de jurisdicción

En misma línea descripta, otra de las formas mediante la que se intentó ceñir la jurisdicción del juez de ejecución al plazo de prueba es el exceso de jurisdicción. Así, al intervenir nuevamente a raíz de la revocatoria de la “probation”, dictada por el magistrado ejecutivo cuando había feneado el plazo de prueba fijado, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 21 expuso:

[...] a esa altura [...] ya carecía de jurisdicción, puesto que el plazo de control había feneado sin que la suspensión del juicio a prueba hubiera sido hasta entonces revocada (art. 515 ya citado) [...]²³.

En esa dirección, sobre presupuestos facticos muy similares, la Sala IV de la CFCP señaló:

Es así que en el caso se advierte una causal de nulidad por extralimitación jurisdiccional, a tenor de lo dispuesto en el art. 167, inc. 1, del C.P.P.N. -a contrario sensu-, puesto que el tribunal a quo no contaba con la “capacidad” para pronunciarse sobre la cuestión. Al respecto, se ha

22 CNCP Sala Blanco Huanca, “Diego s/ competencia”, rta 18-6-2004, reg. 6665, c/5236; Kausines, Luciano s/ competencia rta. 24-8-2004.

23 TOC 21, causa nro 1520, “Troche, Francisco Javier”, rta 12-08-08

sostenido que el inciso 1) del art. 167 del C.P.P.N. “comprende desde la designación regular de los magistrados y su capacidad procesal hasta la competencia del tribunal en el cual actúan -capacidad objetiva-...” (D’Albora, Franciso 2011, 259; el resaltado me pertenece).²⁴

IV. F. La prescripción de la acción penal

La prescripción es de orden público, por lo cual debe ser declarada de oficio (*Fallos*: 275:241) y opera de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo (*Fallos*: 186:281; 201:63; 202:168; 212:324, entre otros): “Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el Estado -por cualquier motivo- viola los plazos legales máximos para la persecución punitiva” (Zaffaroni et ál. 2000, 859).

Por ende, entiendo que la prescripción trasciende a cualquier cuestión pendiente respecto de la suspensión del proceso a prueba, vinculada con el acatamiento o no de las condiciones pautadas, y debe ser declarada inmediatamente.

Para ello, primero es necesario diferenciar lo que se llama plazo de prueba de lo que llamaré plazo de cumplimiento: este último se define como aquel que resulta de la prolongación expresa del juez de ejecución penal para permitir que el probado finalice la observancia de normas probatorias que no alcanzó a completar.

La prescripción solo puede suspenderse durante el plazo de prueba, conforme lo dispone el art. 76 ter²⁵. A partir de la extinción del plazo de prueba debe ser computada nuevamente en el tiempo exacto que operó la suspensión. No es aplicable el inc. d) del art. 67 del CP, es decir, la sentencia condenatoria, firme o no, pues claramente la resolución que concede este beneficio dista mucho de ese significado jurídico, por lo que el último acto interruptivo, si se registra, es el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente (inc. c).

Se ha cuestionado que, si se entiende que el plazo de prueba es todo el tiempo transcurrido desde la concesión de la “probation” hasta su expiración formalmente declarada, el cómputo prescriptivo se mantiene en suspenso. Claro está que si la prórroga del plazo de prueba se estructura en la prolongación tácita e injustificada del período probatorio, la objeción se desvanece.

24 C.N.C.P. Sala IV, “Esposito, Luis Leonardo s/ recurso de casación”, reg. 268/12, c. 14.631

25 En su 2do párrafo la norma legal citada dice “Durante este tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal”.

Ahora bien, si la prolongación del plazo fue impulsada por el propio imputado y aún basada en su propia inactividad, esa consideración toma mayor vigor y merece una respuesta. Como ya se ha señalado, la prescripción es un instituto de orden público y su instalación en el procedimiento guarda relación con los principios de seguridad jurídica y el derecho a obtener un pronunciamiento que defina la situación legal del inculpado. Entonces, las reglas interpretativas obligan a estudiar con coherencia el ordenamiento jurídico y allí prima la presunción de inocencia de la que goza el probado, agravada por una invasión del poder punitivo más allá de las fronteras temporales avizoradas en la determinación del acuerdo. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “[...] el instituto de la prescripción de la acción tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (*Fallos*: 322:360 esp. Disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión”²⁶.

La CNCP, en el fallo “Baigorria”, trató justamente la cuestión debatida, y rechazó el recurso interpuesto por la Fiscalía contra la decisión de declarar prescripta la acción penal, computando la suspensión del plazo liberatorio solo en lo referente a la duración del plazo de prueba. Lo interesante del fallo es que, aunque se declara la prescripción de la acción, los votos que lideran el acuerdo, de la Dra. Ledesma y del Dr. Tragant, dejan sentado con claridad meridiana que “el mero transcurso del tiempo no trae aparejado el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas [...]”²⁷.

Por otro lado, debemos atribuir competencia para el entendimiento de la declaración de prescripción al tribunal o juzgado concedente. Ello se debe no solo a las facultades restringidas del juez de ejecución penal, limitadas al control de las reglas de conducta, sino que en el legajo formado en la ejecución difícilmente se pueden encontrar los elementos necesarios para determinar la procedencia (léase calificación legal exacta, la fecha del acaecimiento de los actos interruptivos previstos en el art. 67 del CP, etcétera).

También cabe hacer referencia a qué sucede si se suscita la presunta comisión de un hecho ilícito durante el plazo de prueba, cuyo juzgamiento se prolonga más allá del acaecimiento del término de la prescripción. En ese sentido, no es viable aplicar la doctrina del plenario “Prinzo”, que exigía suspender la tramitación de la causa iniciada por el primer delito hasta tanto se comprobara la existencia o no de un segundo ilícito que interrumpiera el plazo, o no, a partir de lo resuelto por la Corte Suprema

26 *Fallos* 329:445. Considerando 4.

27 CNCP, Sala III, Baigorria, Claudia Elizabeth s/ recurso de casación”, rta 11/10/2006, c. 7016.

de Justicia en el Fallo “Reggi” (*Fallos*: 322:717) y diversos precedentes de la CNCP²⁸; la prescripción procede si al momento de su acaecimiento no existe una sentencia condenatoria firme.

V. Conclusión

El plazo de prueba se debe estructurar en una operación intelectual que no puede prescindir de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de la debida fundamentación, no solo en lo que concierne a su duración, sino además respecto de la selección de las reglas de conducta que el probado debe cumplir en ese tiempo.

La revocatoria del instituto debe ser considerada la última opción. Solo puede ser viable luego de comprobarse una obstinada inobservancia de las normas probatorias, y recién después de la audiencia fijada en el art. 515 del CPPN.

Durante el tiempo de prueba, el juez de ejecución carece de facultades para revocar la suspensión del proceso a prueba, y debe agotar todas las medidas a su alcance para que las pautas probatorias, dirigidas exclusivamente a evitar la reiteración delictual del imputado, sean observadas:

Es que, no sólo es al acusado a quien perjudica un proceso de esta duración, sino también al Estado, tanto por el dispendio jurisdiccional que

28 La jurisprudencia ha receptado esta concepción en forma clara y contundente, “por cuanto la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente publicado en *Fallos* 272:188, ha dejado claramente establecido el derecho de todo imputado a obtener una resolución sin que se admitan dilaciones que prolonguen su situación de incertidumbre [...] y [...] por lo claros y expresos motivos que surgen del considerando 5) del precedente de nuestro más alto Tribunal publicado en *Fallos* 322:717 e invocados por el recurrente (CNCP Sala III, C.2316, “Grosso, Carlos Alfredo s/ recurso de Casación”, 7/11/2000) En ese sentido, en el fallo citado de la CSJN “Reggi”, se ordenó al Juez de la causa, que resolvió diferir el tratamiento de la prescripción hasta tanto se resolviera la situación procesal de Reggi en un nuevo proceso que se le seguía, su entendimiento en el planteo de prescripción introducido por la Defensa y que dio origen al remedio extraordinario intentado. También es esa dirección, “se sostuvo que la comisión de un nuevo delito, a los efectos de la interrupción de la prescripción, exige la sustanciación de un juicio que, terminado, lo declare por sentencia condenatoria firme [...] la investigación de “nuevos hechos” no configura óbice alguno, desde su entidad como acto interruptivo a los fines del art. 67 – ley 25.990- para declarar la prescripción de la acción penal” CNCP Sala I, “Salietti, Angel Francisco s/ recurso de casación”, c/10.118, rta 24-2-2009 (voto de Fegoli).

Por ende, de no proceder la prescripción se admitiría “la creación pretoriana de una causal de interrupción o suspensión resulta contraria a la garantía del debido proceso legal, establecida en el art. 18 de la C.N.” (CNCP Sala III, Reyes, Dalmira Angelica”, 27-8-2007, reg. 1592, del voto de los Dres. Mitchell y Madueño; Sala IV, C. 3202 Bartlett, Daniel Esteban s/ recurso de Casación, 16-9-02, reg. 4267).

ello significa cuento por la distorsión de todos los fines del instituto de la suspensión del juicio a prueba, sino también de la pena, cuya eficacia exige la menor distancia temporal entre el hecho y la condena²⁹.

La extensión del plazo de prueba no debe ser contemplada como una penalidad, sino como una declaración jurisdiccional para el cumplimiento, que el causante evidentemente asumió y que desea concluir. Solo puede ser dispuesta con la anuencia del representante del Ministerio Público Fiscal en forma debidamente justificada.

La prolongación del periodo de prueba no puede ser indefinida. La doctrina del “plazo razonable” obliga a jueces ejecutivos a restringir al máximo toda postergación de la extinción de la acción penal, ya que no puede olvidarse que el imputado goza de la presunción de inocencia. El libre consentimiento que ha mediado de parte del probado no habilita el ejercicio abusivo del poder penal, superando las líneas fronterizas de la señalada garantía.

29 *Fallos* 322:360, considerando 17 del voto de los doctores Fayt y Bossert.

Bibliografía

- Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio. 2007. *Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2B. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bovino, Alberto. 2001. *La suspensión del proceso penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferatta Nores, José I. 2000. *Proceso Penal y Derecho Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Carrió, Alejandro. 1994. *Garantías Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- D'Albora, Franciso. 2011. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado*. Concordado. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- D'Alessio, Andrés (director) y Divito, Mauro A. (coordinador). 2005. "Código Penal. Comentado y anotado. Parte general. Artículos 1 a 78 bis". En: La Ley, 1.
- De Olazábal, Julio 1994. *Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires: Astrea.
- Devoto, Eleonora. 2005. *"Probation" e institutos análogos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- García Lois, Adrián. 2009. *La suspensión del juicio o proceso a prueba*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Juliano, Mario Alberto y Marcelo Villanova. 2010. "Oportunidad para disponer la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba". En: *Pensamiento Penal*, 111. Consultado: 26 de noviembre de 2014. <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/doctrina06.pdf>.
- Pastor, Daniel. 2004. "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal". En: *Revista de Estudios de la Justicia*: 51-76. Consultado: 9 de diciembre de 2014. http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf
- Peluzzi, Marcelo. 2001. "La suspensión del juicio a prueba". En: *Revista de Derecho Penal*, 2: 223-238.

Vitale, Gustavo L. 2004. *Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2000. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

IV

RÉGIMEN DE LA PENA Y MODALIDADES ALTERNATIVAS

Morigeraciones y alternativas a la privación de libertad en la ley nacional de ejecución de la pena privativa de libertad 24.660

En busca de una verdadera alternatividad

*Gabriel Bombini*¹

I. Introducción: orígenes, filosofía y debates en torno a las alternativas a la pena privativa de libertad

El presente trabajo discurrirá brevemente sobre los institutos que, contenidos en la legislación nacional de ejecución de la pena privativa de libertad, ley N° 24.660, permiten la morigeración o sustitución de esa modalidad absoluta de encierro punitivo.

Su emergencia en el texto legal del año 1996 obedece a la difusión más amplia, dentro de la cultura criminológica y político-criminal primero, y jurídica después, de un verdadero *movimiento* en torno al uso de las alternativas –en sentido amplio– a la privación de libertad como respuesta sancionatoria (cfr. Cid 1999, Cesano 2003).

El ideal preventivo especial se fundó en la fuerte deslegitimación padecida a partir de la década de los 60 y 70 del siglo XX por esa forma de penalidad central para nuestro entorno cultural occidental (cfr. Pavarini 1996 y Garland 2005), y fundamentalmente de la adscripción a su práctica de una finalidad resocializadora a las claras incumplida en los hechos (cfr. Muñoz Conde 1982). Paradójicamente, ese mismo ideal, pero con un acento más potente en la idea de reintegración social (Baratta 1983) fue el que solidificó una tendencia al uso de la alternatividad como momento superador de una violencia punitiva vacía de finalidad útil (Pavarini 1996).

¹ Profesor e Investigador en Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Juez de Garantías de Mar del Plata.

Sin embargo, como se encargó de demostrar la literatura especializada (cfr. Cohen 1987, Pavarini 1996) su utilización práctica derivó en una ampliación de las redes de control social más que en un efectivo instrumento de alternancia a la pena privativa de libertad.

Más aún, como en el caso de los institutos en análisis, su utilización exclusiva en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad y su catalogación conceptual como un mero *beneficio penitenciario*, lejos de consolidarlas como un verdadero espacio de alternatividad, las sumió en una lógica disciplinar propia de las instituciones totales (Goffman 1961), forjadas en estrategias de gobierno sobre la base de premios y castigos (Pavarini 1996), con la consecuente devaluación de las garantías jurídicas de igualdad, proporcionalidad y estricta legalidad y jurisdiccionalidad (Ferrajoli 1995)².

Más allá de apuntar estas breves señalizaciones y disputas en torno al movimiento de alternativas a la pena privativa de libertad, es conveniente centrarnos en ciertos dispositivos legales contenidos en la legislación nacional en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad para comprender su conformación normativa e interpretación y aplicación judicial, no obstante cuanto pueda pretenderse de *lege ferenda* en su futura difusión, de lo que se dará cuenta en las conclusiones respectivas.

II. La regulación de la ley nacional 24.660

Para analizar la regulación de la ley nacional 24.660 debe aludirse al marco general en que quedan englobadas las medidas de morigeración y alternativa a la pena en su fase ejecutiva.

En efecto, fuera de la dinámica ejecutiva prevista por la adopción de un *régimen de progresividad* de la ejecución de la pena (art. 12 y ss.) –en cuyo marco es factible para el condenado acceder a institutos penitenciarios específicos como las *salidas transitorias* (arts. 16 a 21) la *semilibertad* (arts. 23 a 26)³, o bien la libertad condicional (art. 13 del Código Penal y 28 de la ley 24600) o la libertad asistida (arts. 54 a 56)–; se erige en la Sección Tercera del Capítulo II referido a las Modalidades Básicas de la Ejecución, un régimen de “Alternativas para situaciones especiales” que prevé la posi-

2 Esta referencia en modo alguno, importa la adscripción a una tesis que indicase que las garantías liberales del derecho penal tradicional solo son observables en el caso de la utilización de la pena privativa de libertad, sino tan solo describir las distorsiones prácticas de su aplicación (sobre el particular, abogando por la comparecencia de las penas alternativas con los principios liberales, Cid 1999, 126 y ss.).

3 En estos dos supuestos siempre que se encuentre incorporado al período de prueba (conf. art. 15 de la ley 24.660).

bilidad de la aplicación de la “Prisión Domiciliaria” (art. 10 del Código Penal y 32 a 34 de la ley 24.660), la “Prisión Discontinua” (arts. 35 a 38) y la “Semidetención” (arts. 35, 39 y 40), la “Prisión Diurna” (art. 41), la “Prisión Nocturna” (arts. 42 a 44) y los “Trabajos para la comunidad” (arts. 50 a 53).

Desde este punto de vista, el sentido de estas medidas –novedosas en nuestro medio jurídico al momento de emergencia de la ley aludida⁴– es morigerar o reemplazar el encierro carcelario por medidas menos restrictivas de libertad, pero exclusivamente como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas (cfr. Salt 1999, 255).

En principio, con excepción del instituto de la prisión domiciliaria guiado fundamentalmente por el *principio de humanidad de las penas* (Zaffaroni et ál. 2000, 908; López y Machado 2004, 150)⁵, el resto de los supuestos legales mencionados además se inspiran, en líneas generales, en una filosofía contraria a la vigencia de las penas privativas de libertad de corta duración con el objetivo de evitar sus efectos “desocializadores” (cfr. Bauman 1970, 10; Salt 1999, 257, nota 217)⁶.

Este posicionamiento ya tradicional en el campo penológico⁷ reconduce

4 En esta dirección, en el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo se alude a que “...ingresan a nuestro derecho positivo modernas doctrinas penológico-penitenciarias...” (conf. Laje Anaya 1997, 86). Cesano añade que ese Mensaje alude a la incorporación de institutos como: “...absolutamente novedosa y renovadora...” (2003, 123).

5 Por lo tanto, no será objeto de análisis en el presente trabajo.

6 Lopez y Machado consideran que: “...se trata de situaciones en las que el encierro carcelario continuo aparece como innecesario y hasta desacertado, por lo que se intenta que el condenado no abandone ni desatienda las responsabilidades personales que registra extramuros...”; sin embargo, luego aclaran su posición ligada a la necesidad de tratamiento, al indicar: “Hemos de decir que tal posibilidad resulta ajena y contraria al sentido integral de la ejecución de la pena privativa de libertad, pero al mismo tiempo, no podemos dejar de reconocer que estas modalidades alternativas constituyen una respuesta plenamente válida para brindar solución a aquellas situaciones en las que, por el escaso monto de la pena impuesta o por las circunstancias especiales del caso, el completo y puro encierro carcelario resulta contraproducente...”. Finalmente, matizan la afirmación de su sentido puramente retributivo, con consideraciones en términos de evitar la desocialización: “Al igual que en el instituto de la prisión domiciliaria, la prisión discontinua y la semidetención presuponen formas de encierro ajenas al sentido de la reinserción social, en la que se potencia el contenido de retribución de la pena y el estado de detención parcial no es otra cosa que un castigo. Si desde esa óptica, las referidas modalidades de cumplimiento de pena son criticables, por otra parte, las consideramos como una alternativa que, por lo menos, evita los innegables efectos alienantes que produce el puro encierro carcelario y le permite al condenado continuar, aunque sea de manera parcial, las actividades personales vinculadas a su trabajo, educación y familia...”.

7 Aunque Bauman orienta su pensamiento desde el punto de vista de la pedagogía criminal, presentando a ciertas penalidades como ridículas, alude a que ya en el Primer Congreso Internacional de Prisiones de 1872 en Londres, se trató el problema de la posibilidad de reemplazo de las penas cortas privativas de libertad, y que Von Liszt se pronunció en tal sentido: “Nada

el análisis⁸ al estado de la cuestión en la doctrina y la actividad proyectista en la Alemania de los años sesenta, marco en el que concluía el renombrado penalista Jurgen Bauman (1970, 10) que:

Se requiere un medio reactivo más bajo mediante el cual la prevención especial no produzca daños al mismo tiempo que la prevención general mantenga su eficacia. Para lograr esto último, se requiere un medio reactivo que, por cierto, no alcance a una restricción de la libertad de movimiento corporal, sino a otros bienes jurídicos que son caros al autor y que le imponga a aquel que ha demostrado una conducta socialmente dañosa, una carga social de alguna relevancia. Por otra parte, para evitar el efecto desocializador de las penas cortas privativas de libertad, es preciso eliminar todo aquello que produzca una desconexión del penado con su familia, toda interrupción de los contactos sociales beneficiosos, y sobre todo, el encierro (con sus peligros de infección criminal, su incipiente reducción de la idoneidad del sujeto, etc.)...

En esta misma dirección, ya en forma más contemporánea y comentando puntualmente la pena de *arresto de fin de semana* contenida en el Código Penal Español –y similar en su práctica a alguna de las modalidades de nuestra ley–, Muñoz Conde y García Arán (1996, 543) señalan como ventajas de ese régimen:

[...] contiene el impacto punitivo y admonitorio del internamiento, aunque al ser cada arresto de corta duración, permite que el condenado mantenga sus vínculos sociales, familiares y laborales, desplegando así lo que en algunas orientaciones modernas se ha denominado efecto-shock. En suma, mantiene el constreñimiento sobre el condenado durante un cierto tiempo pero sin producir los efectos desocializadores de la prisión continuada [...]

A su vez, es destacable que estos posicionamientos fueran encontrando recepción paulatina y explícita en la producción normativa de reglas internacionales emanadas de los órganos de la Organización de Naciones Unidas (Cesano 2003).

hay más desmoralizante y absurdo que nuestras penas cortas privativas de la libertad en relación al aprendizaje de una carrera de delincuente... Las penas cortas privativas de libertad, no sólo son inútiles, sino que lesionan el orden jurídico más gravemente que la total impunidad del delincuente..." citado por Bauman (1970, 2 y 3). Desde antes se reconoce, en el trabajo de Bonneville de Marsangy, en 1864 un programa político criminal centro en un fuerte redimensionamiento del alcance de la pena privativa de libertad (conf. Carles 2011, 6).

8 Para confrontar referencias históricas en torno al cuestionamiento a las penas privativas de libertad de corta duración y a la emergencia de las modalidades alternativas en la codificación penal europea desde finales del siglo XIX en adelante, consultar el trabajo de Carles, (2011, 9 y ss.).

En este sentido, la resolución 45/110 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 adoptó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que contienen una serie de principios básicos para promover tal tipo de medidas en la legislación de los Estados miembros y reducir el uso de la prisión, fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal e impulsar en los alcanzados por ellas un sentido de responsabilidad hacia la sociedad, siempre procurando un equilibrio adecuado entre sus derechos, los de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito⁹.

Asimismo, deben ser tenidos en cuenta los Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, aprobados por resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social, que consideran que este:

[...] enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener una reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, a su vez que permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia [en tanto que] la justicia restaurativa da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y los complementan.

Por otra parte, para la situación de las mujeres privadas de libertad, el 16 de marzo de 2011 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por resolución 65/229 las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que expresamente mencionan como orientación a las Reglas de Tokio en la materia, y añaden: “en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas” (Regla 57).

Finalmente, es importante poner énfasis en que la lógica prescriptiva

⁹ Otras normas relevantes resultan, por ejemplo, la Declaración de Kadoma sobre el Servicio a la Comunidad y las recomendaciones del seminario denominado “Justicia penal: el problema del hacinamiento en las cárceles”, celebrado en San José de Costa Rica del 3 al 7 de febrero de 1997.

en el campo del derecho penal juvenil se orienta en el ámbito del derecho internacional al privilegio de sistemas sancionatorios que prescindan esencialmente de la pena privativa de libertad y que la resguarden como criterio exclusivo de *última ratio* (cfr. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing–, adoptadas por Resolución 40/33 de la Asamblea General de fecha 29 de noviembre de 1985).

Por tanto, desde la óptica consolidada en el orden de la normativa internacional, analizaré la legislación nacional que supone la regulación de diversos institutos, algunos de los cuales apuntan estrictamente a la morigeración del uso del encarcelamiento (prisión discontinua y semidetención) en tanto que otros se orientan a su reemplazo en determinados supuestos (trabajo para la comunidad). Veamos, entonces, su regulación normativa en la legislación aludida.

III. Institutos normativos que permiten la morigeración de la privación de libertad

Desde esta perspectiva, deben considerarse dos grandes grupos de institutos que permiten la *morigeración* de la privación de libertad: por un lado, la *prisión discontinua* y, por el otro, la *semidetención* bajo las modalidades de *prisión nocturna* y *diurna*.

El artículo 35 de la ley 24.660 –texto según ley 26.472– prevé los supuestos de procedencia de estos institutos, bajo la siguiente fórmula legal:

El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando:

- a. Se revocare la detención domiciliaria
- b. Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal
- c. Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal
- d. Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia
- e. La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Como se advierte, en primer lugar, la voluntad del condenado involucrado es fundamental, en la medida en que su procedencia está supeditada a *su pedido o su consentimiento*.

En efecto, así lo estipulan en el punto 3.4. las Reglas de Tokio en tanto disponen: “Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento...”.

Desde esta óptica, es preponderante esa voluntad en el texto legal que le permite al condenado la *renuncia irrevocable* de la prisión discontinua o la semidetención (art. 48). En ese supuesto, se prevé que se practicará nuevo cómputo de pena y allí el juez de ejecución o competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en un establecimiento penitenciario, bajo modalidad semiabierta o cerrada (ídem).

La autoridad judicial para resolver la cuestión es el *juez de ejecución* o competente¹⁰, en este último caso se alude a los magistrados que cumplen tal función en las jurisdicciones donde no se ha previsto la magistratura especializada de ejecución, como sucede en el orden federal, uno de los jueces del tribunal oral que dicta la sentencia (ver ley 24.221).

La ley utiliza la expresión *podrá*, pero es debatido si ello implica sin más el carácter meramente facultativo de su concesión por parte del juez. En ese sentido, fuera de los cánones semánticos estrictos y atendiendo a una argumentación teleológica objetiva, Cesano se pronuncia por el carácter obligatorio¹¹.

Así, indica Cesano acorde con los fines prescriptos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente (2003), que si:

[...] ponen en evidencia que el propósito de la ley ha sido, precisamente, la de alentar, como criterio general, la promoción de la incorporación de los condenados a instituciones abiertas, semiabiertas o que favorezcan la autodisciplina (art. 6º) y esto, a su vez, se inscribe como un derivado del respeto al principio de mínima intervención o mínima afectación de la ejecución, nos parece más que razonable que, en tanto el penado se encuentre en alguna de las hipótesis de concesión que establece la ley (art. 35), a su pedido o, incluso, de oficio (pero contando con su consentimiento), el órgano jurisdiccional establezca estas modalidades especiales de ejecución [...].

El trámite está supeditado a las reglas comunes del proceso penal (de conformidad con el CPPN), y queda en cabeza de la autoridad jurisdiccional

¹⁰ Las Reglas de Tokio hacen alusión a la necesidad de judicialización de las decisiones que están vinculadas a utilización de medidas alternativas, en el puntos 3.3., 3.5. y 3.6.

¹¹ Concuerda, por la obligatoriedad Laje Anaya (1986), y por el contrario a favor del carácter facultativo Edwards (1997, 77).

determinar en cada caso y mediante *resolución fundada el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención* que, conforme lo normado por el artículo 45 de la ley, debe contener:

1. los horarios de presentación obligatoria del condenado,
2. las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y
3. la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente.

El incumplimiento grave o reiterado de las normas fijadas en ese plan, podrán provocar la revocación de la prisión o semidetención (art. 49, ley 24.660). Las expresiones utilizadas por la ley *grave o reiterado* sugieren el tinte de excepcionalidad de la decisión revocatoria, y prevén la necesidad de que el juez agote las instancias previas para procurar lograr reencauzar el cumplimiento de las medidas dispuestas.

No obstante, en caso de proceder la revocatoria, solo puede disponerse previo informe de la autoridad encargada de la supervisión del condenado y por decisión del juez de ejecución o competente (ídem), la que deberá ser fundada acorde con las pautas generales del Código Procesal Penal (argumento del art. 45 de la ley 24.660).

A su vez, en todo caso, debe garantizarse la sustanciación de la cuestión previa a su resolución, con garantía de bilateralidad, igualdad de armas, posibilidad de producción probatoria amplia y revisión judicial según la exigencia de doble conforme, de modo de concretar en forma material y efectiva el derecho de defensa de quien puede ser objeto de tal decisión revocatoria (CN, 18).

Igual que para el caso de renuncia, la revocación implicará la práctica de un nuevo cómputo de pena y el cumplimiento del resto de la penalidad en un establecimiento semiabierto o cerrado.

En cuanto a los supuestos estipulados debe anotarse:

a) Se revocare la detención domiciliaria

La norma no presenta mayores inconvenientes interpretativos a partir del texto introducido por la reforma de la ley 26.472 en cuanto ha concentrado en un solo inciso los antiguos incisos a y b, suprimiendo toda duda u omisión en que incurría el texto legal precedente¹².

12 Para ver aquel debate y las dificultades interpretativas que generaba el texto legal, consultar Cesano (2003, 151-152).

Sin perjuicio de ello, y considerando que el instituto de la detención domiciliaria privilegia en general principios del derecho internacional de los derechos humanos de alta sensibilidad antropológica como la dignidad de la persona, la humanidad de las penas, la intrascendencia de la pena hacia terceras personas y en particular el interés superior del niño; la consagración del régimen de cumplimiento respectivo deberá adecuarse en la medida de lo posible a esas situaciones particulares, de modo que la forma de cumplimiento morigerada de la privación de libertad no violenta definitivamente los principios aludidos.

b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal

El supuesto remite expresamente al texto del Código Penal, resultando de ese cuerpo legal la existencia de diversas opciones antes de concretar la conversión en prisión aludida: *pago en cuotas, amortización con trabajo libre o su cobro compulsivo*, en la medida en que la voluntad legal está indefectiblemente orientada a procurar la efectivización de la multa, aun cuando puede dilatarse en el tiempo (cfr. Cesano, 1995, 75).

La solución legal, más allá de que las diversas alternativas previas tiñen de excepcionalidad a la conversión en prisión, ha sido criticada en la medida en que la multa es el sustituto de la pena de privativa de libertad, con lo cual recae nuevamente en la prisionización (Zaffaroni et. ál. 2003, 932).

Por ello mismo, se postula la excepcionalidad absoluta de esta posibilidad, y que la norma proporciona tres alternativas: 1) el tribunal, antes de transformar la multa en prisión, procurará la satisfacción de la primera haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otros ingresos del condenado; 2) cuando no fuese posible, puede sustituir esta clase de pena por trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello; 3) puede autorizar el pago de la multa en cuotas, en los montos y fechas adecuados a la condición económica del condenado (2003, 932-933).

c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal

Este inciso debe integrarse también con lo reglamentado en el artículo 27 bis del Código Penal que estipula en su último párrafo:

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o

reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Como se advierte, la norma en cuestión también fija un sentido de subsidiariedad y *última ratio* a la procedencia de la revocación, en la medida en que impone prioritariamente al juez no computar el tiempo de incumplimiento y solo frente a la situación de persistencia o reiteración en esa postura es que puede acudirse en forma facultativa a su revocación¹³.

Para concretar esta orientación, el juez deberá proceder a fijar audiencia para garantizar el derecho a ser oído del condenado y eventualmente proceder a las intimaciones que resulten pertinentes para lograr que se cumplan las pautas impuestas, siempre resguardando el derecho material de defensa en forma amplia, como se indicó antes.

Vale decir, solo de modo absolutamente excepcional y frente al cierre definitivo de todos los caminos para lograr el cumplimiento de las pautas de conducta impuesta es que puede procederse a la revocación aludida en el texto.

Así lo señala Cesano (2003, 155-156) para quien, en esa lógica de subsidiariedad y *ultima ratio*, indica que para llegar a la revocación:

[...] es necesario haber agotado antes una serie de alternativas que surgen, apenas se efectúe una interpretación sistemática del texto legal analizado. En efecto: a) En primer lugar [...] el tribunal puede modificar las reglas de conducta –entre otros casos- cuando el incumplimiento de las que impuso originalmente, sea el producto de una imposibilidad justificada que impidió al condenado su observancia; b) En segundo lugar, el órgano jurisdiccional podrá insistir en que el beneficiario las satisfaga, sin que, del incumplimiento en que hubiese incurrido, se derive sanción alguna; c) Por fin, dispondrá “que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento [...]”

Asimismo, la revocación solo es procedente si es tempestiva, es decir, si el tribunal lo concreta durante el tiempo fijado judicialmente para el cumplimiento de las reglas (el artículo 27 bis establece que será entre dos y cuatro años) o inmediatamente transcurrido este. Por lo tanto, si el juez

13 En esta dirección apunta Cesano que sólo puede proceder la revocación “...cuando los incumplimientos, por su reiteración y persistencia, sean reveladores de una manifiesta voluntad de sustraerse al plan de conducta que se le impuso...” (Cit. 156).

encargado del caso dejara transcurrir tiempo desde el vencimiento de ese plazo judicial sin convocar a una audiencia para oírlo o sin realizar las intimaciones que correspondan, la revocatoria no es procedente.

d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia

Se sabe que el Código Penal argentino contempla la posibilidad de revocación de la libertad condicional (CP, 15) para los casos de incumplimiento de las condiciones de residencia (CP, 13, 1º) o comisión de un nuevo delito (CP, 13, 4º).

La solución legal por la vía de las alternativas aludidas se reduce a los casos del primer supuesto exclusivamente, es decir, a la violación de la obligación de residencia.

Desde hace tiempo, la doctrina ha postulado una visión restrictiva para la procedencia de la revocación en el sentido en que solo frente al incumplimiento persistente, absolutamente injustificado y atribuible solo al penado puede, como excepción, procederse a la revocación (cfr. Zaffaroni 1988, 202; Cesano 2003, 157-158); cuyo fundamento exclusivo y real resulta la intención de fuga del penado y no la mera desobediencia (Alderete Lobo 2007, 268)¹⁴.

Se trata de un espacio de ponderación judicial que debe guiarse por la máxima prudencia a causa de sus graves consecuencias, que conllevan el retorno al medio carcelario.

En esta dirección, señala Alderete Lobo (2007, 268) que:

Considerando que la fijación de residencia constituye, fundamentalmente, una norma de asistencia pospenitenciaria, no caben dudas de que la revocación en estos casos sólo puede producirse cuando el quebrantamiento se produce de un modo injustificable y reprochable directamente al liberado, que muestre de forma evidente la intención de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la soltura condicional...

Por el contrario, considera el autor que:

[...] cualquier traslado temporal (incluso el egreso del país) por razones

¹⁴ El autor agrega que dada la naturaleza jurídica y fundamentos del instituto, este nunca puede tener carácter punitivo, por lo que mal puede estimarse que el huero incumplimiento de la obligación de residencia *sin intención de fuga* pueda estatuirse en motivo de revocación.

atendibles y por períodos adecuados a los móviles indicados no puede generar esta grave consecuencia, que sólo está reservada para circunstancias probadas y concretas que evidencien la intención de eludir la observancia de las condiciones del beneficio [...].

Con similar orientación, Zaffaroni incluso ha postulado que tal violación debe ser medida sobre la base de parámetros subjetivos: no es la mera constatación objetiva del desapego a la residencia fijada lo que permite erigirse en causal revocatoria, sino la *dirección motivada de la finalidad de sus-tracción a la vigilancia del patronato de liberados y al consiguiente control del cumplimiento de las restantes condiciones* (cfr. Zaffaroni 1988, 202).

Por último, desde el punto de vista formal, para que pueda reprocharse un incumplimiento y por tanto proceda la revocación de la libertad condicional, es menester que el liberado esté formalmente anoticiado, mediante acta compromisoria, de su situación y de las consecuencias del nuevo régimen al que se encuentra sujeto (cfr. Alderete Lobo 2007, 269)¹⁵.

e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Se trata de un supuesto específico respecto del cual se ha discutido en especial sobre su carácter de real alternativa a la prisión o una mera modificación a su ejecución; y, directamente ligado a ello, sobre si es factible resolver la cuestión al mismo momento de dictar la sentencia condenatoria.

En efecto, como indica Cesano (2003, 126):

[...] tal como están reguladas casi todas las alternativas (con la salvedad del inc. "f"¹⁶ del art. 35 y del trabajo a favor de la comunidad -arts. 50 a 53-), los institutos incorporados aparecen como mecanismos destinados a reducir el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico,

15 En apoyo de su posición, el autor cita un pronunciamiento de la Sala 1^a de la Cámara Nacional de Casación Penal, "Céspedes, Ursula Adriana s/ rec. de cas.", c. 2637, sentencia del 1673/2000 en el cual frente a la obtención de una libertad previa a la condena por vía excarcelatoria, sin la formalización del acta de libertad condicional posterior, expuso que: "[...] parece claro que el acta compromisoria suscripta al hacerse efectiva la excarcelación fijó recaudos distintos de los que exige el art. 13 del Código Penal, especialmente en cuanto subordina la libertad a la condición de no cometer delitos y a la obligación de someterse al cuidado de un patronato, carga ésta que nunca se ha observado y que tampoco ha sido impuesta a la condenada antes ni después de que el fallo quedara firme. La diferencia obvia entre los beneficios en análisis -uno de naturaleza procesal y el otro de carácter sustancial- impide su 'conversión' tácita y torna irri-ta la decisión revocatoria que se invoca para denegar el pedido de libertad..." (Cesano 2003, 269).

16 Actual inciso e).

sea ya como un medio de resguardar el denominado principio “de atenuación o ejecución penitenciaria mínima” (en los casos de la prisión discontinua y la semidentención) o el de humanidad (en las hipótesis de la prisión domiciliaria) y no al de sustituir determinada categoría de penas (las privativas de libertad de corta duración), tal como ocurre con las sanciones autónomas del derecho comparado [...].

En su posición, Cesano (2003, 127) ha presentado reparos al argumento de Salt (1999) en torno a estimar como una auténtica “ pena alternativa ” al supuesto en que la pena no sea mayor a seis meses de prisión; en la medida en que estima que la decisión del reemplazo solo puede adoptarse en la fase de ejecución de las penas.

Para pronunciarse en ese sentido, el autor señala (1999, 225):

[...] para que se trate de una auténtica sanción alternativa, sería menester que el mismo juez de mérito que dicta la sentencia (Cámara o Juzgado Correccional, de acuerdo al sistema de competencias) fuera quien, directamente, impusiese la pena según esta modalidad. Empero –y aún cuando, de *lege ferenda*, estamos convencidos de las bondades de un tal sistema– lo cierto es que dogmáticamente, no parece correcto arribar a esa conclusión. Es que la propia norma está supeditando la aplicación del instituto a una exigencia procesal muy concreta: sentencia definitiva. Esto significa que la sentencia debe estar firme; con lo cual, será recién a través de un incidente de ejecución cuando, previo pedido del imputado o su defensor (con el consentimiento prestado por el primero) recién podrá disponerse esta modalidad de cumplimiento [...].

En abono de esa postura, invoca posiciones doctrinales y jurisprudenciales favorables a su sentido interpretativo. Por un lado, el trabajo de Ceruti-Rodríguez (1998, 103) en cuanto estiman que *sentencia definitiva alude a sentencia firme*, en tanto que por otro, lo resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal *in re “Vera”*, que ha sostenido:

El tribunal de juzgamiento de un delito puede imponer pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento o dejar ésta en suspenso cuando se dan las condiciones del art. 26 del Código Penal, pero la forma de ejecución de pena efectiva es facultad exclusiva del juez de ejecución penal, único facultado para disponer si llevará adelante en forma de prisión discontinua [...]. (Cesano 2003, 128)¹⁷.

17 Allí alude a otros tribunales nacionales que seguirían los criterios aludidos: Tribunal en lo Criminal nº 2 *in re “Cruz”*, (L.L., 1998-F, p. 410 y ss.), y “Yannane”, (L.L., 1999-A, p. 328).

Distinto es el temperamento de Rafecas (1999, 1051) para quien:

Por esta vía, la Argentina ingresa en el grupo de Estados de derecho que han materializado en el plano legislativo, lo que sostenían los defensores de la teoría de la *nocividad de la pena corta privativa de libertad*, según la cual, ésta no puede lograr resocialización alguna, antes bien, desocializa muchas veces al condenado, por la pérdida de su fuente laboral, el alejamiento de su medio familiar y social, el riesgo de ser afectado por las aristas criminógenas de la cárcel y el acostumbramiento a sus rigores, así como por la estigmatización que significa el haber estado encarcelado, sumado a ello la saturación de los establecimientos penitenciarios...

Rafecas añade, con sustento en la expresión legal *juez competente* que, según entiende, el tribunal de juicio tiene plenas facultades para imponer la sustitución contenida en el artículo 35 inciso f)¹⁸, porque de otro modo se debería detener al condenado y enviarlo a la cárcel hasta que el legajo del condenado pase a manos del juez de ejecución y este decida, finalmente, la concesión o no del beneficio, y así se materializaría el efecto que se pretende evitar¹⁹.

Estos argumentos son rebatidos por Cesano, quien, por un lado desecha el argumento ligado a la expresión *juez competente* dado que considera que su inclusión en la ley no está ligada a la intención de atribuirles a los tribunales de sentencia esa facultad, sino con el propósito de distinguir los modelos procesales que establecen, como magistratura especializada, a la figura del juez de ejecución de aquellos que no lo hacen, donde tales funciones continúan reservadas a la Cámara de juicio o al juez correccional.

Por otra parte, también refuta el temor expresado por Rafecas en relación con la eventual frustración de los fines que la ley persigue con estas alternativas, ya que no la considera decisiva en la medida en que, en última instancia, se trata de una cuestión que no tiene por qué demorar (Cesano 2003, 128)²⁰.

18 Actual inciso e).

19 Cita en el punto la causa nº 933 "P. C.F." y/o del TO. Menores Nº 1, del 22-6-98, por mayoría; cfr. Rafecas 1999, 1050, nota 13.

20 Amén de ello, en general los códigos de procedimiento prevén que para los casos de penas privativas de libertad de hasta seis meses, el condenado se presente en detención voluntariamente dentro de un plazo que –sin perjuicio de resultar eventualmente ordenatorio para el juez lo que le permite ampliarlo sin inconvenientes- podría resultar suficiente para tratar y resolver la cuestión del reemplazo punitivo (CPPN, 494; CPPBA, 501; CPP Córdoba, 505; CPP Neuquén, 452).

En este sentido, si bien la cuestión es controvertida y los argumentos de Cesano podrían resultar sólidos desde un punto de vista estrictamente dogmático, estimo que la interpretación que debe primar es la político-criminal o teleológica, vale decir, la más favorable para satisfacer las finalidades de la ley, en este caso, evitar la desocialización y el principio de atenuación o ejecución mínima (Mapelli Caffarena, 1983).

La ausencia de incorporación de penas diversas en el catálogo punitivo, además de motorizar la eventual solución de *lege ferendae*, debe ser objeto de valoración en la actualidad y admitir la posibilidad de que, incluso en el momento del dictado de la *sentencia definitiva*, se prevea el reemplazo²¹.

Entonces, no me convence del todo el argumento aportado por Rafecas y acompañado por cierta jurisprudencia en torno al alcance interpretativo que pretende adjudicarle a la expresión *juez competente*; cuya ligazón a otra índole de problemas vinculados al derecho de organización judicial (Maier 1996) aparece, en mi entender, prístino a la luz de lo normado en la ley 24.121, ya que se trata de funciones atribuidas al tribunal de juicio en los espacios territoriales donde la figura del juez de ejecución no ha sido implementada.

Sin perjuicio de ello, entiendo que tampoco el alcance que Cesano pretende otorgarle a la expresión *sentencia definitiva* dirima decisivamente la cuestión, porque la exigencia procesal de la firmeza no aparece enunciada en la ley en forma directa.

En esta sintonía, no se puede olvidar que para el caso de dictarse una sentencia en un juicio abreviado –como sucede en buena parte de los procesos penales en la práctica judicial– y en el que las partes pacten la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad, no aparece contraindicado que se pueda incluir en su acuerdo la fórmula de reemplazo, de modo que la voluntad de someterse al poder penal del Estado por el interesado pueda prestarse con cabal conocimiento de todas las consecuencias legales de su conformidad al trámite procesal anormal.

Tampoco parece desacertado pensar que en un juicio oral en el que la defensa solicite una absolución pueda acompañar como planteo subsidia-

21 Así, simplemente como un ejemplo de lo que resulta frecuente en la práctica de nuestros tribunales debe tenerse en consideración lo resuelto con fecha 18 de noviembre de 2013 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Capital Federal, en cuanto brindó un fundamento alejado de los métodos interpretativos tradicional a la aceptación de tal competencia para proceder a la sustitución, vinculado a la carga laboral de los juzgados de ejecución penal (causa N° 4509).

rio autónomo la viabilidad de una sentencia condenatoria que contenga el reemplazo previsto legislativamente.

Todas estas soluciones se encolumnan mejor con la consecución de una finalidad político-criminal que pretende evitar los efectos nocivos de las penas cortas privativas de libertad, y no parecen tergiversar principio alguno.

Además es dable destacar que el alcance de la expresión legal *al momento de la sentencia definitiva* prevé tanto situaciones de penalidades que se imponen en el acto o bien penalidades unificadas, marco en el que podría verificarse un supuesto de remanente punitivo –por vía del cómputo del tiempo de detención restante de una pena previa de condenación condicional o en que el individuo estuviera en libertad asistida o libertad condicional– que no supere los seis meses.

Igualmente, como señalan López y Machado (2004, 160-161), frente a una interpretación restrictiva que considere que se trata solo de los casos de penas de prisión o reclusión menores de seis meses, se impone aquella otra que implica considerar que, al dictarse el fallo, le resta aún al condenado el cumplimiento de seis meses para agotar la sanción, teniendo en cuenta la forma de computar los plazos de prisión preventiva según lo previsto en el artículo 24 del Código Penal. En apoyo de esa solución, indican:

Tal criterio encuentra sustento en el hecho de considerar que, al tratarse de un espacio temporal relativamente estrecho, no existe oportunidad para verificar los resultados del tratamiento de reinserción social aplicado, por lo que, en beneficio del condenado, se le brinda la oportunidad de optar –desde el inicio– por una modalidad de ejecución alternativa.

Esta interpretación podría ser considerada superflua por la vigencia de la posibilidad de acceder a una libertad asistida, no obstante los autores consideran que no es así, en la medida en que desde el punto de vista práctico la concesión de aquel instituto implica una incidencia de verificación previa de requisitos que, resulta obvio decirlo, insume mayor tiempo que la aplicación de una modalidad alternativa, además de que puede requerirlo en forma sucesiva, y aguardar en una situación más favorable en la que lo sitúa la modalidad morigerada (López y Machado 2004, 161, nota 78).

Finalmente, es oportuno discutir si ese monto de seis meses es infranqueable o bien puede ser dejado de lado en situaciones especiales donde la denegatoria del acceso al instituto podría contrariar sus finalidades legales. Por caso, la situación de un condenado a siete u ocho meses de prisión podría ser incluido en los regímenes aludidos.

Al respecto, Salt se muestra favorable a la solución ampliatoria en tanto la considera acorde con el fin político-criminal que persigue la norma ligado a evitar los efectos desocializadores de las penas de corta duración, proponiendo en concreto elevar el plazo de seis meses previsto en la norma como máximo para poder reemplazar el encierro con la prisión discontinua o la semidetención (1999, 257).

No obstante, cuanto puede acompañarse de *lege ferenda*, insisto en la solución que aboga por un carácter claramente referencial de la pauta legal, la que entonces puede ser relativizada en la medida en que circunstancias excepcionales de un caso permitan desplazarla por imperativo de un principio constitucional de mayor rango (por ejemplo, humanidad, proporcionalidad, resocialización).

Es conveniente revisar ahora brevemente las fórmulas legales de las modalidades concretas que prevé la normativa de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad.

III. A. La prisión discontinua

La regulación especifica la modalidad de cumplimiento de la prisión discontinua (art. 36) indicando que:

- a. se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el *principio de autodisciplina*
- b. por *fracciones no menores de treinta y seis horas*
- c. procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquel

La referencia efectuada a la *permanencia en una institución basada en el principio de autodisciplina* remite directamente, para este instituto pero también para la semidetención, a lo normado en el artículo 184 de la misma ley de ejecución, que estipula:

Los centros de reinserción social deben ser instituciones basadas en el principio de la autodisciplina destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semidetención. Serán dirigidos por profesionales universitarios con versación criminológica y, cuando las circunstancias lo posibiliten, podrán estar a cargo de un patronato de liberados y, de no existir aquél, de un servicio social calificado.

La filosofía auspiciosa que inspira a esta normativa contrasta con la realidad institucional que genera que, en líneas generales y dependiendo de las situaciones locales, su inserción en la práctica se concrete en improvisados

módulos dentro de establecimientos penitenciarios tradicionales; solución aupada por la cláusula transitoria del artículo 224 de la ley 24.600 –con pretensión de perennidad– que dispone:

[...] hasta tanto no se cuente con los centros de reinserción social a que se refiere el artículo 184, el condenado podrá permanecer en un sector separado e independiente de un establecimiento penitenciario, sin contacto alguno con otros alojados que no se encuentren incorporados a semilibertad, prisión domiciliaria o semidetención.

En este aspecto, señala Carlés que tal inexistencia, en razón de tratarse de una falencia de la administración en absoluto imputable al condenado supone que los jueces deban –frente a la imposibilidad material por carencia de medios– disponer, conceder o restablecer la detención domiciliaria, según el caso de que se trate (2011, 13).

En cuanto a la frecuencia temporal mínima de permanencia alterna en detención se alude a la intención de evitar su coincidencia con la actividad laboral del condenado.

Por otra parte, también se prevé la posibilidad de otorgamiento de una autorización judicial excepcional (art. 37) para:

- a. no presentarse en la institución que cumple la prisión domiciliaria
- b. por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses.

Se señala sobre este tópico que difiere de la salida transitoria excepcional que prevé el art. 16 inc. I c) de la misma ley, porque en tanto aquella requiere la presencia y acreditación de alguna circunstancia excepcional que motive la salida, el instituto previsto en el artículo 37 resulta complementario del régimen de prisión discontinua y, por tanto, obligatorio en su concesión para el juez interviniente (cfr. López y Machado 2004, 163).

Finalmente, el artículo 38 regula el cómputo de la prisión discontinua, fijando que “se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución”.

Sobre este tópico relativo al cómputo, la jurisprudencia local ha ampliado el ámbito de aplicación de la ley 24.660 a la provincia de Buenos Aires, y propicia una hermenéutica extensiva a la norma en cuestión en la medida en que se asume que también deben computarse los días en los que el detenido no pernoctó en el establecimiento carcelario, pero estuvo sometido al régimen de ejecución morigerado cumpliendo las reglas de conducta judicialmente impuestas.

El voto mayoritario, encabezado por el juez Sal Llangués señala como fundamento de esa posición:

Por lo tanto, entiendo que el tiempo transcurrido en la prisión discontinua, tanto en los días en que pernoctó en la unidad carcelaria como los que no, deben considerarse como cumplimiento de la pena hasta su vencimiento, al igual que se computa como cumplimiento de pena durante el plazo de tiempo de la libertad condicional, art. 13 del C.P. Ello en tanto, la prisión discontinua no es más que una privación de la libertad parcial durante un tiempo continuo, el tiempo que el interno no concurre al penal, debe computarse de la misma manera que los días que efectivamente sufre el encierro en un establecimiento carcelario, en tanto siempre se trata de ejecución de pena. Debe destacarse que bajo el régimen de prisión discontinua se obliga al condenado a obedecer ciertas reglas al igual que en la libertad condicional, aún cuando las mismas deban observarse fuera de la cárcel, por ejemplo: prohibición de ausentarse por más de 24 hs del lugar fijado para su residencia, sometimiento al control del Patronato de Liberados, presentaciones periódicas –eventualmente-, etc.

Para concluir en forma contundente:

Como afirma la defensa, de confirmarse la sentencia del a quo, esto es, de hacer caso omiso del tiempo en el que Monzón ha sido sometido a medidas restrictivas de su libertad en forma idéntica a la que hubiera correspondido en libertad asistida o libertad condicional, la justicia se arrogaría la facultad de someter a las personas a un control y a una vigilancia sine die de forma palmariamente contraria a lo preceptuado por los arts. 2 y 8.1 CADH. No cabe duda que se ejerce sobre él una coerción punitiva que debe considerarse cumplimiento de pena. Por lo tanto, el artículo 38 de la ley 24.660 debe interpretarse con la regla de excepción que establece el artículo 49 de la misma ley, es decir que ambas normas deben entenderse aplicables en el sentido que en caso de incumplimiento grave o reiterado de las reglas fijadas para la concesión del instituto de la prisión discontinua y que lleve a su revocatoria, no se computará matemáticamente el tiempo que haya durado la prisión discontinua, lo que resulta lógico por tratarse de un cumplimiento de pena que conlleva una menor restricción a la libertad ambulatoria... (cfr. Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, causa N° 42313, caratulada: "F. M., R. E. s/ Recurso de Casación", rta. 1 de agosto 2011).

III. B. La semidetención: prisión diurna y nocturna

Por otra parte, el régimen de *semidetención* es caracterizado en la legislación en el artículo 39, y consiste en:

- a. la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina
- b. durante la fracción del día no destinada al cumplimiento de sus obligaciones familiares, laborales o educativas.

En cuanto al primer requisito, conviene repasar lo dicho en relación con lo normado en los artículos 184 y 224 de esta misma ley; dado que con relación al segundo, el artículo 40 impone al condenado la *acreditación fehaciente* de las obligaciones antes aludidas, y dispone que el lapso en el que el condenado esté autorizado a salir de la institución se limitará al tiempo que ellas le insuman.

A su vez, se prevén dos modalidades (art. 39, última oración):

1. la prisión diurna (art. 41): que se cumplirá mediante
 - a. la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina,
 - b. todos los días entre las ocho y las diecisiete horas
2. la prisión nocturna (art. 42): que implica:
 - a. la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina
 - b. entre las veintiún horas de un día y las seis horas del día siguiente.

En cuanto al cómputo (art. 43) se establece que cada jornada de permanencia del condenado en la institución conforme lo previsto en los artículos 41 y 42 equivaldrá a *un día de la pena privativa de libertad*.

Finalmente, hay que indicar que igual que en el régimen de prisión discontinua, el juez de ejecución o competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución durante un lapso no mayor de *cuarenta y ocho* horas cada dos meses, es decir, en este caso se prevé un amplitud mayor en el lapso de la salida excepcional (art. 44 en relación al art. 37), y rigen las mismas consideraciones que se hicieran en el apartado precedente en torno a su diferenciación con la salida transitoria excepcional del artículo 16 de la ley 24.660.

IV. Institutos normativos que permiten la sustitución de la pena privativa de libertad por sanciones alternativas: trabajos para la comunidad

Revisando en sus antecedentes históricos, además de referencias premodernas al trabajo forzado (cfr. Blay 2006; Brandariz 2009), el ya afamado Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966 preveía *el trabajo de utilidad común* a pedido del acusado y como reemplazo de la pena de multa, el cual se presta libremente –sin encierro ni vigilancia estatal– y para instituciones públicas como hospitales, hogares de ancianos y de cuidados, clínicas para accidentes, etcétera.

Su filosofía estaba dirigida a estimar que la conducta socialmente reprochable y el hecho socialmente dañoso deban ser indemnizados mediante una conducta socialmente útil (cfr. Bauman 1970, 17).

A su vez, en Inglaterra en el año 1972 mediante la Criminal Justice Act nace la *Community Service Order* como alternativa a la pena privativa de libertad (Huber 1983), que se proyecta ulteriormente a la normativa de la mayor parte de la codificación penal europea ulterior (Blay 2006) como así también en otras latitudes, en especial en los otrora llamados *capitalismos de estado* (Brandariz 2009).

Su fundamento se vincula, como se ha adelantado, con la inconveniencia del cumplimiento efectivo de penas cortas privativas de la libertad²².

22 El Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 de CABA (causa 5864/2013, sentencia del 9 de agosto de 2013) introdujo un argumento centrado en las consideraciones de criminología cautelar sostenidas por Eugenio Raúl Zaffaroni: "Que, como venimos sosteniendo los suscriptos a lo largo de la jurisprudencia de este Tribunal, el fin rehabilitador, resocializador y reeducador que históricamente se atribuye a la prisión se encuentra en crisis, generando el encierro efectos nocivos en la persona de los prisionizados. En ese sentido: 'La prisiónización reproduce criminalidad, genera reincidencia, condiciona patologías psíquicas (neurosis de carácter y reactivas regresivas) y refuerza los roles desviados por efecto de la exigencia de asumirlos en la vida carcelaria para sobrevivir sin provocar disruptiones agresivas' ('La palabra de los muertos', Zaffaroni, Raúl E., Ed. Ediar, Buenos Aires 2011, pág. 529). Asimismo, entendemos que tanto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que hoy integran el llamado bloque constitucional, como de la demás legislación nacional vigente, surge claramente que el fin de la pena debe ser la reinserción del condenado a la sociedad. En ese orden de ideas y con fines preventivos especiales, habremos de acceder a lo solicitado por la defensa del imputado Pérez y sustituir la pena de efectivo cumplimiento impuesta por la modalidad de 'prisión discontinua', la que a su vez, habremos de sustituir por la realización de tareas a favor de la comunidad, en los términos y plazos previstos por la ley 24.660. Las razones que nos llevan a tomar esta decisión encuentran fundamento en el perjuicio que resulta de imponer penas cortas de efectivo encierro, el buen concepto que del imputado nos hemos llevado de la audiencia de conocimiento personal, como así también las constancias obrantes en el legajo para el estudio de su personalidad....".

Así incluso la jurisprudencia local ha relacionado esta orientación con las finalidades de resocialización que debe cumplimentar la ejecución de la penalidad estatal conforme a las exigencias convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, otorgando el instituto con este fundamento²³.

A su vez, como advierte, Morales Deganut (2006, 310) el instituto en cuestión debe ser claramente diferenciado del trabajo obligatorio para los privados de libertad, puesto que a diferencia de aquel, está orientado a evitar la privación de libertad y que, a su vez, la persona condenada por un delito pueda, de algún modo, reparar por esta vía el daño causado.

En este aspecto, como destaca Morales Deganut, cobra relevancia lo estipulado en el orden internacional en la medida en que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8. Inc. 3 c):

No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: 1. Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inc. b, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional...

Y por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 6 inc. 3º) aclara:

No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este

23 Conf. TOC 1 c. 4355 “DIAZ, Daniel Alberto” sentencia del 1/8/2013, y c.4639 “Noguera, Adrián Jorge Alejandro”, sentencia del 13/2/2014 en el que se consideró: “La pena será de cumplimiento efectivo, habida cuenta las condenas de que fue objeto con anterioridad a la comisión del presente hecho (ver certificado de fs. 116 vta.). No obstante ello, y en atención a que la pena que se impondrá no excede del límite máximo de seis meses previsto en el artículo 35, inciso f), de la ley 24.660, y a que media consentimiento de la Fiscalía y la Defensa, el Tribunal dispondrá que aquélla se ejecute mediante la prisión discontinua, la que a su vez será sustituida por la realización de trabajos para la comunidad no remunerados fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada, con arreglo al artículo 50 de la misma ley. Para ello debe tenerse en cuenta que, conforme disposiciones de jerarquía constitucional (artículo 5, número 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ‘las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’, lo cual fue receptado en forma congruente por el artículo 1 de la ley 24.660. En el caso de autos, y conforme a las constancias que surgen de las presentes actuaciones, el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta no cumplirá en modo alguno con el mandato constitucional si se tiene en cuenta que difícilmente podrá obtenerse en tan corto lapso de tiempo de ejecución de una pena, el fin constitucional y legalmente establecido. Inversamente, el encierro en tales casos, generará con seguridad mayores inconvenientes en orden a la obtención del fin de la sanción penal. De esta forma, aparece razonable recurrir a la facultad prevista en los artículos 35, inciso f) y 50 de la ley 24.660....”

artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado...

Desde otra perspectiva, como caracterización de la penalidad de trabajos para la comunidad, con referencia al Código Penal español (Rivera Beiras 1996, 172), se han señalado los siguientes aspectos con clara vinculación a la legislación nacional:

- a. no se pueden imponer sin el consentimiento del penado²⁴,
- b. no son retribuidos,
- c. no pueden atentar contra la dignidad del penado,
- d. no persiguen intereses económicos.

En efecto, en esta dirección y bajo similares parámetros, la normativa vigente en la Argentina²⁵ regula los *trabajos para la comunidad* como sigue:

a) Modalidad:

Se lo prevé como *trabajo no remunerado fuera de los horarios habituales de la actividad laboral comprobada del condenado*.

b) Supuestos de procedencia:

Como *sustituto total o parcial* de la prisión discontinua o la semidetención.

No obstante, circunscribe los supuestos de procedencia a los nombrados en los incisos c y f del artículo 35, sin perjuicio de lo cual y a raíz de la reforma normativa introducida por la ley 26.472 que omitió acoplar a ella el contenido del artículo 50 de la ley 24.660, debe entenderse que alude a los incisos b y e²⁶.

24 Con relación al Código Penal español, indica Rivera Beiras (1996, 173), siguiendo a Muñoz Conde y García Arán (1999) que esta modalidad punitiva no vulnera la prohibición constitucional de trabajos forzados contenida en el artículo 25.2 de la Constitución española, pues el trabajo no se impone coactivamente, sino que ha de contar con el consentimiento del penado.

25 Es conveniente resaltar que en el derecho comparado la introducción de los trabajos a favor de la comunidad ha sido incluida tanto como respuesta sancionatoria principal o bien sustitutiva de la penalidad de multa, o bien incluso como reglas de cumplimiento de penalidades no efectivas o como forma de cumplimiento de un tramo final de la condena (cfr. Brandariz 2009).

26 Una interpretación divergente, que pierde contexto histórico de la norma original –lo que Zaffaroni et ál. (2003) denominan interpretación genealógica–, aboga por una posición

Por lo tanto, se trata de los siguientes supuestos de aquel artículo 35:

1) se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal (actual b)

En este supuesto, mencionan López y Machado (2004, 175) que la opción se presenta como “natural”, puesto que el artículo 21 del Código Penal ya establece el *trabajo libre del condenado* como medio alternativo al cumplimiento de la pena de multa de manera previa a su conversión en prisión. López y Machado (2004, 175-176) agregan:

De ese modo, resulta razonable que, teniendo en cuenta la naturaleza

insostenible: “[...] resulta contrario a lo que entiende bajo el concepto de “principio de legalidad” –arts. 18 y 19 de la C.N.– correspondiendo en su consecuencia su descalificación como acto jurídico válido. [...] [R]esulta inherente a la función jurisdiccional, el control de la legalidad de los actos jurídicos. Que dicho control de legalidad, en lo que respecta al juicio abreviado, no debe entenderse circumscripto únicamente a verificar que se encuentren abastecidos los aspectos extrínsecos y formales del acuerdo [...] sino que se extiende a la revisión del contenido de lo pactado por las partes no sólo sobre la calificación legal, sino también lo relativo a la pena, su modo de ejecución y reglas de conducta, dado que lo que acuerden las partes respecto de tales extremos no puede obligar al juez a dictar una sentencia que resulte contraria a la ley vigente de ejecución de la pena de prisión ni a prescindir de los principios que gobiernan la aplicación de la ley penal [...]” y dado que “[...] las partes pactaron el modo de ejecución de la pena privativa de la libertad bajo el régimen de semidetención en la modalidad nocturna; la que a su vez sea sustituida por ‘trabajo comunitario’, con fundamento en la aplicación del art. 50 y su remisión al art. 35 de la ley 24.660. Y que es respecto a ésta pretendida sustitución, donde encuentra que el acuerdo violenta el principio de legalidad, debiendo en consecuencia nulificarse [...] de la manera en que las partes formularon el acuerdo, de admitirse y dictarse sentencia, la pena que en definitiva se estaría imponiendo al encartado en esta etapa procesal –que es la de juicio y no la de ejecución de una pena impuesta mediante sentencia firme–, es la de ‘trabajo comunitario’; pena no regulada no en el Código Penal, ni en la ley 24660. Que ello es así, toda vez que las únicas penas que son pasibles de ser aplicadas por el órgano jurisdiccional a una persona ante la comisión de un ilícito, son las mencionadas en el art. 5 del Código penal. Y entre ellas, no está previsto el ‘trabajo comunitario’; que solamente está regulado en la ley de fondo como regla de conducta en los arts. 26 inciso 8 y 76 ter del Código penal. Que, de admitirse la propuesta tal como fue formulada por las partes, se estaría vulnerando el principio *nulla poena sine lege scripta et stricta*, que limita o prohíbe la creación judicial de penas o aplicación analógica *in malam parte*, esto es, para castigar y no para absolver [...] la ley vigente al momento de cometerse el hecho que se está juzgando, y que es la que corresponde aplicar, es la ley 24.660 con la modificación introducida por la ley 26.472. Y que en este texto normativo modificado –ley vigente–, el supuesto resulta inaplicable a este caso [...] sólo compete al legislador y no a la jurisdicción resolver el problema, ya que sólo es aquél poder del Estado quien puede decidir cuales son las conductas que deben ser incriminadas y cuál será el castigo. Y que, aún cuando se quisiese salvar la legalidad con remisión a la ley provincial 12.256, se advierte que tampoco ello es posible porque en ella el ‘trabajo comunitario’ no está regulado como instituto que habilite la sustitución de la semidetención con sus modalidades...” (Juzgado de Garantías Nro. 2 de Tandil –Departamento Judicial de Azul - Resolución en la I.P.P. nro. 01-01-854-11, Causa nro. 3612/11).

puramente retributiva de la sanción, se le brinde al condenado una nueva posibilidad de cumplir la misma mediante la prestación de tareas.

2) la pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento (actual e)

Además del debate antes reseñado, se ha dicho de este caso que es una solución *novedosa y progresista* (López y Machado 2004, 176) en la medida en que resulta el único supuesto en que el trabajo para la comunidad puede constituirse en un modo de cumplimiento alternativo al encierro carcelario.

Igualmente, debe atenderse a una práctica tribunalicia, que en principio aparentaría mayoritaria, que sustituye directamente la pena privativa de libertad de hasta seis meses por las tareas comunitarias, sin morigerarla previamente bajo la forma de la prisión discontinua o semidetención.

c) Judicialización:

Exige la decisión del juez de ejecución o competente. Con relación a este tópico conviene remitirse a lo referido precedentemente²⁷.

27 En esta dirección el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 23 de la Capital Federal en la causa 11091/2012, en septiembre de 2013, sugiero una interpretación amplia de su propia competencia, al señalar: "Tal como surge de la lectura contextual de los arts. 35 y 46, de la ley 24.660, este beneficio puede ser acordado en la sentencia condenatoria misma, aunque el imputado esté en libertad al momento de su dictado. Ello es así pues no está reservado sólo al juez de ejecución, sino al juez competente, y porque el art. 46 establece un requisito adicional para el caso de que el condenado se encontrase privado de su libertad. Por otra parte, el artículo 50 de la misma ley de ejecución de la pena privativa de libertad, permite al juez de ejecución, o al juez competente, que en los casos de los incisos c) y f) se sustituya total o parcialmente la prisión discontinua o la semi-detención por la realización de trabajos no remunerados de utilidad común, bajo la condición de que 'se presente ocasión para ello' y que el condenado lo acepte o lo solicite. La alusión a la posibilidad de sustitución total evidencia que, según el nuevo régimen legal, no es imprescindible haber pasado algún tiempo bajo los regímenes de prisión discontinua o semi-detención para poder acceder a ese régimen. Entiendo, sin embargo, que tal posibilidad no es automática por el sólo hecho de que la pena no exceda de las señaladas en el art. 35, inc. f. En ese sentido la ley la condiciona a que 'se presente ocasión para ello', lo que debe ser interpretado con criterios objetivos y subjetivos vinculados a las necesidades de prevención especial. Al respecto, estimo que la pena que se impondrá, después de computar el tiempo de detención sufrido en la causa, de conformidad a la regla del art. 24 del Código Penal, importará para el condenado un tiempo de encierro efectivo muy exiguo para intentar un tratamiento carcelario y suficientemente extenso para interrumpir sus vínculos laborales y familiares, sin que pueda de ello extraerse ningún resultado valorable en términos de prevención especial. Por el contrario, una sustitución como la prevista por la ley 24.660 parece más adecuada para su actual situación conforme se desprende de su informe socio-ambiental en punto a su inserción social y a sus hábitos para el trabajo. En esas condiciones puede accederse a la petición de la fiscalía, y sustituir la pena privativa de la libertad, en la misma sentencia,

Un interrogante relevante es preguntarse sobre la obligatoriedad para el juez de otorgar la sustitución aludida en caso de verificarse los supuestos de procedencia de la norma.

En este sentido, considero que frente a la ausencia de referencia legal, la cuestión debe resolverse con adecuación a las exigencias constitucionales a las atribuciones judiciales, en la medida en que cualquier denegación deberá fundarse suficientemente como acto republicano de gobierno.

No obstante, es preciso consignar que en respeto al principio acusatorio, la conformidad del fiscal a la sustitución de la pena privativa de libertad morigerada por trabajos comunitarios conllevaría una constricción severa al juez, que solo podría fundar una denegatoria en la irrazonabilidad o ilegalidad del dictamen fiscal.

d) Consentimiento:

Requiere solicitud o aceptación del condenado.

Como se ha expresado ya desde el orden internacional se alude a este carácter de voluntariedad que hace también a este instituto renunciable (art. 53). En este caso, la pena se cumplirá bajo las formas de la prisión discontinua o la semidetención sustituidas o bien por el mismo carácter voluntario del instituto, en un establecimiento penitenciario.

Si bien el juez es quien toma la decisión judicial, la elección por el régimen que corresponde debe ser orientada por la voluntad del interesado, lo que se colige del carácter voluntario al que se viene haciendo alusión. Así, lo consideran López y Machado (2004: 180) para quienes:

Si bien la norma establece que el magistrado deberá disponer la continuidad del cumplimiento de la pena mediante alguna de las tres opciones, consideramos que es el condenado quien se encuentra habilitado para ejercer tal decisión. En efecto, no puede dejarse de lado el hecho de que el trabajo para la comunidad constituye una modalidad sustitutiva de la prisión discontinua o de la semidetención, por lo que, tratándose de una renuncia voluntaria al instituto y no de una revocación, es el causante quien, también voluntariamente, deberá escoger el modo en que desea cumplir el resto de la pena impuesta. En tal sentido, podrá hacerlo mediante la prisión discontinua, la se-

midetención o, si lo prefiere, cumpliendo encierro permanente en un establecimiento carcelario semiabierto o cerrado.

e) Cómputo:

Cada seis horas de trabajo para la comunidad se computará un día de prisión.

Cesano (2003, 161) considera inadecuada la expresión *prisión*, pues en tanto se trata del reemplazo de alguna de las modalidades de ejecución atenuada, debería computarse a razón de un día de *semidetención o prisión discontinua*. Sin embargo, conforme a la interpretación que se propicia acorde al criterio del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (ver punto 3 a. de este trabajo), la sugerencia carece de efectos prácticos.

f) Plazo máximo:

El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución de dieciocho meses.

En este sentido, destacan tanto Cesano (2003, 162) como López y Machado (2004, 177) la concordancia de este plazo con el que puede derivarse de la conversión de la multa impaga (CP, 21, párr. 2).

Con relación al segundo supuesto, expresan López y Machado que la aplicación de un plazo imperativo se presenta como lógico, ya que si no existiera aquel y se dejara en cabeza del condenado la posibilidad de extender indefinidamente el tiempo de cumplimiento, se desnaturalizaría la función del instituto como sustituto alternativo a la sanción privativa de libertad.

g) Organización y supervisión:

La ley indica que el juez de ejecución o juez competente confiará la organización y supervisión del trabajo para la comunidad del artículo 50 a un patronato de liberados o a un servicio social calificado, de no existir aquel (cfr. art. 51).

h) Revocación:

La revocación se regula según las siguientes normas (art. 52 de la ley 24.660):

- ▶ podrá disponerse en caso de incumplimiento del plazo o de la obligación fijada en el artículo 50,
- ▶ provocará la práctica de un nuevo cómputo de pena e

- ▶ implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado.

Destaca Cesano (2003, 162) con acierto que la ley no ha querido que esta revocación se produzca como una consecuencia automática derivada de aquel incumplimiento, sino que ha previsto como modalidad previa, aplicable por única vez y en tanto medie causa justificada, una ampliación del período por el que el condenado debe prestar trabajo de hasta seis meses (art. 52).

Según López y Machado (2004, 178) el incumplimiento del condenado:

[...] deberá ser justificado, entendiéndose que no ha podido realizar el trabajo para la comunidad por razones de fuerza mayor y ajenas a su voluntad, siendo que, en todos los casos, el aporte de las probanzas que determinen tal estado excepcional, le corresponderá al causante [...].

No obstante, como destaca Cesano, en caso no existir justa causa o que, habiendo existido originalmente, el penado incurra en nuevas situaciones de incumplimiento (aun cuando se hubiese extendido el plazo) se impone la revocación (2003, 162).

Antes de pronunciarse el juez debería solicitar al servicio social encargado del instituto un informe específico sobre la conveniencia de adoptar una decisión revocatoria (López y Machado 2004, 179).

Estos autores consideran, asimismo, que si se presentara la situación en que, por razón de una enfermedad grave o incapacidad sobrevinientes, el condenado no se encontrara en condiciones de continuar con los trabajos para la comunidad, corresponde la aplicación de la prisión domiciliaria.

La concesión del plazo aludido en la ley y su expiración, podrían provocar –frente a la falta de intervención inmediata– la extinción de la pena impuesta, según una interpretación restrictiva del artículo 65 inc. 3 del Código Penal.

Este problema fue objeto de discusión por parte de la justicia de la provincia de Buenos Aires, en particular la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Bahía Blanca²⁸. Con voto del Dr. Barbieri, se estimó –revocando la resolución del juez Brun– que

28 Resolución de 14 de febrero de 2012, I.P.P. nro. 9766/I del registro de este Cuerpo, caratulada: "L., A. E. s/ Legajo de Ejecución de Pena".

no correspondía decretar la prescripción de la pena, porque teniendo en cuenta la particular modalidad de cumplimiento de la pena (prestar trabajos en sustitución de la pena privativa de libertad) no hay posibilidad que esta penalidad sea quebrantada; por lo que, al vencimiento del plazo otorgado por el juez, corresponde tener por cumplida la pena o revocarla, caso en el cual esta decisión de revocación sería la que una vez notificada al condenado abriría el plazo de prescripción de la pena.

El fundamento del juez Barbieri no está relacionado con una suspensión de la prescripción, sino con la idea de que el plazo de prescripción no corre durante el tiempo de cumplimiento de los trabajos comunitarios porque la pena se cumple durante ese tiempo bajo esta modalidad.

En sentido contrario, el juez de primera instancia había estimado que reactivada de la pena de prisión originalmente impuesta (de veinte días de prisión) y computando el plazo desde el momento del vencimiento del término máximo que se le hubiera otorgado para cumplimentar los trabajos comunitarios, la consideró prescripta.

La cuestión resulta delicada, no obstante, parece que la demora estatal en resolver la situación cuando ha expirado el plazo máximo otorgado por el juez para el cumplimiento de los trabajos comunitarios no puede jugar en contra del condenado aunque fuera un plazo breve, lo cual es claramente ajeno a la incumbencia del imputado que no puede cargar con esa eventual dilación.

En consecuencia, sin perjuicio de la diversidad que presente la casuística, en principio encuentro adecuado el temperamento limitativo a favor de la prescripción de la penalidad impuesta en la medida en que es deber estatal –al tratarse de una pena de corta duración– ejecutarla en los términos de su vigencia legal conforme lo establece el artículo 65 inciso 3 del Código Penal argentino.

Finalmente, conviene concluir que el hecho de haber recibido una condena precedente cumplida bajo esta modalidad sustituta no impide que, frente a una nueva condena de hasta seis meses de prisión, pueda apelarse nuevamente a la norma en cuestión.

En la medida en que el principio rector en materia punitiva resulta el de legalidad de las penas, frente a la ausencia de cualquier referencia normativa explícita en ese sentido no puede generarse una interpretación más gravosa para el encausado sin anclaje normativo alguno.

De hecho, otras instituciones punitivas como la condena de ejecución condicional –o incluso instituciones procesales como la suspensión del proce-

so a prueba- establecen expresamente los supuestos en los que es inviable una segunda utilización (CP, 27 y 76 bis), por lo que cualquier interpretación contraria conllevaría a una valoración indebida en términos de un verdadero derecho penal de autor inadmisible desde un prisma constitucional (CN, 19).

Por idénticas razones de legalidad e imperativo constitucional, tampoco la existencia en general de una condena informable según la ley penal (CP, 51), ni la previa declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal en cabeza del encausado pueden oficiar de obstáculo supralegal para la viabilidad del instituto que, en este sentido, tiene plena autonomía frente a estas circunstancias.

Tampoco está vedada la posibilidad de unificación de condenas en los términos del artículo 58 del Código Penal de modo que, de resultar que ambas queden enmarcadas dentro del monto legalmente establecido para la procedencia de la sustitución, como incluso también en el caso en que la primera sentencia condenatoria a pena privativa de libertad hubiera sido ya objeto de una sustitución, el dictado de una pena única bajo la fórmula sustitutiva aparece como plenamente viable.

V. Reflexiones finales: en busca de una verdadera alternatividad

Sin perjuicio del análisis efectuado, cabe consignar que el escaso tratamiento doctrinario y jurisprudencial en el contexto nacional se compadece con la relativa difusión de las morigeraciones y alternativas aludidas.

Esta afirmación se fortalece si se repasan las estadísticas en materia penitenciaria, en particular con relación a las denominadas morigeraciones de la pena privativa de libertad en la medida en que se advierte su escasísima difusión²⁹.

Por ello, las reflexiones finales de ese análisis se dirigen a abogar por una plena inclusión -de *lege ferenda*- de estos institutos -y de otra pluralidad penas privativas de otros derechos que no son la libertad locomotiva (cfr. Faraldo et ál. 2013)- ya no solo en fase de ejecución de la pena privativa de libertad como formas de morigeración y/o sustitución en ese tramo conclusivo, sino como verdaderas penas alternativas en sede de legislativa o de criminalización primaria.

29 Los datos con relación al uso de la sustitución de las penas privativas de libertad por trabajos comunitarios no se encuentran disponibles, pero intuitivamente parecieran tener una difusión más acabada.

Aconsejan este sendero las bondades de su utilización político-criminal como momento superador de la violencia punitiva derivada de la forma custodial en supuestos de criminalidad leve o media y, en su caso, el favorecimiento de una perspectiva de reintegración social del infractor, la evasión de sus consecuencias negativas como mecanismo disciplinar en una perversa lógica penitenciaria y el respeto a los principios de garantías clásicos de legalidad, igualdad y jurisdiccionalidad, como así también al principio de la proporcionalidad de la reacción estatal.

Este camino ha sido de algún modo encabezado por el *Anteproyecto del Código Penal de la Nación*³⁰, que contiene en su regulación la idea de alternatividad, y que, en este sentido, ha hecho hincapié –para evitar su fracaso– en la exigencia de una regulación consensuada y apropiada y de una implementación acompañada de las medidas necesarias para su adecuada operatividad³¹.

En particular, como claves para su desarrollo, se alude en la exposición de motivos a la necesidad de la provisión de recursos presupuestarios suficientes para la consagración de un cuerpo de personal especializado (cfr, en igual sentido, Cid 1999, Brandariz 2009, Tenreiro 2012), costo en todo caso siempre inferior que el dedicado al uso de la prisión, y a la concientización suficiente a los jueces, ministerios públicos, defensores oficiales, abogados y periodistas en relación con la naturaleza de estas penas, su ejecución y sus objetivos (102) (Brandariz 2009)³².

30 Comisión conformada según Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, presidida por Eu-
genio Raúl Zaffaroni y conformado por María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Laavedra, León Arslanián y Federico Pinado, y el coordinador Roberto Carlés.

31 Exposición de motivos: pág. 101. Allí se indica que: “Lo cierto es que la experiencia internacional enseña que su mera introducción legislativa en ocasiones se tradujo en el mantenimiento del número de presos –e incluso en su aumento– y en la aplicación también de estas penas, o sea que, en lugar de reducir la red punitiva resultó ampliatoria de ésta, en particular en casos de delitos de menor o mínima gravedad. Estos efectos indeseables y contraproducentes deben ser tomados en cuenta y creemos que no son inherentes a la introducción de estas penas, sino a la forma inconsulta y defectuosa de hacerlo, sin el acompañamiento de las medidas necesarias para su adecuada operatividad...”.

32 Indica Brandariz en su obra específica sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad: “La aceptación social de la pena de TBC es uno de los aspectos de su implantación al que hay que continuar prestando especial atención. Y ello porque, en primer lugar, la difusión social de las representaciones del hecho penal propias de lo que puede denominarse el populismo punitivo conforman un ambiente escasamente propicio para el impulso de sanciones alternativas a la prisión, inspiradas en razones emparentadas con el principio de humanidad de las penas, y con la adecuada consideración del postulado de proporcionalidad. En segundo lugar, el cumplimiento de estas consecuencias jurídicas en un medio libre comporta la visualización de la ejecución penal y el inherente riesgo de incremento de la estigmatización que toda consecuencia jurídico-penal lleva aparejado. Si bien estas son circunstancias comunes a todas las sanciones no privativas de libertad, en el caso de la pena de TBC la necesidad de una favorable acogida social se ve reforzada

Y se agrega que su efectividad importa un grado de cambio en la cultura jurídico-penal, habituada a la imposición de penas regidas por el tiempo y desvinculadas de las particularidades del conflicto en cuestión y sus protagonistas (*Anteproyecto*, 102).

En concreto, sobre esa base, la propuesta del *Anteproyecto* trata de un sistema de reemplazo total o parcial –según exigencias temporales acorde con la gravedad de los delitos– de las penas privativas de libertad por un abanico de penas alternativas (arts. 22 y 30 a 32), que van desde la detención domiciliaria (art. 23), la detención de fin de semana (art. 24), la obligación de residencia (art. 24), la prohibición de residencia y tránsito (art. 26), la prestación de trabajos para la comunidad (art. 27), el cumplimiento de instrucciones judiciales hasta la multa reparatoria (art. 29).

Su proyección es altamente promisoria, aunque siempre han sido promovidas como formas de alternativas de reemplazo a la pena de prisión, y no concretamente como penas autónomas en la parte especial del anteproyecto, es decir, en sede propiamente de conminación legal (Pavarini 2006), lo que parecería preferible tanto desde el punto de vista del desarrollo de un verdadero movimiento de penalidades diversificadas, como de su propia racionalidad inspiradora de corte humanista y reductor.

En todo caso, las posiciones más optimistas revelan un despliegue auspicioso de estas penalidades en el derecho comparado³³ (Blay 2006; Bran-

por un tercer motivo. La sanción estudiada se sustenta sobre un esquema resocializador de implicación comunitaria, que requiere de forma necesaria la aceptación del penado por parte de las entidades potencialmente receptoras del mismo y, en cierta medida, de los ciudadanos destinatarios de los servicios de utilidad social. En efecto, el rechazo ciudadano de esta sanción podría manifestarse en la falta de disponibilidad por parte de dichas entidades para ofertar plazas de actividad, con lo que su ejecución podría tornarse inviable. Por otra parte, la oposición de la opinión pública redundaría, más pronto que tarde, en una resistencia de los órganos jurisdiccionales a imponer la nueva sanción, optando por otras consecuencias jurídicas...” (2009, 21).

33 Así, por ejemplo, se alude a su desarrollo en países como Francia, Dinamarca, Inglaterra u Holanda (cfr. Albalate, J. J. 2009) y se puede añadir, según Brandariz, a ese listado las experiencias de Suecia, Suiza, Escocia o Alemania Al respecto, cita Brandariz un informe del Council of Europe del año 2003 (pp. 7 y 12) en que se pone en conocimiento que se destacaron igualmente “[...] por su aplicación de la pena de TBC los siguientes ordenamientos: República checa (8835 sanciones de TBC frente a 12533 condenas a prisión), Dinamarca (4238 sanciones de TBC impuestas, frente a 9489 condenas a prisión), Islandia (142 sanciones de TBC frente a 306 condenas a prisión), Letonia (1014 sanciones de TBC frente a 3272 condenas a prisión), Luxemburgo (116 sanciones de TBC impuestas en ese año, frente a 408 condenas a prisión dictadas), Polonia (25284 sanciones de TBC frente a 30687 condenas a prisión). Con los datos disponibles correspondientes a 1999 (cfr. COUNCIL OF EUROPE, Community...cit., 2002), habría que añadir a esta lista a Irlanda, con 1342 sanciones de TBC impuestas en ese año...” (2009, 45). Una mirada favorable a esas experiencias comparadas en Pares Galles, R. (1998).

dariz 2009), por lo que el camino del anteproyecto de código penal puede ser, si es transitado y siempre que se cumplimenten con las recomendaciones formuladas para evitar su fracaso³⁴, una dirección correcta en ese sendero de reducción de la violencia.

³⁴ En este sentido, concluyendo sobre las ideas precedentes, indica Brandariz (2009): "Por todo ello, es evidente que el éxito de la pena de TBC va a depender en buena medida de su aceptación social. La misma debería de ser incentivada, como enseña la experiencia comparada, por campañas públicas periódicas con dos tipos de mensajes: a) de información sobre el sentido de la pena, haciendo hincapié en sus efectos positivos para la delincuencia de gravedad baja o media, frente a las consecuencias perniciosas de la prisión; b) de información sobre la existencia de las condiciones mínimas para su puesta en práctica, tanto en relación con la disponibilidad de plazas de prestación como de infraestructura para su supervisión y control. Destinatario prioritario de esta promoción deberían ser los sujetos involucrados en la Administración de justicia (jueces, fiscales, abogados), que a la postre son quienes deben solicitar y acordar la imposición de la pena, y quienes en muchos casos se dejan llevar por la inercia, optando por la aplicación de sanciones más clásicas y, por ello, más conocidas. En este caso la promoción ha de huir de cualquier perfil doctrinario, centrándose más bien en seminarios y publicaciones que discutan con estos sujetos las cuestiones relevantes para la aplicación de la sanción. Junto a todo ello, no cabe obviar que la promoción debe dirigirse también al conjunto de la opinión pública, a fin de que perciba el sentido propio de la pena y supere posibles prejuicios sobre su pretendido carácter indulgente. En este sentido, cabría dedicar especial atención a los medios de comunicación, generalmente reproductores y amplificadores de perspectivas sobre el hecho criminal -y punitivo- que impulsan una permanente inflación penal..."

Bibliografía

- Albalate, J. J. 2009. "El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa a la prisión. Entre la aceptación y el rechazo". En: *Revista International de Sociología*, 67 (2): 373-390.
- Alderete Lobo, R. 2007. *La libertad condicional en el Código Penal argentino*. Buenos Aires: Lexis - Nexis.
- Baratta, A. 1991. "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado". En: *Criminología y Derecho Penal*. Trad. de Mauricio Martínez.
- Bauman, J. 1970. "¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses? En: Luis Jimenez de Asúa et. ál. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa*, 1-23. Buenos Aires: Paneville.
- Blay, E. 2006. "La pena de trabajos en beneficio a la comunidad". Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona.
- Branderiz García, J. 2009 *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carlés, R. 2011. "Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal". Conferencia pronunciada en el panel "Penas y sanciones alternativas en el siglo XXI", en el marco del I Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Retos y desafíos del Derecho Penal y la Criminología, en reconocimiento al Dr. E. Raúl Zaffaroni, en la Ciudad de Guatemala, el 13 de abril de 2011.
- Cesano, J.D. 2003. *Estudios de derecho penitenciario*. Buenos Aires: Ediar.
- Cid Moline, J. 1999. "El sistema de penas desde una perspectiva reducionista: alternativas a la pena de prisión". En: *Política Criminal*, volumen (número): 121- 148.
- Cohen, S. 1987. *Visiones del control social*. Barcelona: PPU.
- Faraldo Cabana, P. et ál. 2013. *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. 1995 [1989]. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Editorial Trotta.

Foucault, M. 2000 [1976]. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. México DF: siglo veintiuno editores.

Garland, D. 2005 [2001]. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducido por M. Sozzo. Buenos Aires: Gedisa.

Goffman, I. 1994 [1961]. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Traducido por M. A. Oyuela de Grant. Buenos Aires: Amorrortu editores.

Huber, B. 1983. "El Community Service Order como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36-1: 38-45.

Laje Anaya, J. 1997. *Notas a la ley penitenciaria nacional n° 24660*. CUIDAD: EDITRORIAL.

López, A. y Machado, R. 2004. *Ánalisis del Régimen de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor.

Mapelli Caffarena, B. 1983. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona: Bosch.

Morales Deganut, C. 2006. "Ejecución Penal. Alternativas para situaciones especiales". En: Fellini, Z. dir. *Derecho de Ejecución Penal*. Buenos Aires: Hammurabi: 303-321.

Muñoz Conde. 1979. "La resocialización del delincuente. Análisis de un mito". *Doctrina Penal*, 5 - 8: 627.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. 1999. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pares Galles, R. 1998. "La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad". En: *Cuadernos de política criminal*, 64: 155-166.

Pavarini, M. 2006. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Rafecas, D. (1999) "Una sentencia que evita tener por compurgada la pena de prisión con el tiempo de detención sufrido en prisión preventiva, por una vía novedosa (ley 24.660)". En: *El Derecho*, Suplemento de Derecho Penal y Política Criminal, 31 de octubre de 1999.

Rivera Beiras, I. 1996. *La cuestión carcelaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Salt, M. 1999. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina". En: Rivera Beiras, I. y Salt, M. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España - Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Tenreiro Martinez, J. M. 2012. "La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad". Tesis doctoral. Departamento de Derecho Público. Universidad de La Coruña.

Zaffaroni, E. R. 1988. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E.R., A. Alagia y A. Slokar. 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Los supuestos de penas de prisión efectiva inferiores a seis meses: ¿trabajos comunitarios o libertad asistida?

(Pautas a considerar para la elección de la modalidad más adecuada en los casos concretos)

Rubén A. Alderete Lobo¹

I. Introducción

El propósito de este breve ensayo es plantear algunas de las cuestiones relevantes que deben considerarse cuando nos enfrentamos al dictado de penas de prisión efectivas de baja cuantía, con miras a lograr que el defendido obtenga la libertad. No se trata de un trabajo de análisis dogmático de los institutos involucrados, ni mucho menos. No se abundará aquí en citas ni discusiones teóricas, solo se recurrirá a ello cuando el estudio lo demande como indispensable para la comprensión de la problemática. El objetivo central, y de allí el punto de partida, es aportar herramientas para el ejercicio de la defensa que permitan escoger, en los casos concretos, la estrategia más adecuada.

Es innegable que nuestro sistema de ejecución penal se orienta claramente a evitar que las penas de encierro efectivo de corta duración se cumplan íntegramente en la cárcel. El artículo 35 de la ley 24.660 autoriza, como modalidad de ejecución de las penas de hasta *seis meses de prisión*, la instrumentación de un régimen de semidetención o prisión discontinua.

La prisión discontinua consiste en la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, y se procura que ese período coincida con

¹ Abogado (UBA). Especialista Derecho Penal (UP). Profesor Máster UP. Secretario de la Defensoría General de la Nación a cargo de la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

sus días no laborables. Se computa un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución.

Por su parte, la semidetención consiste en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada a cumplir, en la medida de lo posible, con sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades pueden ser la prisión diurna y la prisión nocturna. La prisión diurna se cumple todos los días entre las ocho y las diecisiete horas. La prisión nocturna se cumple entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente. En ambos regímenes se computa un día de pena privativa de libertad por cada jornada (diurna o nocturna, según el caso) de permanencia del condenado en la institución penitenciaria.

Al mismo tiempo, el artículo 50 prevé la conversión de estas modalidades en trabajos comunitarios, lo que permite a priori, en el caso de penas de corta duración, *directamente evitar la prisión efectiva, incluso también en cualquiera de sus variantes atenuadas*.

Por otro lado, sabemos que el artículo 54 de la ley 24.660 prevé la posibilidad de incorporación al régimen de libertad asistida para quien se encuentre a seis meses o menos del agotamiento de la pena privativa de libertad efectiva. Se advierte con claridad, entonces, que existen varias alternativas para que quien sea condenado a una pena de prisión de corta duración *no la cumpla en privación de libertad*.

Lo que trataremos de dilucidar aquí es cuál de estas alternativas que ofrece la ley puede resultar la más adecuada en los casos concretos. También intentaremos señalar los pros y contras de cada una de las modalidades, tanto desde el punto de vista legal como práctico. Con ello, intentaremos contribuir con elementos que permitan ilustrar las particularidades del cuadro completo al momento de optar por una u otra estrategia de defensa.

II. Trabajos comunitarios

En primer lugar, cabe aclarar que la conversión de la pena de prisión en trabajos comunitarios no opera de manera directa. En efecto, la ley señala que lo que es susceptible de mutar por tareas en favor de la comunidad no es la prisión, sino la *semidetención o la prisión discontinua*. Esto exige, como paso previo, que se deba solicitar la conversión de la pena de prisión en alguna de estas dos modalidades y luego plantear su transformación en trabajos comunitarios. En general, estas dos decisiones se dictan de manera simultánea; pero es un dato a considerar si estamos frente a tribunales cuyo criterio no conocemos, que pueden hacer lugar a la conversión en semide-

tención o prisión discontinua y después rechazar la solicitud de trabajos comunitarios. Esto dejaría a nuestro asistido en cumplimiento de una modalidad de encierro (atenuada, es cierto, pero privativa de la libertad al fin).

Las siguientes cuestiones a tener en cuenta se vinculan, por un lado, con la posibilidad material de que el asistido cumpla con las tareas en virtud de la carga horaria de trabajo comunitario resultante de la conversión. Al mismo tiempo, por otro lado, es importante también considerar la prolongación de la relación del defendido con la causa penal que este tipo de medidas sustitutivas implica.

El artículo 50 de la ley 24.660 señala que el lapso de cumplimiento de las tareas no puede exceder los dieciocho meses. A su vez, la conversión se produce en razón de seis horas de trabajo comunitario por día de prisión.

Tomemos como ejemplo una pena de seis meses de prisión (el máximo posible según la regulación legal). Los seis meses de prisión implican ciento ochenta días de encierro. Para cubrir ese lapso con trabajos comunitarios se necesitan un total de mil ochenta horas de trabajo que, como máximo, pueden realizarse en dieciocho meses. Esto implica un total de sesenta horas mensuales. Si se toman solo los días hábiles del mes, como mínimo, son tres horas diarias durante un año y medio. Una carga importantísima.

Conocemos las dificultades de inserción social que sufren quienes son seleccionados por el sistema penal. Al mismo tiempo, situaciones de penas tan cortas de efectivo cumplimiento nos hablan de delitos leves, en general, contra la propiedad, y de conductas reiteradas con condenas anteriores que impiden el dictado de penas de ejecución condicional. Es decir, la mayoría de las personas que quedan atrapadas en esta situación son de muy bajos recursos, en ocasiones en situación de calle, y con dificultades materiales para asumir un compromiso como el que exige el cumplimiento de trabajos en favor de la comunidad. Es bastante fácil predecir que, frente a una carga horaria semejante en estas situaciones, el defendido tendrá serias dificultades para realizar las tareas en su totalidad o bien, directamente, no podrá cumplirlas.

En estos casos se debe ser muy cuidadoso en la selección de la estrategia. Es cierto que la posibilidad de trabajo comunitario puede generar una inmediata liberación o evitar rápidamente el ingreso a prisión. También es cierto que, en general, los órganos de persecución penal (fiscales y jueces) son más proclives a aceptar estas propuestas porque implican restricciones mayores y dejan al sujeto comprometido con la causa penal. Todo el cuadro evidencia que la opción aparece como tentadora para evitar el encarcelamiento y, a priori, una medida aparentemente eficaz para esos fines.

Sin embargo, en ocasiones se trata de medidas que resultan eficaces solo en forma transitoria. El incumplimiento genera el retorno a prisión con las dificultades propias que acarrea. El uso de estas opciones debería evitar el encarcelamiento de manera eficaz, y no solamente dilatarlo o demorarlo. Por ello, es indispensable conocer y contar con la voluntad del asistido, y además asesorarlo sobre las consecuencias de la alternativa que se le ofrece. Asimismo, evaluar su grado de sujeción a la modalidad y la posibilidad real de cumplir con la pena alternativa, tanto material como subjetivamente. Si el asistido carece de un ingreso que le permita subsistir, posee dificultades habitacionales o carencias con impacto en sus necesidades básicas, es evidente que no podrá priorizar el cumplimiento de sus obligaciones legales y que la alternativa estará destinada al fracaso con el retorno a la solución punitiva extrema que implica la privación de libertad.

Con frecuencia, se han advertido casos en los que los tribunales de juicio disponen la modalidad de cumplimiento de pena por medio de trabajos comunitarios, y delegan su materialización en los juzgados de ejecución penal. No se prevé el lugar de cumplimiento, la institución, la carga horaria; muchas veces el justiciable no tiene domicilio fijo y existen dificultades para ubicarlo. Más allá de si corresponde o no al tribunal de juicio fijar el marco de cumplimiento de la modalidad, lo cierto es que estas situaciones culminan con una orden de captura de los justiciables por parte de los jueces de ejecución. La solución rápida a la privación de libertad que se obtiene en sede de juicio, se desnaturaliza de inmediato en la faz ejecutiva, tornando ineficaz la estrategia.

Es importante tener en cuenta, también, que cumplir con tareas comunitarias tiene un componente punitivo claro. Se trata de una modalidad de la pena privativa de libertad y presenta muy serias restricciones para el condenado. La experiencia indica que la voluntad de cumplir con las obligaciones comienza a menguar con el tiempo, más aún cuando se trata de una carga horaria importante. La colapsada justicia de ejecución penal, en los hechos, presta atención primordial a la situación de los privados de libertad, y presta menos atención a quien se encuentra sujeto a estas medidas. El cumplimiento de la pena no se produce en la fecha de vencimiento original, se prolonga la vinculación del condenado con la causa mucho más allá de lo previsto en la sentencia, y la amenaza de volver a prisión se mantiene latente. Todo esto debe ser suficientemente anoticiado a los asistidos para evitar que las medidas impuestas redunden en una afectación mayor o no prevista por ellos.

Por supuesto que la privación de libertad y cumplir la pena totalmente en encierro es una alternativa más grave que *siempre* se debe evitar. Incluso con todas las dificultades del cumplimiento de la pena mediante trabajos comunitarios que señalamos, creemos con firmeza que la conversión en

trabajos comunitarios *debe ser planteada*. La ley admite esta modalidad y, cuando la proyección del caso permite vislumbrar que si no se la utiliza, el defendido quedará privado de libertad, debemos acudir a la alternativa aun frente a las dificultades marcadas.

III. Libertad asistida

Sin embargo, también es cierto que en estos casos contamos con una solución mucho mejor, que es el instituto de la libertad asistida. Este régimen tiene como principal ventaja el cumplimiento de obligaciones sensiblemente menos pesadas para el condenado. La obligación de comunicar el lugar de residencia y no reincidir en conductas delictivas son las únicas reglas que, en la práctica, el penado debe cumplir para sortear el encierro.

Al mismo tiempo, otra ventaja que posee este instituto es que el tiempo juega en favor del penado. La fecha de vencimiento original se mantiene y, en seis meses, si no fue revocada su liberación, el justiciable se desvincula del cumplimiento de su pena. Además no debe olvidarse que la negativa al acceso a este régimen solo puede proceder, por imperativo legal, *de manera excepcional*. Nos hallamos, entonces, frente a una posibilidad de soltura mucho más favorable que la conversión en tareas comunitarias, al menos en lo que tiene que ver con las consecuencias y obligaciones que implica cada opción.

¿Cuáles son las razones por las que se escogería la primera alternativa frente a la libertad asistida, que resulta claramente más favorable para el penado? En primer lugar, ya señalamos que algunos tribunales de juicio son reacios a hacer lugar a la incorporación de los justiciables al régimen de liberación asistida. Las razones de estas decisiones son incomprensibles desde el punto de vista jurídico, pero, lamentablemente, se trata de una realidad que los defensores debemos afrontar y tener en cuenta al momento de plantear nuestra estrategia.

Se suele argumentar contra las solicitudes excarcelatorias en los términos de libertad asistida que la incorporación de los condenados a estos regímenes “es materia de exclusivo tratamiento en la justicia de ejecución” porque “se trata de un instituto regulado exclusivamente en la ley de ejecución penal”. Varias razones legales echan por tierra este razonamiento. En primer lugar, la ley 24.660 es, según su artículo 229, *complementaria del Código Penal*. No se trata de un “derecho especial” ni de disposiciones de materia ajena a la competencia de un tribunal de juicio. Es, ni más ni menos, derecho penal material, abarcado por todos los principios y garantías que lo rigen.

En segundo lugar, toda la ley 24.660 regula la actividad judicial en la materia refiriéndose al *juez de ejecución o juez competente*. La razón es la

conclusión obvia de que cualquier juez penal (no solo los de ejecución) puede estar frente a un caso en el que las disposiciones de la ley de ejecución deban ser aplicadas. Asimismo, al tratarse de una norma de aplicación nacional, la aclaración permite también despejar el problema en aquellas jurisdicciones que no han creado la figura del juez de ejecución penal.

Finalmente, el artículo 11 de la ley 24.660 es terminante en cuanto a que “esta ley es aplicable a procesados” y que las cuestiones que pudieran suscitarse “serán resueltas por el juez competente”.

Con este cuadro normativo, no cabe duda alguna de que cuando un defendido es condenado a una pena privativa de libertad efectiva inferior a seis meses, se encuentra inmediatamente en condiciones temporales de acceder al régimen de libertad asistida por hallarse “a menos de seis meses del agotamiento de la pena temporal”. En consecuencia, aparece en estos casos como posible, hasta el momento en que el pronunciamiento condenatorio adquiere carácter de cosa juzgada, solicitar su excarcelación en los términos del artículo 54 de la ley 24.660.

El argumento que suele utilizarse en contra de este tipo de solicitudes excarcelatorias es que no se trata de un supuesto previsto expresamente en el artículo 317 del Código Procesal Penal de la Nación. En efecto, esta norma se refiere únicamente, entre otros, al caso del imputado que cumplió en prisión preventiva un lapso que, de haber existido condena, le habría permitido obtener *la libertad condicional* (inc. 5º), pero no se refiere en especial a la libertad asistida.

Sin embargo, esta circunstancia no puede, de ningún modo, obstaculizar la excarcelación del condenado sin sentencia firme. El supuesto excarcelatorio del art. 317 inc. 5º no se trata de un caso de “libertad condicional de procesados” ni tampoco de la extensión de las reglas del artículo 13 a supuestos de prisión preventiva. La disposición solo responde a la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad, en tanto supone admitir que el encarcelamiento preventivo no puede ser más gravoso para el imputado que la propia pena que fije una sentencia eventual de condena (cfr. Maier 2002: 531).

Aunque el Código Procesal nacional admite la liberación como un supuesto de excarcelación, nos parece claro que la situación debe ser tratada como un caso de *cesación de la prisión preventiva* (cfr. Solimine 2003, 264; Caferata Nores 1988, 62-65; D'Albora 2003, 680), pues aquella no se apoya en la desaparición de las causales que motivaran el dictado de la prisión preventiva, sino en lo irracional de mantener el encierro de una persona por sobre el límite de la amenaza penal.

Frente a esto, nos parece evidente que las razones que intentan obstaculizar la excarcelación en términos de libertad asistida, sobre la base de la inexistencia de regulación procesal específica, incurren en un claro supuesto de ilegitimidad constitucional del encierro del penado sin sentencia firme. Las limitaciones al ejercicio de la coerción procesal, que responden a la vigencia del principio de proporcionalidad, en general tienden a evitar que la medida cautelar aplicada al preso preventivo sea *más gravosa* que la condena. Por ello, no está en discusión que se debe liberar al imputado una vez que ha cumplido un lapso igual al de una condena por el delito que se le atribuye; ni tampoco, como en el supuesto que aquí estudiamos, cuando aquél ha cumplido un lapso que, de haber existido condena, le permitiría obtener alguna modalidad de soltura (en este caso, la libertad asistida).

La invocación de la falta de regulación legal específica avasalla la prohibición constitucional de tratar, a quien se encuentra sin sentencia firme, de forma más severa que quien se encuentra condenado. Y lo hace, sobre la base de una aplicación *no pro homine* del principio *nulla coactio sine lege* y de interpretación restrictiva de toda disposición legal que regule la libertad personal del justiciable (art. 2 CPPN).

Por tal motivo, resulta injustificable desde el orden jurídico material, procesal y constitucional no dar tratamiento, en estos casos, a una pretensión excarcelatoria en los términos de libertad asistida.

Sin embargo, sabemos que la realidad práctica no siempre es acorde con la adecuada y justa aplicación del derecho. El principal obstáculo para revertir estos pronunciamientos, ostensiblemente opuestos a principios y garantías básicas, es de orden fáctico. En estos casos, los defensores nos hallamos frente a un dilema complejo. Recurrir estos rechazos, como indicaría su manifiesta ilegitimidad, implica mantener al defendido detenido a la espera del dilatado plazo de resolución en el tribunal de alzada. Por otra parte, el plazo para recurrir la sentencia condenatoria continúa transcurriendo, por lo que en el término de diez días hábiles el supuesto excarcelatorio desaparece por la firmeza de la pena dictada. Este plazo conspira también contra la pretensión liberatoria original.

En consecuencia, para sostener recursivamente este tipo de rechazos se debería: a) Recurrir el rechazo de la excarcelación; b) recurrir la sentencia condenatoria (solo con la intención de que no quede firme y mantener el supuesto de procedencia excarcelatoria); c) con los mismos fines del punto anterior, interponer la queja por recurso denegado contra la sentencia (en caso de que este fuera rechazado por el tribunal). Las tres opciones, con el imputado en detención, con la incertidumbre acerca del éxito del recurso, y con una

pena inferior a seis meses que demanda una respuesta inmediata por parte del tribunal casatorio sin que las normas procesales nos la garanticen.

Es bastante claro que, frente a este panorama, lo que “correspondería hacer” ante un fallo manifiestamente opuesto al derecho vigente, se encuentra lejos de ser una estrategia eficaz para el interés de nuestro defendido. La situación está rodeada de cierto margen de perversidad, dado que la imposibilidad de contar con un recurso eficaz para cuestionar estos rechazos otorgan un marco de arbitrariedad a los tribunales en el que pueden rechazar excarcelaciones sin ninguna apoyatura legal, con el reaseguro de que no recibirán ningún control del tribunal superior.

Debido a ello, el único camino que suelen hallar los defensores es consentir la sentencia condenatoria para que rápidamente sea comunicada al fuero de ejecución penal. La expectativa es que allí se trate la liberación asistida o bien la aplicación de alguno de los sustitutos que prevé la ley 24.660 (semideención, prisión discontinua o su conversión en trabajos comunitarios).

El problema que encierra esta cuestión viene junto con la actitud que normalmente los tribunales de ejecución adoptan frente a estas situaciones. La justicia de ejecución penal acostumbra históricamente a tratar toda incorporación a regímenes de soltura anticipada sobre la base de una evaluación meticulosa de los informes penitenciarios elaborados al respecto. Una vez firme la sentencia condenatoria, ya no se trata de una liberación de personas con estatus jurídico de inocente, junto con todas las derivaciones que esa calidad implica en tanto a las exigencias para disponer el cese del encierro.

Durante la etapa ejecutiva, los jueces pretenden analizar los pedidos de soltura sobre la base del estudio de los llamados “resultados de los programas de tratamiento”. Esto implica la elaboración de informes complejísimos, con exigencias de pronósticos criminológicos, comprobación de la efectiva existencia del domicilio fijado, análisis de las personas que viven allí y su disposición para recibir al penado, así como también su aptitud para ayudar a evitar la reiteración de conductas delictivas.

La producción de estos informes es bastante lenta (alrededor de sesenta días). Es innegable que muchas de las exigencias que deben figurar en el contenido de los informes son absolutamente innecesarias y fuera de todo marco legal. También lo es que la administración penitenciaria no trata de la misma manera una solicitud de informes de un condenado, a los efectos de su posible incorporación al régimen de libertad asistida, que un pedido de informes para una excarcelación. Asimismo, es bastante usual que los pronósticos en estos casos sean negativos o dudosos, ya que la adminis-

tración (no sin cierta razón) alega carecer de elementos para pronunciarse dada la corta estadía en detención del interno.

Todas estas dificultades son tan reales como la falta de predisposición de algunos tribunales de juicio para otorgar excarcelaciones. Es indispensable conocer que cuando se opta por consentir la sentencia con la expectativa de una rápida comunicación para que en ejecución se disponga la libertad asistida, esto no ocurre de inmediato y la resolución puede llegar a dilatarse, en ocasiones, más de dos meses.

Creemos que una posible solución práctica es intentar demostrar ante el juez de ejecución penal que la producción de informes penitenciarios, en estos casos, no debe ser similar a la de un condenado que ha cumplido una larga condena y solicita, seis meses antes de su vencimiento, la libertad asistida. Estos casos, en general, se dan en situaciones de defendidos declarados reincidentes que han permanecido una larga estadía en prisión. Es normal que los jueces sean muy punitivos con la producción de estos informes, pero no existe razón alguna para tener la misma exigencia frente a una pena corta.

La razón principal es que la administración carece de elementos serios para producir información de contenido sustancial. Se trata de personas que, a lo sumo, fueron recientemente incorporadas al régimen de penados. Quizá se llegó a elaborar cierto “programa de tratamiento” con objetivos fijados, pero resulta casi inocuo a los pretendidos fines “resocializadores”. En primer término, por su escasa duración, pero también por la imposibilidad de evaluar resultados. Los informes que pueden exigirse se deberían asemejar más a datos objetivos tendientes a elaborar una base de apreciación que permita resolver la petición.

Debe recordarse que la libertad asistida es un instituto que, por imperio legal, solo puede ser denegado *excepcionalmente*, cuando se considere por resolución *fundada* que el egreso puede constituir un grave “riesgo” para el interesado o la sociedad. Dejando de lado la crítica a la consigna que opera como excepcionalidad negativa, lo cierto es que cualquier riesgo que pueda existir no puede neutralizarse más allá de los seis meses, puesto que estamos frente a penas cortas en las que el vencimiento opera de forma incombustible. Alegar que ese riesgo es tan relevante como para impedir una libertad que, indeclinablemente, se producirá en breve, no parece tener asidero.

Por tal motivo, la pretensión liberatoria debería estar en condiciones de resolverse con un informe penitenciario breve que contenga: a) Información sobre la actividad laboral que el interno puede haber realizado en el establecimiento en el corto lapso de encierro. En su caso, las razones por las que no

se incorporó a alguno de los talleres de la sección; b) información sobre la actividad educativa del solicitante durante su encierro; c) domicilio que fija a los efectos de su libertad; d) existencia de sanciones disciplinarias. Un informe de estas características puede producirse, sin problemas, en 48 horas.

Una opción interesante para reducir la duración del trámite es ofrecer un informe del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales de la Defensoría General de la Nación para sustituir el informe de la División Asistencia Social del Servicio Penitenciario Federal. Es importante destacar que lo que se necesita es una verificación de la existencia real del domicilio fijado y la voluntad de quienes residen allí de recibir al liberado. Toda otra exigencia de evaluación subjetiva de la “aptitud” de los referentes debe ser rechazada. Este ofrecimiento puede contribuir de manera importante a reducir la dilación del trámite.

Finalmente, también se impone una actuación articulada entre la defensa en la etapa de juicio y su continuación durante la ejecución. Es importante señalar que la elección de la estrategia a seguir se escoge inicialmente al momento de la condena. Es allí donde se toma la primera decisión acerca de qué medida se adoptará para evitar el encierro. Si no se vislumbra la posibilidad de que el tribunal de juicio adopte un temperamento que permita evitar el encarcelamiento, será de suma importancia preparar el caso para anticiparse a las demoras que pueden generarse luego, en la instancia de ejecución penal.

La comunicación con el defensor de ejecución que seguirá el caso resulta indispensable. Asimismo, cuando se trata de la posible inclusión en el régimen de libertad asistida, resulta muy importante que el trámite se inicie en la etapa de juicio. Si el tribunal sostiene un criterio según el cual no es de su competencia resolver una solicitud de libertad asistida, es muy provechoso intentar que realice toda la producción de informes (a la manera de informes para una excarcelación) y que, una vez culminado el trámite, lo remita al fuero de ejecución para su resolución. De esta forma, puede intentarse que los jueces de ejecución resuelvan con la información ya producida y argumentar que los elementos de prueba para resolver la incidencia ya fueron colectados. Se evitaría, así, la demora que se traba en ejecución con la producción de informes y, al mismo tiempo, se lograría que la justicia de ejecución deje de ser ingreso prioritario a las actuaciones, dado que se encuentra en pleno trámite de libertad asistida.

IV. Conclusión

El análisis efectuado nos permite resumir, a modo de conclusión, un posible orden de prelación en cuanto a las estrategias a seguir cuando nos hallamos ante la imposición de una pena de efectivo cumplimiento inferior a los seis meses.

La naturaleza y características de los institutos en estudio nos permite afirmar que la inclusión del defendido en el régimen de libertad asistida debería ser la primera opción a considerar. En este sentido, intentar el logro de la excarcelación en los términos del artículo 54 de la ley 24.660 antes de que el pronunciamiento condenatorio adquiera firmeza es, sin dudas, la solución más favorable a los intereses del justiciable. Esto permite una liberación inmediata, con un trámite con plazos breves y expeditivos y sin obligaciones o cargas pesadas durante su cumplimiento. Además, ubica al transcurso del tiempo y a la pasividad bajo el control del cumplimiento de las reglas, en favor del penado, quien tiene una fecha fija de vencimiento de pena que se produce de manera inmediata si no media revocatoria tempestiva. Luego, mediante un procedimiento muy sencillo, esa excarcelación se convierte en libertad asistida, lo que deja al liberado con una medida suspensiva de la ejecución de la pena de encierro, que la da por cumplida con el plazo originalmente fijado en el cómputo de pena.

La siguiente opción, frente al fracaso o la certeza del criterio negativo del tribunal sobre la posibilidad excarcelatoria, es solicitar se autorice el cumplimiento de la pena en semidetención o prisión discontinua, y luego su conversión en trabajos comunitarios. Para ello, se impone tener en cuenta todo lo señalado en cuanto a la voluntad del asistido y el conocimiento acabado de las consecuencias de tal régimen. Es aconsejable que la elección del lugar de cumplimiento de las tareas se defina en el momento mismo de la resolución, así como también la cantidad de horas y demás detalles. También que los oficios para el comienzo del cumplimiento y las comunicaciones al organismo de supervisión se efectúen en este momento. Esto contribuye a facilitar el comienzo de las tareas y evita que el defendido tenga que gestionar por sí mismo todas las comunicaciones. Durante la instancia de ejecución, esta tramitación resulta excesivamente burocrática y suele generar que se pretenda que caigan sobre el justiciable las consecuencias de la falta de inicio en el cumplimiento de las tareas.

Finalmente, en caso de que el tribunal de juicio rechace la excarcelación en términos de libertad asistida y también niegue la conversión en tareas comunitarias, deberemos afrontar la lamentable situación de que el defendido permanezca en detención con una pena tan exigua. Es realmente preocupante la cantidad de personas que arriban al fuero de ejecución en privación de libertad con sentencias efectivas cortas. Se trata de un fenómeno que merece un análisis que, por supuesto, excede este trabajo; pero vale la pena plantearse el modo en que los órganos de persecución se comportan frente al tratamiento de los delitos más leves.

En estos supuestos, la medida más beneficiosa consiste en solicitar, ni bien adquiere firmeza la sentencia condenatoria, el inicio del trámite de

libertad asistida al mismo tribunal que dictó la condena. Lo ideal sería que el tribunal requiera todos los informes en un plazo breve y delegue en el juez de ejecución la resolución del incidente. Así, la comunicación de la sentencia, junto con el trámite incidental de libertad asistida ya finalizado y en condiciones de ser resuelto, genera el escenario más propicio para que se pueda reclamar por parte del juez de ejecución una resolución rápida y evitar los dilatados trámites que usualmente se le da a las peticiones de libertad asistida ordinarias.

Como puede apreciarse, situaciones que no deberían, desde el inicio, generar una solución privativa de libertad, están rodeadas de obstáculos que condicionan dar a estos casos una respuesta penal menos gravosa y adecuada. La tarea de la defensa consiste en intentar superar esas vallas. Esperamos que el planteamiento de ellas en este trabajo y el señalamiento de algunas de las estrategias posibles sirvan de ayuda para ese cometido.

Bibliografía

- Cafferata Nores, José. 1988. *La excarcelación*. Buenos Aires: Depalma.
- D'Albora, Francisco J. 2003. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 2. 6ta edición. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Maier, Julio B. J. 2002. *Derecho procesal penal*, 1. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Solimine, Marcelo A. 2003. *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

V

ARRESTO DOMICILIARIO

Arresto domiciliario

Casos no comprendidos en la ley

Virginia Sansone¹

En el presente trabajo analizamos la evolución en el reconocimiento de derechos fundamentales en la legislación argentina, específicamente en la modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad aplicada a una persona adulta con hijos menores de edad, y su relación directa con el interés superior de estos.

Partimos de la legislación actual sobre arresto domiciliario, cuya última modificación mediante la ley 26.472² amplió los supuestos para la concepción del arresto domiciliario de acuerdo con las circunstancias de vida por las que transitan las personas privadas de libertad.

Esta reforma significó un avance en el reconocimiento de los derechos humanos y respondió a las consideraciones humanitarias consagradas en nuestro ordenamiento legal en función de la inadmisibilidad de las penas y tratos crueles e inhumanos. Sin embargo, aún queda un largo camino para el reconocimiento de derechos y, en especial, el referido a los niños, niñas y adolescentes cuando indirectamente la pena impuesta a los adultos los afecta.

El 17 de diciembre de 2008, el Poder Legislativo aprobó la ley 26.472³

1 Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal.

2 LEY 26472 Ejecución de la pena privativa de la libertad -- Prisión domiciliaria -- Prisión discontinua y semi detención -- Detención domiciliaria -- Sustitución del art. 502 del Código Procesal Penal -- Sustitución del art. 10 del Código Penal -- Modificación de la ley 24.660. Sanación: 17/12/2008 Promulgación: 12/01/2009 BOLETIN OFICIAL 20/01/2009

3 La nueva redacción del art. 32 de la Ley 24.660 establece lo siguiente: "El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o

modificó tanto la Ley de Ejecución 24.660 como el Código Penal, ampliando los supuestos en los que se podrá sustituir el encierro en prisión por arresto domiciliario, con el objeto de evitar la prisión de los colectivos más vulnerables y de aquellos grupos que merecen una especial protección, como las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad a cargo y las personas mayores, enfermas o con alguna discapacidad.

La nueva regulación agrega cuatro supuestos a los existentes, que se limitaban a internos mayores de 70 años y a los que padecieran una enfermedad incurable en período terminal.

Nos avocaremos a los supuestos relacionados con padres condenados con hijos menores de edad sin importar su edad, para sostener que la limitación del género y la edad que establece la ley implica una visión restringida sobre la valoración del interés superior del niño.

Se parte de la interpretación de que cuando se condena a algún parente –mamá o papá-, tutor, guardador o curador de un niño o varios niños, no se está condenando solo a los adultos, sino a todo el grupo familiar que debe considerarse en su conjunto. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU remarcó que en muchos casos no se tiene en cuenta el interés superior del niño y la función de la mujer como madre con responsabilidad para atender a sus hijos⁴. De aquí se desprende que esta modalidad morigerada de cumplir la pena, entonces, no se circumscribe a un derecho solamente del condenado, sino que se extiende a los niños. El impacto de la separación que experimentan los niños al ser encarcelado alguno de sus padres implica una gran cantidad de problemas psicosociales, tales como depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros⁵. Generalmente, además los niños deben mudarse de forma disgregada con parientes, amistades, vecinos, sin contar con el elevado número de niños que son institucionalizados ante la falta de contención familiar.

Es necesario considerar otras situaciones no comprendidas en la ley, teniendo en cuenta que no solo las madres de niños menores de cinco años resultan afectadas en todos los casos; y deberían incluirse aquellos

cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

4 Comité de los Derechos del Niño ONU, Examen de los Informes enviados por los Estados Partes en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales, Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, 17/03/2006, parrs. 47 y 48.

5 Cfr. Grupo del Proyecto de Mujeres en la Cárcel, Mujeres en la Cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los Amigos, Quaker United Nations Office, 2007, pag. 13.

supuestos en los que son los padres quienes tienen la responsabilidad de cuidar a sus hijos menores.

Precisamente, debe ponderarse, en el análisis de esta cuestión, la coordinación de derechos en juego, en donde el interés superior del niño no es un concepto que pueda ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso y de acuerdo a sus características particulares. Por ello, el precepto legal que limita la concesión del beneficio tiene que interpretarse en forma amplia, postura avalada por cierta jurisprudencia⁶.

A su vez, el arresto domiciliario no debe ser concebido como un privilegio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que los magistrados están obligados a otorgarlo cuando se verifiquen los requisitos para su procedencia, o se acrediten los extremos que hacen inviable el cumplimiento de la pena en un establecimiento carcelario⁷. Su concesión no sacrifica el interés público estatal de coerción personal, solo se modifica la modalidad para poder conjugarlo con los derechos de protección especial a colectivos vulnerables, en este caso, la niñez. Debe advertirse que solo se modifica la forma de detención, y que ello no debe confundirse con el otorgamiento de la libertad.

Se señalan excepciones a la concesión de arresto domiciliario en los casos en los que la vinculación familiar podría afectar el interés superior del niño, por ejemplo, cuando los propios padres son los autores de delitos cometidos en perjuicio de sus hijos.

Desde las ópticas apuntadas proponemos pensar el tema a partir del contenido del reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”⁸.

Después de haberse cumplido más de dos décadas de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ninguna duda cabe que este instrumento internacional de derechos humanos supuso una de las mayores transformaciones en la concepción de la niñez desde el punto de vista del derecho, a la vez que también trajo consigo profundas consecuencias en las actitudes sociales y culturales hacia los niños y las niñas.

6 CFCP, SALA II, causa n° 16452, registro n°1321.13.2, “Marasco, Clarisas/rec de casación” rta. 17/09/13; CFCP, SALA II, causa n° 16346, registro n°468.13.2, “Castillo, María Victoria s/rec de casación”, rta. 03/05/13;

7 Cfr. Mujeres Presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Limitaciones al encarcelamiento. Ministerio Público de la Defensa. UNICEF. Buenos Aires, 2008, pag. 6.

8 OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 17 octubre 2013 Original: Español

La transformación más profunda operada por la CDN fue el reconocimiento del niño, la niña y los adolescentes como sujetos titulares de derechos, además de reconocerles el derecho a una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

El Informe establece los estándares aplicables a la materia y formula una serie de recomendaciones concretas a los Estados para revertir la situación actual de vulnerabilidad de los niños y prevenir que no se vean privados de su derecho a vivir y crecer en su familia, a ser cuidados y criados en un entorno familiar y, a la vez, garantizar su derecho a una vida digna y libre de toda forma de violencia.

Desde este punto parte el análisis sobre la actual legislación del arresto domiciliario, considerado como una modalidad de ejecución del encierro –pues es detención– que se cumple en el domicilio o centro especializado fuera del ámbito carcelario⁹, y que posibilita que el conjunto de niños que están en riesgo de perder sus cuidados y vínculos parentales los puedan conservar, pues la realidad es que la cárcel y el encierro en general implica dejar sin contención a un sinfín de niños vulnerables.

El Informe pone especial atención en fortalecer las capacidades de las familias para cuidar y criar a sus hijos por medio de la elaboración de programas y de la prestación de servicios adecuados, con particular énfasis en aquellas familias que se encuentren en condición de vulnerabilidad en el goce de sus derechos, que generalmente suelen ser las familias criminalizadas e institucionalizadas.

Como se dijo, el encierro de los adultos en muchas situaciones ocasiona la pérdida de los cuidados parentales, lo que produce que los niños sean internados en instituciones residenciales colapsadas, sin muchas posibilidades de prestarles una atención personalizada y que generalmente operan bajo regímenes de funcionamiento cerrados o que restringen de modo innecesario el contacto con el exterior. En otras oportunidades, estos niños quedan al cuidado de vecinos o parientes a quienes se les otorgan guardias provisionarias.

La Comisión destaca que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados están obligados a favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza de la familia como medida de protección del niño. Esto implica que el legislador nacional debería adecuar

9 De la Rúa, Jorge, “Código Penal Argentino”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 143.

las prescripciones sobre arresto domiciliario de forma exhaustiva, sin restricciones de edad, ni de género.

Las causas principales que dan lugar a la separación de los niños de sus familias son la pobreza o las limitaciones materiales de los sectores sociales excluidos, la violencia en el hogar, la renuncia a la guarda y el abandono; si bien el encierro de los adultos no está expresamente indicado, en todas ellas suele estar presente.

Se ha comprobado que la institucionalización expone a los niños a mayores riesgos de sufrir diversas formas de violencia, abuso, negligencia e incluso explotación, en comparación con aquellos que se encuentran en otras modalidades de cuidado. La violencia en las instituciones es, en general, el resultado de un conjunto de factores asociados con el funcionamiento mismo de estos establecimientos, como la precariedad de sus instalaciones en términos de salubridad y seguridad, el hacinamiento, la falta de personal capacitado para trabajar con niños, el aislamiento social, la aplicación de medidas disciplinarias o de formas de control que incluyan el uso de la violencia o la medicación psiquiátrica innecesaria.

Esto obliga a que en aquellos casos en los que se encierre a los progenitores, los niños sean considerados los beneficiarios del arresto domiciliario de esos padres, pues es el Estado el que debe asumir la protección de los derechos y habilitar la modalidad del arresto domiciliario. Insistimos, en los casos en los que la prisión de los padres implique la institucionalización de los niños no puede haber tope de edad ni distinción de género en la ley.

La existencia de las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH¹⁰, en relación con los procesos judiciales penales, y las de los arts.

10 Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defendérse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

11.2 de la CADH¹¹ y 9 de la CDN¹², específicas de los niños, implican que en el momento de condenar a un adulto deben aplicarse todas ellas, y cuando se pongan en riesgo los intereses de los niños frente a posibles condenas de sus padres, el Estado debe flexibilizar la modalidad de cumplimiento de la pena con el arresto domiciliario.

Si se arriba a la conclusión de que las medidas que implican la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional y de modo

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

11 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

12 Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

temporal, idéntico razonamiento debe operar cuando la separación se origina en la detención de uno de los padres, y por ello deben aplicarse las opciones alternativas a la prisión de los adultos para así velar por los derechos del niño. Debe advertirse y aceptarse que la prisión de alguno de los progenitores o de ambos, al producir la separación de ellos de sus hijos menores de edad, constituye una de las causas principales de estigmatización social.

A lo dicho se suma que los niños, además de poseer los derechos que le corresponden a todos los seres humanos, tienen derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado¹³. Esta protección especial que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en formación y desarrollo y, por ello, debe ser aplicada de forma igualitaria, de lo que se deduce que la actual legislación sobre el tema, en su visión restringida está generando una desigualdad tabulada por la edad del niño y por el género del progenitor. Se es tan niño a los cinco años como hasta los trece cuando comienza la adolescencia, ya que se es menor de edad hasta los dieciocho; y se cumple la función de parental tanto si se es mamá o papá.

El deber de protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas –a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social–, depende de los adultos. Esta dependencia y su intensidad se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades y el grado de madurez, pero nunca se puede concluir que un niño mayor de cinco años haya logrado la madurez necesaria para adquirir la independencia necesaria para desapegarlo de sus padres. Por ello, es el Estado el que –desde su posición de garante¹⁴ frente a la posible vulneración de los derechos del niño– debe adoptar las medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez, traducida en el marco del presente trabajo en la concesión amplia del arresto domiciliario.

La condición de dependencia de los niños va evolucionando en el tiempo de acuerdo al desarrollo, estadios de madurez alcanzados y la progresiva autonomía personal. Por eso, al tratarse de un estadio dinámico, el legislador no puede señalar un límite etario estricto, pues ello implica considerar esta evolución dinámica como estática. Así, lo adecuado sería prever un margen de posibilidad de concesión del arresto a aquellos padres con niños hasta los dieciocho años, evaluando en cada caso concreto el grado de su

13 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

14 Sistema Interamericano de Derechos Humanos de los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH.

desarrollo y su autonomía. Esta lógica es consecuente con la visión del niño como sujeto titular de derechos, que deben ser respetados y promovidos en su integralidad, lo que deja atrás la concepción del niño entendido como simple objeto de asistencia y atención.

Un punto esencial en el tema que venimos tratando es el desarrollo del derecho del niño a la familia¹⁵ y, como lo señaláramos, su existencia y vigencia fundamenta la necesidad de ampliar legislativamente la concesión del beneficio a los supuestos de padres con hijos, en las condiciones indicadas en este trabajo.

El derecho a la familia¹⁶ es considerado como núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, en él se reconoce el pleno derecho de los niños de vivir con su familia. Ubica a esta como medio natural para el desarrollo personal integral de todos sus miembros y, en particular, de los niños, por su propia condición. Por ello, toda intervención en el ámbito de la vida familiar debe llevarse a cabo bajo el estricto cumplimiento de los principios y garantías que han de regir en las intervenciones que limiten el contenido del derecho a la familia y la vida familiar. El encierro de alguno de los padres es una injerencia que modifica el sistema familiar y es por eso que en estas situaciones hay que reforzar los principios y las garantías mencionadas.

El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ella ocupa y a su rol de protección, cuidado y crianza. En sus primeros años de vida, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal es particularmente importante. En este contexto, el interés superior del niño se materializa con la vigencia del derecho a la familia¹⁷.

Cuando se habla de interés superior del niño se hace referencia al cumplimiento de los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables y a la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Básicamente se establece la obligación del Estado de velar para que existan las condiciones a fin de que esta protección efectiva pueda darse por parte de los padres y la familia.

15 Convención Americana en el artículo 17.1 reconoce el derecho a la protección a la familia y el artículo 11.2 reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas

16 Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo reconoce a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.

17 Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 3 reconoce el interés superior del niño.

El informe mencionado dedica un acápite a las medidas que impliquen la separación de la familia y establece que cuando se adopta alguna de estas formas deben respetarse los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad –transitoriedad-. Por ello, si se analizan estos principios cuando en el contexto familiar la separación se deba al encierro de uno de los padres o ambos, y no existan impedimentos de vinculación, la concesión del arresto domiciliario debe ser siempre la primera opción. Es nuevamente aquí donde el Estado debe ponderar intereses y priorizar el interés superior del niño frente a la modalidad más gravosa de cumplir pena, que es la de prisión en un centro penitenciario.

La regulación amplia del arresto domiciliario posibilitará que, como política pública, se encomiende al Estado que refuerce la protección social de ese hogar, que generalmente son hogares marginales y criminalizados. Por otra parte, posibilitar los vínculos parentales fuera del ámbito carcelario también debe ser entendido como una medida de prevención frente a esos niños y jóvenes que desde temprana edad se conectan con la cárcel.

La separación del niño de su familia es considerada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Es cierto que estas premisas fueron pensadas para las situaciones en las cuales la convivencia familiar vulneraba derechos de los niños, pero no existe impedimento alguno para equiparar lo nocivo de la separación cuando esta es generada por el propio Estado al condenar a uno o ambos padres y más aún cuando existe la posibilidad de que el Estado materialice su poder punitivo fuera del ámbito carcelario.

Se estableció de modo convencional la obligación del Estado de hacer todo lo posible por preservar los vínculos familiares. En los casos de separación, debe intervenir temporalmente y orientar su accionar a la reincorporación del niño a su familia siempre que eso no sea contrario a su interés superior; claramente una de las formas de reincorporación puede ser el arresto domiciliario.

La legislación y las políticas públicas de apoyo y protección a la familia¹⁸ facilitan el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores e intentan evitar que las familias puedan verse inmersas en situaciones que limiten sus posibilidades de ofrecer el cuidado y bienestar adecuados a sus hijos. La reformulación y ampliación de las previsiones del arresto domiciliario encuadran en estos casos, pues tienen como fin preservar el interés superior del niño mediante la vigencia de su derecho a la familia. Entende-

18 arts 17.1 de la CADH y V de la DADH

mos que una regulación que posibilite que los padres puedan cumplir su condena en el domicilio, y así ejercer su rol paterno-materno hasta que los niños alcancen la mayoría de edad, puede ser considerada también como una medida preventiva a futuro, pues evitaría generar situaciones de desprotección y abandono, desde ya, acompañada de la existencia de una política pública adecuada que asista a todo el entorno familiar¹⁹.

Estas políticas públicas deben estar destinadas a crear servicios y programas que asistan a las familias, a su vez deben garantizar su accesibilidad, disponibilidad y adaptabilidad. Hoy en día en el ámbito del monitoreo del cumplimiento del arresto domiciliario y la niñez, no existen y solo se cuenta con el deficiente servicio del Patronato de Liberados²⁰. El Estado tiene la obligación de activar los programas existentes y crear los nuevos a la vez de suministrar al público la máxima cantidad de información respecto del acceso a dichas prestaciones.

Otro punto esencial es el análisis de la discriminación que surge a partir del tope de edad para la concesión del beneficio. El Estado es el garante de velar, especialmente, por los grupos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad de sus derechos, dentro de ellos están los niños marginados y desfavorecidos que, como ya lo dijéramos, en general, son los pertenecientes a las familias encarceladas. El principio de no discriminación enunciado en la CDN²¹ exige que todos los derechos garantizados sean reconocidos a

19 Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño sobre la temática de los Niños sin cuidados parentales, 2005, Reporte de la 40 Sesión del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/153, párr. 645."Tomando como base las premisas básicas que los niños no se desarrollan correctamente fuera de una crianza en un ambiente familiar y que los padres necesitan una oportunidad decente para criar a sus niños, el Comité recomienda que los Estados Partes elaboraren, adopten y ejecuten, en colaboración con la sociedad civil, es decir, con las organizaciones no gubernamentales, las comunidades, las familias y los niños, una política nacional integral sobre las familias y los niños que apoye y fortaleza a las familias. La política nacional no sólo debe centrarse en las subvenciones del Estado y la asistencia material a las familias que lo necesitan, sino a ofrecer a las familias apoyo en forma de los denominados planes de servicio, como el acceso a los servicios sociales y sanitarios, servicios de orientación familiar que sean adaptados a los niños, educación y vivienda adecuada. El Comité recomienda que las familias y las asociaciones familiares se integren en el desarrollo de las políticas familiares nacionales y los planes de servicio".

20 En la ciudad de Buenos Aires, a modo de ejemplo funciona el Patronato de Liberados, creado en el año 1918, su función consiste en la supervisión de los liberados condicionales. Actualmente se encuentran colapsados pues se encargan de la realización de los estudios socio-ambientales para mejor información de los jueces encargados de aplicar la ley penal y luego del año 1992 la participación institucional en la supervisión del cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el artículo 27 bis del Código Penal conforme el texto de la Ley N° 24.316. También en la elaboración de los estudios sociales de los imputados por infracción a la Ley N° 23.737.

21 Art. 2 CDN.

todos los niños, de aquí se deduce que todos los niños sin distinción de edad tienen el derecho de poder convivir con sus padres, y no solo los menores de cinco años, cuando alguno de los adultos este encarcelado. También la limitación a la concesión de la madre implica una doble discriminación tanto para los niños como para los adultos.

En relación directa con ello, el informe de la Comisión estableció que la lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas, entre otros cambios.

El encierro de uno de los padres o de ambos implica la renuncia forzada temporal o permanentemente a la guarda y cuidado del niño, que da lugar al abandono, lo que conlleva a limitar las capacidades de las familias para cumplir con sus funciones parentales. Desde este punto se parte para reflexionar sobre cómo se aplican las penas cuando hay niños de por medio, y por ello es que sostuvimos que es obligatorio pensar y evaluar la situación familiar del adulto para así garantizar los derechos de los niños. También debe contemplarse la posibilidad de tomar medidas idóneas y necesarias para velar por los progenitores, especialmente en aquellas familias monoparentales.

Una de las características del encierro es la pérdida del mundo afectivo, por ello entendemos que es aquí en donde deben redoblarse los esfuerzos y el desafío de garantizar y materializar el vínculo filial, es decir, el derecho a la familia, con el convencimiento de que este aporte fortalecerá a los niños en la conformación de una identidad afectivo /social para el futuro no tan prometedor de dicho grupo de la infancia. Desde esta realidad, es el Estado el que debe velar para que la familia pueda preservar sus vínculos, a la vez de ser un valor esencial para la resocialización del adulto. El poder preservar el valor del vínculo filial puede ser no solo contenedor para el niño, sino también una forma de reforzar la responsabilidad del adulto en su rol de protector y preservador de su núcleo familiar.

Hasta aquí, lo desarrollado fundamenta la necesidad de una reforma legislativa que amplíe la posibilidad de la concesión del arresto. Lo ideal sería que la letra de la ley no establezca edad y que se refiera a niños, niñas y adolescentes, tal como los define la CDN y la legislación nacional –ley 26.061-, y que mencione a los progenitores o personas encargadas de la guarda del niño.

La regla para la concesión del beneficio debería ser siempre la generalidad y la excepción solo debe quedar reservada para los casos graves y gravísimos, en los cuales los niños sean víctimas directas o indirectas de las conductas por las que los adultos fueron condenados, en especial, en los casos de abuso sexual infantil.

No cabe duda que la regla es la preservación del derecho a la familia y el derecho del niño a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de sus padres. El conflicto se presenta cuando esos padres han sido encarcelados por haber cometido algún delito en contra de sus propios hijos o, sin ser ellos víctimas directas, la revinculación con el adulto condenado pueda llegar a afectar su interés superior.

En el marco del informe de la CIDH se observa que existen situaciones y circunstancias diversas que limitan las posibilidades y capacidades de algunos padres para cumplir sus funciones parentales y proveer el cuidado y la protección necesarios para sus hijos. Entre estas situaciones se encuentran los contextos de dificultad o penuria económica, que imposibilitan afrontar las condiciones básicas de vida; las condiciones personales especiales de uno o ambos progenitores, ya sean de carácter médico o de otra índole; o bien los requerimientos o necesidades especiales de atención y cuidado que requiera el propio niño por alguna condición o situación personal suya particular, de carácter médico u otro.

En otros casos, la necesidad de una intervención de protección especial para el niño surge como consecuencia de situaciones en las que el niño es víctima de abuso, malos tratos, negligencia, abandono, explotación u otra forma de violencia en el seno de su propio hogar.

Estos casos son los que están relacionados con la denegación de la concesión del arresto domiciliario, ya que se considera a dicha negativa como una medida acorde a la preservación del interés superior del niño.

Cada caso en particular deberá someterse a un análisis riguroso, pero se considera esencial establecer ciertos parámetros en pos de la protección de los derechos de los niños. La negativa a la convivencia por medio de la no concesión del arresto domiciliario se fundamenta en evitar poner al niño en situaciones de riesgo, y así protegerlo y garantizarle su bienestar cuando esto no es posible dentro de su ámbito familiar.

Frente a estas situaciones de excepción, lo adecuado es priorizar al niño y evaluar alguna forma alternativa de revinculación que no necesariamente implique la convivencia, debido a que la presencia del adulto condenado –delito sexual– puede alterar el medio en el que se desarrolla el niño, por los propios trastornos que el mismo adulto padece. En general los abusos se comenten en el seno familiar, ya sea por sus propios miembros –padres biológicos, padrastros, abuelos, hermanos– o allegados, o en los lugares donde el niño concurre asiduamente a desempeñar sus actividades habituales (escuelas, clubes), cualquiera sea el medio social en el que se desenvuelva.

Las situaciones familiares conflictivas o patológicas en el marco de los abusos sexuales hacia niños son de muy difícil resolución y abordaje, y en la generalidad de los casos estas situaciones son detectadas por agentes externos al ámbito familiar, a quienes las propias familias les limitan al extremo la injerencia.

Encontramos familias de bajo riesgo y buen pronóstico: son las que se sienten afectadas y movilizadas por la situación, y buscan reparación. Tiene una actitud contenedora frente al niño y generalmente el abusador es ajeno a la familia.

Familias de pronóstico reservado porque no hay preservación de los mínimos parámetros de salud psicológica en los padres y hay un alto riesgo de perdurar con los mismos patrones de conducta de los progenitores, por lo que aumenta el riesgo de desmembramiento o abuso hacia otros niños: son aquellas en las que el abusador pertenece a la familia y es avalado o hay participación pasiva de la madre o del núcleo familiar primario.

Familias con elevado riesgo que tienen un alto grado de indiscriminación, lo que favorece el abuso por desconocer al niño como sujeto, lo cual genera una devastación del ordenamiento familiar en las que el abusador carece de mínimas pautas éticas y es indiferente ante cualquier limitación que se le presente. Estos casos patológicos son los que pueden constituir, luego de un exhaustivo análisis, las excepciones a las concesiones de los arrestos domiciliarios, traducidos en la limitación o cercenamiento a la vigencia del derecho a la familia en pos del resguardo del interés superior de los niños. Estas familias pueden constituirse o ya estar constituidas en un lugar de ejercicio abusivo de poder, en el que los derechos de los más débiles pueden ser vulnerados sistemáticamente y en el que, por lo tanto, los vínculos de amor y cuidado pueden ser reemplazados por vínculos en los que prima el desconocimiento del niño como sujeto²².

Por último, resta mencionar que tanto en la concesión o no del arresto hay que garantizarle al niño su derecho a ser oído²³ para que pueda expresar su opinión y que sea tenida en cuenta en la toma de la decisión. En este marco, debe asegurarse que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesario para que se forme una opinión libre, sin influencias o presiones indebidas. La información que reciba deberá ser accesible y apro-

22 Abelleira H.; "El abuso sexual infantil en la familia: Catástrofe en los vínculos complejidades del abordaje interdisciplinario" publicado en Revista Cuestiones de Infancia: La violencia y sus dialectos en niños y adolescentes, Editorial UCES, Argentina, Vol 13, Año 2009, pág.35.

23 Art. 12 CDN.

piada, no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente su criterio.

Toda autoridad judicial está obligada a tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por los niños en función de la edad y su capacidad.

A modo de conclusión, se reconoce que se han realizado importantes avances en el ámbito de vigencia de los derechos de los niños, con miras a armonizar la legislación interna, las políticas públicas y prácticas con las disposiciones de la Convención y la Declaración Americanas y con el *corpus juris* de los derechos de los niños. No obstante, persisten dificultades en términos de prevención y de respuesta frente a las situaciones que implican la separación de los niños de sus padres en el tema que nos ocupa cuando los padres son condenados.

Un primer paso es ampliar los presupuestos de concesión, esto es, prever la posibilidad de que se conceda el arresto domiciliario para ambos padres hasta que los niños alcancen la mayoría de edad.

Otro punto interesante es diagramar una política pública de monitoreo de la revinculación en especial, en el propio hogar de los niños. Estos monitoreos posibilitan que la regulación amplia de la concesión del arresto domiciliario también tenga un control jurisdiccional y que ante la eventualidad de los cambios en las condiciones de convivencia y/o revinculación el beneficio pueda ser revocado.

Bibliografía

Abelleira H. 2009. "El abuso sexual infantil en la familia: Catástrofe en los vínculos complejidades del abordaje interdisciplinario". En: *Revista Cuestiones de Infancia: La violencia y sus dialectos en niños y adolescentes*, 13.

De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 143.

Ministerio Público de la Defensa y UNICEF. 2008. *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Quaker United Nations Office. Grupo del Proyecto de Mujeres en la Cárcel. *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*. 2007, p. 13.

El arresto domiciliario y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres privadas de la libertad

Valeria A. Picco¹

“[...] notamos con preocupación que las disposiciones y los arreglos vigentes en los sistemas de justicia penal a menudo no logran satisfacer sus necesidades básicas y de salud de las mujeres delincuentes y, por tanto, que aquellos se encuentran muy por debajo de los estándares requeridos por el derecho internacional de los derechos humanos, y aceptadas por las recomendaciones internacionales y la justicia social.”

Kyiv Declaration on Women’s Health in Prison.

I. Presentación

El 21 de marzo de 2014, en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, la señora P. T. P. dio a luz en forma prematura a su segundo hijo, mientras cursaba en prisión el séptimo mes de su embarazo. Después de seis días fue externada y trasladada a la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal, en Ezeiza, aunque su bebé debió quedar internado en una incubadora para recibir cuidados especiales.

Los médicos que asistieron a la mujer y al niño establecieron, después del alumbramiento, que ella necesitaría extraerse leche cuatro veces al día para asegurar la adecuada alimentación de su hijo, y le aconsejaron que permaneciera en el establecimiento sanitario, como mínimo, entre las 10 y las 17 horas debido a que no era posible albergarla de forma permanente en la residencia para madres con bebés internados en sectores neonatológicos. El motivo de esta imposibilidad estaba vinculado a que ese lugar no cuenta con espacios suficientes y apropiados para alojar, al mismo tiempo, a los agentes penitenciarios.

¹ Integrante de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

Un día después del alta médica, la señora P. se comunicó con su defensor oficial y le informó que no la habían llevado a la maternidad, tal como se lo indicaron los médicos tratantes, y que el personal del servicio penitenciario había justificado su negativa en que no contaba con una orden judicial al respecto. En consecuencia, el defensor solicitó al Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de la Capital Federal la regularización de los trasladados de su asistida y que se le concediera la detención domiciliaria, dado que la situación en la que se encontraba se enmarcaba expresamente en los supuestos previstos por los artículos 314 del Código Procesal Penal de la Nación y 10 inciso f) del Código Penal. Como se sabe, estas normas autorizan a los jueces a otorgar el arresto domiciliario a la madre de un niño/a menor de cinco (5) años, en el caso de que corresponda la prisión preventiva de la persona. Para hacer viable el pedido formulado, la imputada ofreció cumplir su detención en la casa de un familiar ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues allí podría permanecer con su hijo y recibir el apoyo necesario de sus allegados, entre ellos, su madre.

Además de este último ofrecimiento, el 4 de abril de 2014 el defensor oficial le pidió al tribunal que fijara el lugar de cumplimiento de la medida en la maternidad Sardá, a causa de la delicada salud del niño y la existencia de instalaciones que permiten albergar a las madres dadas de alta de los bebés prematuros que requieren internación. Al mismo tiempo, en virtud de la trascendencia del caso, la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó como *amicus curiae* y aportó un informe en apoyo de la solicitud del defensor².

El tribunal, finalmente, hizo lugar a la solicitud de arresto domiciliario de la señora P. en la maternidad Sardá hasta el alta médica de su hijo, y luego en el domicilio de la abuela del niño, y dispuso que la supervisión del cumplimiento de la detención quedara en manos del Patronato de Liberados. Entre otras razones, los jueces expresaron lo siguiente: “en el caso ha quedado acreditada la sensible situación en la que se encuentra el neonato quien, hasta hace pocos días contaba con tan sólo un peso corporal de un kilo y medio (1,5 kg), permaneciendo dentro de una incubadora, situación que, cuanto menos, [perdurará] un mes más”. A su vez manifestaron que:

[...] la constante presencia de la imputada junto a su hijo surge a todas luces como más conveniente para éste. Por otro lado, se tiene especialmente presente que, como es de público conocimiento, una unidad car-

² El informe elaborado por la Procuración Penitenciaria de la Nación se encuentra disponible en <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/Amicus..pdf>, consultado el 5 de mayo de 2014.

celaria no resulta el ámbito más adecuado para un recién nacido, sumado al especial cuidado que deberá recibir S. P. durante sus primeros meses de vida que, en definitiva, podrían ser decisivos para su desarrollo físico como psíquico³.

El caso narrado hasta aquí muestra algunos de los obstáculos que enfrentan las mujeres privadas de la libertad cuando tienen que lidiar con la escasez de recursos, la indiferencia o la ignorancia de los actores que “gobiernan” sus derechos reproductivos en el ámbito carcelario, o cuando tratan de reivindicarlos en el ámbito judicial cuando están embarazadas o son madres de niños/as pequeños/as. Pero, al mismo tiempo, esta historia revela que cuando los tribunales atienden con detenimiento las necesidades propias de las mujeres encarceladas, ponderando en forma adecuada las tensiones entre seguridad y garantías (o derechos??) constitucionales, contribuyen a racionalizar el uso del poder punitivo del Estado y a reducir su impacto negativo sobre los sectores sociales más vulnerables (cfr. Roth 2010, 109).

II. El derecho a la salud reproductiva de las mujeres privadas de la libertad

Los estudios especializados en temas referidos al encarcelamiento no siempre evalúan cómo se interpretan, regulan y restringen los derechos reproductivos de las mujeres alojadas en instituciones carcelarias. Por el contrario, los escasos trabajos en esta materia a menudo se limitan a examinar, desde un punto de vista sobre todo descriptivo, el ejercicio de la sexualidad y su vinculación con las visitas íntimas, la obtención de tratamientos para las enfermedades de transmisión sexual y el acceso a cuidados ginecológicos de rutina.

Algunas excepciones a esta carencia son las investigaciones anglosajonas que se han ocupado, entre otras cuestiones, de las injusticias que experimentan las reclusas que reclaman el derecho a planificar su vida familiar sin interferencias estatales arbitrarias y a poner fin a un embarazo mediante el aborto (cfr. entre otros, Davis y Shaylor 2001 y Roth 2004). Según estos estudios, en algunos países, como en los Estados Unidos, los jueces han llegado a dictar órdenes que prohíben la procreación de las mujeres detenidas o a remitir a las mujeres que consumen drogas ilícitas a un programa de esterilización a cambio de una sanción comunitaria o de una reducción de la condena. También estos estudios concluyen que aunque las interferencias estatales en otras situaciones sean menos obvias en sus consecuencias, son igualmente devastadoras, por ejemplo, cuando se registran

³ Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, Causa N° 4597, Resolución del 9 de abril de 2013, consid. II, parágrafo 6.

prácticas judiciales o administrativas que amparan la prestación deficitaria o la total omisión de cuidados ginecológicos o de salud materna.

Estas prácticas vulneran los derechos reproductivos de las mujeres y pueden ser consideradas, en sí mismas, como una forma de violencia y trato cruel o inhumano⁴. Debido a que la prisión es un lugar donde el Estado tiene control total sobre la vida de las personas, sus obligaciones hacia estas incluyen, entre otras, las medidas de seguridad y control necesarias para preservar su integridad personal. Por ello, la crítica feminista ha advertido que el acceso a los derechos reproductivos debe ser problematizado de una forma más amplia e integral (cfr. Flavin 2009).

Los derechos reproductivos permiten a las personas decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos; disponer de la información, educación y medios para lograrlo; escoger el tipo de familia que se desea formar; acceder a métodos anticonceptivos seguros, aceptables y eficaces; y proteger a las mujeres contra toda forma de discriminación por el embarazo o la maternidad. Pero, además, no se puede desconocer que los derechos reproductivos también comprenden el acceso a servicios de salud que garanticen una maternidad segura -libre de riesgos en los períodos de gestación, parto y lactancia-, además de brindar las máximas posibilidades de tener hijos/as sanos mediante la satisfacción de sus necesidades físicas, emocionales, educativas y sociales⁵.

⁴ Las mujeres tienen necesidades de salud e higiene específicamente relacionadas con la salud reproductiva, que varían según la edad y la situación de cada una. Entre esas necesidades se cuentan, por ejemplo, la disponibilidad de instalaciones sanitarias y de lavado, la provisión de artículos de higiene como compresas sanitarias y la forma segura de eliminar esos artículos cuando han sido usados, y el acceso a esos artículos sin tener que atravesar situaciones embarazosas. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes considera que la omisión de responder a esas necesidades básicas puede ser equivalente al trato degradante, cfr. CPT, *Informe sobre las normas del CPT*, 18 de agosto de 2000, pár. 31, disponible en <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-10.htm>, consultado el 5 de mayo de 2014.

⁵ La Organización Mundial de la Salud afirma que “la salud reproductiva abarca los procesos, funciones y sistemas reproductivos en todas las fases de la vida. Por salud reproductiva se entiende que las personas sean capaces de llevar una vida sexual responsable, satisfactoria y segura y que tengan la capacidad de reproducirse la libertad de tomar la decisión de hacerlo, así como el momento apropiado y el número de hijos. Esta última condición engloba el derecho de los hombres y las mujeres a ser informados y a tener acceso a métodos de regulación de la fecundidad seguros, eficaces, asequibles, aceptables y de su elección, y el derecho a acceder a servicios de asistencia sanitaria idóneos para que las mujeres lleven a buen término su embarazo y parto y para brindar a las parejas las máximas posibilidades de tener un niño sano”, Documento de posición sobre Salud, Población y Desarrollo, El Cairo 5-13 de septiembre de 1994, p. 24, apartado 89.

En nuestro país, el análisis de la implementación de las políticas penitenciarias y de las decisiones judiciales referidas a los derechos de las mujeres privadas de la libertad revela que los funcionarios estatales tienden a interpretar de manera dogmática la obligación de preservar sus derechos reproductivos, sin asumir ninguna acción positiva para efectivizarlos en la práctica, subestimando, de este modo, las demandas dirigidas a satisfacerlos de manera oportuna, adecuada y en iguales condiciones que en el exterior de las prisiones.

En un informe sobre encarcelamiento femenino en la República Argentina, elaborado conjuntamente por el Ministerio Público de la Defensa y dos universidades norteamericanas, se señaló que a pesar de que las condiciones de encarcelamiento de las mujeres dentro del sistema federal argentino son consecuentes, en muchos sentidos, con las normas internacionales; en algunos aspectos esas condiciones no se ajustan por completo a las obligaciones asumidas por el Estado en materia de salud sexual y reproductiva. Al respecto, se destacó:

[...] las entrevistas con el personal médico en las dos cárceles de mujeres del SPF visitadas confirmaron que ellos estaban al tanto de los cuidados médicos específicos y necesidades reproductivas de las mujeres, así como también de las buenas prácticas médicas vigentes. Sin embargo, los resultados de nuestra Encuesta General sobre Población Carcelaria y las entrevistas privadas con mujeres detenidas indican que no siempre se implementaron estos procedimientos y que no hubo una estandarización en los exámenes médicos realizados a las mujeres en prisión. Por ejemplo, más de un tercio de las mujeres encuestadas informó que nunca se le practicó un examen ginecológico “PAP” (prueba de Papanicolaou) y casi tres cuartas partes de las mujeres consultadas señalaron que nunca se les realizó un estudio de cáncer de mama. (Universidad de Cornell et ál. 2013, 9).

El ordenamiento jurídico ha destacado que, cuando se priva de la libertad a un individuo, el Estado asume una posición de garante de sus derechos fundamentales. El artículo 18 de la Constitución Nacional declara: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, 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”. Esa disposición debe ser interpretada a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos que la complementan; en particular las disposiciones 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en cuanto declaran: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁶.

De las disposiciones mencionadas surge con claridad que la única mortificación tolerada en términos constitucionales es la inherente a la privación de la libertad, mientras que están desautorizadas otras en su ejecución, en particular las que afecten o pongan en peligro la salud, entendida como integridad física y psíquica de los/las detenidos/as. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce, como objetivo primordial, la satisfacción de las necesidades básicas de la población reclusa vinculadas con la salud, especialmente de quienes se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres embarazadas o de las madres con hijos/as pequeños.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)⁷ indica, en el artículo 9, que las mujeres privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su género, y que ello obliga al Estado a adoptar medidas específicas para proteger a este grupo. En consonancia con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que en el caso de las mujeres encarceladas, las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia⁸.

En este marco, el derecho a la vida y a la integridad personal guarda una estrecha relación con la posibilidad de acceder no solo a servicios integrales de salud, sino también a servicios específicos de salud materna. En efecto, se ha contemplado que mientras dura el embarazo y después del parto, las mujeres deben gozar de especial asistencia y protección por parte de las autoridades estatales. Así, el artículo 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁹ dispone que los Estados deben “garantizar a las mujeres servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y asegurándole

⁶ También complementan el art. 18 CN los artículos 7 y 10.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en cuanto declaran que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁷ Cfr. OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁸ Cfr. Corte IDH, caso del *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

⁹ Cfr. ONU, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". En igual sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁰ estipula que las autoridades estatales deben "conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto".

A su vez, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las Reclusas y para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) reconocen que las detenidas embarazadas o con hijos/as pequeños representan uno de los grupos más vulnerables dentro de la cárcel, y que tienen necesidades y requerimientos específicos¹¹. De tal forma, disponen que "no se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello" y, a su vez, que "en los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz"¹².

Por último, no está de más recordar que, en el ámbito interno, la ley Nº 25.929, de Parto Humanizado, consagra que "el padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo tienen derecho a tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de decisiones relacionadas con su asistencia", y que se deberá "facilitar la lactancia materna de la persona recién nacida siempre que no incida desfavorablemente en su salud"¹³.

La privación de la libertad afecta tanto a los varones como a las mujeres. Sin embargo, su significación y ciertos aspectos genéricos determinan que unos y otras vivan el encierro en forma diferente, y que sus consecuencias y grados de afectación personal y familiar sean también diversos. Las mujeres embarazadas y las madres de niños/as que están privadas de la libertad pertenecen –en su gran mayoría– a grupos de alto riesgo sanitario. Suelen padecer complicaciones durante la gestación, están mal alimentadas y presentan problemas relacionados con el abuso de drogas. Se trata de jóvenes solteras, provenientes de contextos sociales muy precarios y con altos índi-

10 Cfr. ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

11 Cfr. ONU, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General, en el sexagésimo quinto período de sesiones, 16 de marzo de 2011, Prólogo.

12 Ibíd., Regla Nº 48.

13 Cfr. Ley Nº 25.929, de Parto Humanizado, sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de agosto de 2004, y promulgada el 17 de septiembre de 2004, artículo 5.

ces de violencia y conflictividad social¹⁴. En el caso de las madres de niños/as prematuros, ellas suelen descubrir que están embarazadas o que darán a luz durante su cautiverio, experimentan sentimientos de culpa (por no haber completado el embarazo) y sensaciones de inseguridad en torno al cuidado de una persona frágil y muy distinta del hijo/a imaginado/a¹⁵.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha mencionado, a modo de guía, lo que un Estado debe hacer para cumplir con su obligación de protección y no discriminación de las mujeres privadas de la libertad en el ámbito de la salud:

[...] las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos¹⁶.

En la misma línea, los organismos de derechos humanos han advertido que “a las mujeres privadas de la libertad debe asegurárseles un período apropiado después del parto para descansar y recuperarse, y que no se deberá, como se ha reportado en muchas ocasiones, forzarlas a regresar a la cárcel [...] horas después de dar a luz en el hospital” (Quaker AÑO, 32).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) determinó cuatro características del derecho a la salud que se encuentran interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad¹⁷. En relación con la accesibilidad de los servicios de salud, el Comité estableció que ella presenta cuatro dimensiones que se superponen:

1. La no discriminación, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles “a los sectores más vulnerables y marginados de la población”, sin que pueda haber discriminación en

14 Entre otras investigaciones que muestran el perfil socio-demográfico de las mujeres encarceladas y sus requerimientos específicos en materia de salud véanse, entre otros estudios, CELS et ál. 2011, UNODC y OMS 2009.

15 En sentido similar, véase el trabajo de Larguía (2000). Para más información, cfr. Uriburu et ál. 2008.

16 Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000, párr. 15.

17 Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, “El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)”, 11 de agosto de 2000.

razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/sida), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.

2. La accesibilidad física, componente que obliga, por un lado, a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban estar al alcance, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población, en especial los que han sido tradicionalmente excluidos; y por el otro, que “los sectores médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se [encuentren] a una distancia geográfica razonable”.
3. La accesibilidad económica, también denominada asequibilidad, entendida como la obligación de fijar los costos del servicio de salud bajo un criterio de equidad, tanto si la atención es suministrada por entidades públicas como por privadas. La asequibilidad, igualmente, “exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”.
4. El acceso a la información, consistente en el “derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”. El ejercicio de este derecho, a juicio del Comité, se realizará sin perjuicio de la protección de la confidencialidad de los datos personales relativos al estado de salud de las personas¹⁸.

Con respecto a los servicios de salud materna, una revisión de los estudios existentes revela al menos tres problemas o barreras que limitan el acceso de las mujeres a ellos. Estas barreras están relacionadas con condiciones estructurales de los servicios de salud disponibles en las cárceles; con las políticas y leyes que regulan las condiciones y alcance de las prestaciones sanitarias para las mujeres privadas de libertad; y, asimismo, con ciertas prácticas, actitudes y estereotipos que suelen restringir su uso.

En primer lugar, se verifica la falta de equipamiento, de suministros médicos y medicamentos adecuados para atender las emergencias durante el embarazo, parto y el período posterior al parto, y la ausencia de personal médico

18 Ibíd., párr. 12.

capacitado para responder a estas emergencias, particularmente las obstétricas (cfr. Hatton y Fisher 2009, y Ashdown y James 2010)¹⁹. En segundo lugar, se advierte que la atención sanitaria se encuentra altamente burocratizada y que se limita a la rutinaria asignación de turnos médicos, la extensión de prescripciones farmacológicas y a una suerte de intento para “ponerse al día” con los casos más urgentes (Anderson 2003). Finalmente, en tercer lugar, se observa que los profesionales médicos, a menudo, muestran poca sensibilidad por las inquietudes y requerimientos de información de las mujeres sobre métodos anticonceptivos, prevención de enfermedades de transmisión sexual, cuidados durante el embarazo, el puerperio y la lactancia, lo que influye en la decisión de ellas de no solicitar asesoramiento (Anderson 2003).

Desde esta perspectiva, y sobre la base de la comprensión de los efectos negativos que genera el encarcelamiento en un momento crucial como es el nacimiento de un hijo prematuro y el puerperio, es evidente que algunas de las dimensiones que hacen a la accesibilidad de los servicios de salud materna se encontraban en jaque en el caso que aquí se comenta, y que esas dimensiones (al menos, las de accesibilidad física y no discriminación) hubieran quedado obstaculizadas si en lugar de un arresto en el hospital, se hubiera dispuesto esa medida cautelar en el domicilio de la abuela del niño.

Si bien la detención en la casa familiar ofrecida hubiera sido una medida positiva, lo cierto es que no habría permitido una satisfacción completa de las necesidades y desafíos que afrontaban en ese momento la imputada y su pequeño hijo. Esa medida hubiera obligado a la madre del pequeño a trasladarse diariamente de un lugar a otro, a lidiar con el cansancio propio de esos viajes y con la consecuente limitación de la calidad y la cantidad de tiempo para cuidar y contener al niño y, por lo demás, a afrontar erogaciones económicas prácticamente imposibles de solventar.

Además, el arresto domiciliario en la casa familiar hubiera implicado una afectación a la dimensión de la no discriminación. Si la señora P. no hubiera estado privada de su libertad, ella habría optado por permanecer en la maternidad y habría contado con una atención médica del mismo nivel y extensión que la que recibe el resto de las mujeres que enfrentan los mismos problemas de salud y que están en libertad. Por ello, es claro que el deber estatal de protección solo podía quedar enteramente cumplido,

19 En el ámbito nacional, las investigaciones empíricas realizadas anualmente por la Procuración Penitenciaria de la Nación confirman estos obstáculos, así entre otros informes puede consultarse: *La situación de la situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2012*, disponible en <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf>.

en lo que respecta a la imputada, mediante la concesión de la detención domiciliaria en la residencia para madres situada en el centro médico, donde estaba internado su bebé.

III. La trascendencia de la afectación de los derechos reproductivos en los niños/as

Las dificultades durante el embarazo y en las primeras etapas de la vida pueden acarrear consecuencias graves en la salud y el desarrollo de los menores de edad. Los efectos adversos de la prisión repercuten de forma diferenciada en los/as niños/as según su resistencia personal, su edad y sus circunstancias sociales. Sin embargo, en el caso específico de los bebés, las investigaciones confirman que el encarcelamiento de sus progenitoras provoca deterioros irreversibles.

El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho intrínseco de los menores de edad a la vida y a la obligación de los Estados Partes de garantizar, en la mayor medida posible, su supervivencia y su desarrollo. Esto significa que corresponde adoptar acciones tendientes a prolongar la vida del niño/a, tales como el monitoreo del crecimiento, el control de enfermedades y de la alimentación materna, y la inmunización. A su vez, en la Observación General Nº 7, el Comité de los Derechos del Niño recordó:

[...] durante la primera infancia, el derecho a vida, a la supervivencia y el desarrollo sólo puede realizarse de una forma integral, mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego (arts. 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad²⁰.

Los nacimientos prematuros representan un problema de salud pública reconocido por la Organización Mundial de la Salud y por otras instituciones especializadas en temas de mortalidad y morbilidad materno-infantil. En la actualidad, son la principal causa de muerte en los bebés de menos de 4 semanas de vida y constituyen la segunda causa de muerte –después de la neumonía– en niños menores de 5 años²¹. Un bebé prematuro es, por definición, un niño nacido que no ha completado su desarrollo intrauterino por

20 Cfr. Comité de los Derechos del niño, Observación General Nº 7, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", 20 de septiembre de 2006, párr. 10.

21 Cfr. OMS, *Nacido Demasiado Pronto: Informe de Acción Global sobre Nacimientos Prematuros*, 2012, disponible en <http://www.who.int>, consultado el 5 de mayo de 2014.

diversos motivos y cuyas necesidades básicas para la supervivencia deben ser inmediatamente identificadas, decodificadas y resueltas por los adultos responsables para asegurar su subsistencia. A la condición de inmadurez innata de todo ser humano recién nacido se agregan, en estos casos, las propias de una gestación interrumpida.

Frente a estas situaciones, la asistencia provista únicamente por el personal sanitario no es suficiente. La supervivencia de los bebés prematuros internados no depende en forma exclusiva de la alimentación y de los cuidados médicos apropiados, pues requiere, en forma adicional, de la presencia de un “cuidador calificado” que esté interesado afectivamente por ese niño/a en desarrollo (Sola 2011)²². Esa es la función de las madres y los padres de todo recién nacido y, en el caso de los niños hospitalizados, no debería ser interferida sobre la base de consideraciones ajenas a los derechos fundamentales, como las apreciaciones subjetivas de los médicos referidas a la seguridad y/o la supervisión de las personas que se hallan bajo la custodia del Estado.

Así, es fácil advertir que en el caso de la señora P. era inadmisible la pérdida de contacto entre el niño y su madre a causa de su retorno al centro de detención. En consecuencia, esto obligaba al tribunal a tomar una decisión que previniera posibles daños físicos y mentales del bebé por no estar con su “cuidadora calificada” durante todo el tiempo necesario. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la Convención sobre los Derechos del Niño alude al “interés superior del niño” como punto de referencia para garantizar todos los derechos contemplados en ese instrumento, y destacó que ese punto de referencia debe ser considerado de acuerdo con la realidad de cada niño y de cada grupo familiar. En este sentido puntualizó:

[...] que cualquier decisión estatal que se asuma sobre la separación de los menores de edad respecto de sus padres sobre la base de consideraciones subjetivas, estereotipadas o no probadas en debida forma, desatiende el deber de priorizar el interés superior y queda impregnada con un halo de arbitrariedad²³.

En el ámbito interno, la ley N° 26.061, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, impone que en todas las decisiones o medidas

²² El autor incluye un capítulo dedicado al tratamiento de a las necesidades de los niños y niñas internados en unidades de cuidados intensivos junto con sus padres y su familia. También puede consultarse la obra clásica de R. Spitz (1945).

²³ Cfr. Corte IDH, caso *Atala Riffó y niñas v. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 109.

que involucren a un menor de edad se debe respetar, entre otras cosas, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural. A su vez, determina que cuando exista un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Esta normativa es útil para adecuar el encarcelamiento de ciertos grupos de mujeres en situación de vulnerabilidad frente al sistema penal, porque impide que prevalezca el interés general en asegurar los fines del proceso penal y en reprimir ciertos delitos con el encierro carcelario.

Por lo demás, en casos como el que se evalúa en este comentario, las madres deben formar parte del equipo de salud que atiende a su hijo/a nacido antes de término, lo que requiere de diálogo y comprensión por parte de los profesionales de la salud, así como de un ámbito adecuado donde ellas puedan alojarse sin que importe su condición de detenidas. Es importante advertir aquí, por su pertinencia, que el artículo 3.c de la ley Nº 25.929, de Parto Humanizado, estipula que “toda persona recién nacida tiene derecho a la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla”²⁴.

Cuando se trata de mujeres en conflicto con la ley penal con responsabilidades de cuidado a su cargo, es apropiado que los operadores judiciales consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular, la detención provisional y la condena. Así, por ejemplo, los organismos internacionales especializados han establecido:

[...] si una mujer debe regresar a la cárcel después de un parto, esto sólo debe ocurrir después de que los profesionales médicos hayan determinado que su salud o la del bebé no se verán comprometidas; que se proporcionarán instalaciones adecuadas que permitan a las mujeres amamantar a sus bebés en un ambiente relajado y que las rutinas carcelarias no deberán interferir con este proceso (Quaker 2008, 9).

Es interesante destacar que durante el Día de Discusión General del Comi-

24 Cabe destacar que la Sociedad Argentina de Pediatría y Unicef han reconocido que la contención familiar del recién nacido prematuro forma parte de las necesidades vitales y, en sintonía con ello, han afirmado que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a contar con la compañía permanente de sus padres durante el período de internación. En estas condiciones, no debería haber diferencia entre el cuidado pediátrico y el de un recién nacido. La posibilidad de que la familia acompañe al bebé prematuro en forma permanente ayuda a construir tempranamente el vínculo y el apego que constituyen el sostén emocional del bebé, garantizando la maduración afectiva que depende de la interacción con otros (cfr. Puga 2001).

té de los Derechos del Niño dedicado al tema de “Niños y niñas de padres presos”, se reconoció que “ellos constituyen un grupo de niños olvidados y que sus problemas rara vez se tienen en cuenta durante los procedimientos penales en los que, al contrario, se pone énfasis en la determinación de la culpabilidad o la inocencia individual, y la custodia o sanción para quienes infringen la ley” (Quaker 2012, PÁGINA). Refiriéndose, en particular, a los bebés y los hijos/as pequeños/as que viven junto con sus madres en prisión, el Comité afirmó que “los derechos a recibir cuidados pre y post natales adecuados deben ser especialmente contemplados” por los operadores del sistema penal y que “la duración óptima para la lactancia también debe ser tomada en consideración durante la condena u otras decisiones atinentes a las madres”²⁵.

De tal suerte, hubiera sido importante que el tribunal evaluara el planteo de la defensa a la luz de los requerimientos de cuidado de los bebés hospitalizados, y también que los jueces reconocieran que el inmediato retorno de la imputada al centro penitenciario se transformó en un obstáculo para el necesario contacto del niño y su progenitora. Esta importancia obedece a que, en la actualidad, los jueces están obligados a evaluar los riesgos de protección que afrontan los hijos y las hijas de las mujeres en conflicto con la ley penal, desde un enfoque que tenga en cuenta el *impacto diferenciado* que produce el encarcelamiento en términos de género, edad y diversidad sobre los derechos. Proporcionar cuidados a las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio es beneficioso para la salud y el bienestar de la madre y, obviamente, para la de los niños y niñas durante la primera infancia. En el caso que se examina, por ende, la necesidad de que el niño estuviera acompañado en todo momento por su madre en el hospital respondía a la obligación de efectivizar los derechos que asistían al menor de edad.

La lectura de la resolución revela que el tribunal se limitó a reconocer que los traslados efectuados a la maternidad habían sido suficientes, pero que se verificaba que permitir la constante presencia de la imputada junto a su hijo era la medida más conveniente para este último²⁶. Sin embargo, esta conclusión, aunque correcta, fue el producto de una suerte de aplicación automática de las disposiciones convencionales referidas al interés superior del niño, es decir, no fue el resultado de una reflexión integral de los múltiples aspectos que se encontraban en juego en el caso. La ausencia de este tipo de reflexiones no contribuye a modificar una cultura judicial en la

25 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, “Report and Recommendations of the Day of General Discussion”, en *Children of Incarcerated Parents*, 30 de septiembre de 2011, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/2011CRCGDReport.pdf>, consultado el 5 de mayo de 2014.

26 Cfr. Resolución del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, consid. IV, parágrafo 7.

que abundan decisiones que versan sobre los derechos de las mujeres y del interés superior del niño mediante referencias vagas o abstractas, que no esclarecen ni el alcance, ni el contenido concreto de esos derechos y principios en cuanto a las obligaciones que el Estado debe asumir.

IV. Cómo mitigar la vulneración de la salud reproductiva de las mujeres presas

La privación de la libertad de las mujeres embarazadas y de las madres con hijos/as pequeños/as debe considerar sus derechos fundamentales como sujetos bajo custodia del Estado, y la tutela especial que les corresponde por ser un grupo altamente vulnerable frente al sistema penal. Estas mujeres “viven el encierro con mayor angustia y dificultad a causa del riesgo de indefensión y el temor de que sus necesidades específicas no sean atendidas en forma adecuada, lo que se traduce en un plus punitivo que, en general, no es considerado por la normativa, y que rara vez es advertido por los operadores judiciales” (CELS et ál. 2011).

La falta de cuidados relativos a la salud reproductiva de las mujeres presas constituye una vulneración de los derechos humanos sumamente grave. Sus consecuencias inmediatas son la mortalidad materno/infantil (a causa de hemorragias, preeclamsia, abortos inseguros, anomalías congénitas no detectadas, etc.) y la morbilidad materno/infantil (a causa de las complicaciones o enfermedades que se producen durante la gestación, el parto o el puerperio, que afectan la integridad psicofísica muchas veces en forma permanente)²⁷.

En vista de los obstáculos existentes para desarrollar un modelo carcelario que sea capaz de responder a esas necesidades de cuidado, en la actualidad las alternativas a la prisión representan una opción no segregativa y un intento por tratar a las mujeres con medios menos lesivos de sus derechos fundamentales. Asimismo, la decisión de mantener a las mujeres fuera de la cárcel permite salvaguardar a los niños, niñas y adolescentes de los efectos adversos que acarrea la prisionización, y prevenir su posible institucionalización. Sobre este tema se ha señalado lo siguiente:

[...] una proporción considerable de mujeres delincuentes no plantean

²⁷ Para mayor información sobre las causas y consecuencias de la mortalidad y morbilidad materno infantil en general, véanse, entre otros, los siguientes informes: ONU, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones, *Mortalidad y Morbilidad Maternas Prevenibles y Derechos Humanos*, A/HRC/ 11/L.16/Rev.1, 12 de junio de 2009. CIDH, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, publicado el 7 de junio de 2010.

un riesgo para la sociedad y su encarcelamiento no ayuda, sino que dificulta, su reinserción social. Muchas de ellas están en la cárcel como resultado directo o indirecto de los múltiples niveles de discriminación y privaciones, a menudo a manos de sus esposos o compañeros, su familia y la comunidad. En consecuencia, las mujeres delincuentes deben ser tratadas con equidad en el sistema de justicia penal, teniendo en cuenta sus antecedentes y las razones que las han conducido al delito cometido, así como la atención, asistencia y tratamiento en la comunidad, para ayudarlas a superar los factores que conducen al comportamiento delictivo. Manteniendo a las mujeres fuera de la cárcel, cuando no sea estrictamente necesario o justificado, sus hijos pueden ser salvaguardados de los duraderos efectos adversos del encarcelamiento de sus madres, incluida su posiblemente futura institucionalización y su encarcelamiento (UNODC y OMS, 2009).

La utilización de medidas no privativas de la libertad para mujeres embarazadas o con hijos menores es reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos. Ya la Séptima Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1985 observó que los programas, servicios y el personal de las prisiones eran insuficientes para atender las necesidades especiales del creciente número de mujeres encarceladas. Por lo tanto, invitó a las autoridades responsables del sistema de justicia penal a examinar las alternativas al encarcelamiento en todas las etapas de los procesos penales. En igual sentido, durante el VIII Congreso de las Naciones Unidas contra el Delito se afirmó que “el uso del encarcelamiento para cierta categoría de delincuentes, como las mujeres embarazadas o madres con infantes o niños/as pequeños/as, deberá restringirse, además de hacerse un esfuerzo especial para evitar el uso difundido del encarcelamiento como sanción para estas categorías”²⁸.

También las Reglas de Bangkok reconocieron en forma expresa que las sanciones alternativas y las modalidades sustitutivas de ejecución de las penas privativas de la libertad representan una herramienta indispensable para salvaguardar los derechos de las mujeres. Así, por ejemplo, la Regla 57 dispone: “[...] los Estados miembros deberán elaborar medidaspcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”. Y, en igual sentido, la Regla 58 establece que “las autoridades no deberán separar a las mujeres delincuentes de sus pa-

28 Cfr. ONU, Informe del octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, 1990, Doc. A/Conf.144/28/Rev. 1, pág. 164.

rientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares", y que "cuando sea posible, deberán utilizar preferentemente mecanismos opcionales como las sanciones alternativas, y otras que sustituyan a la prisión preventiva y a la condena privativa de libertad".

Finalmente, en vista de que las estrategias de desprisionalización funcionan mejor cuando se sustentan en la asistencia y protección integral de las mujeres y de sus familias, las Reglas de Bangkok estipulan lo siguiente:

Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños²⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en forma reciente que:

[...] las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad³⁰.

A su turno, el Comité de los Derechos del Niño destacó la importancia de considerar alternativas a la detención parental cuando esta puede afectar negativamente los derechos de los hijos/as pequeños:

La necesidad de darle la debida consideración a todas las alternativas posibles, tales como vivir con otros miembros de la familia o iniciativas de base comunitaria, como las sanciones alternativas, anteriores a colocar a los niños en unidades penitenciarias con sus progenitores también fue subrayada. Tales alternativas deben ser rigurosamente verificadas en cada caso individual de acuerdo con las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, considerando el interés superior del niño, dado que el cuidado institucionalizado o car-

29 ONU, Reglas de Bangkok, Regla 64.

30 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, publicado el 30 diciembre 2013, párr. 216.

go de terceros o allegados no siempre será una alternativa adecuada para los niños/as³¹.

Pues bien, es indiscutible que el Estado argentino, por medio de la sanción de la ley N° 26.472, optó por impulsar la búsqueda de respuestas penales menos violentas y lesivas de los derechos de las personas privadas de libertad con una vulnerabilidad mayor frente al sistema. Y, más importante aún, se inclinó por solucionar las dificultades que se plantean cuando una mujer embarazada, o la madre de un niño/a pequeño/a, es imputada o condenada por un delito para el que está prevista una pena privativa de la libertad. En concreto, la ley introdujo modificaciones al artículo 10 del Código Penal, al artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación, y a los artículos 32, 33 y 35 de la ley N° 24.660.

Aun cuando las reformas introducidas fueron positivas para el reconocimiento de los derechos de las mujeres en conflicto con la ley penal, la experiencia indica que es necesario potenciar el acceso al arresto domiciliario limitando la amplia discrecionalidad otorgada a los jueces para concederlo o rechazarlo. Vale recordar, en este punto, que el artículo 10 del Código Penal establece que los jueces “podrán”, a su criterio, conceder la detención domiciliaria cuando se cumplan los supuestos que establece la ley.

Una interpretación de la norma apegada a los principios de legalidad, razonabilidad, excepcionalidad y *pro persona* debería acotar la discrecionalidad implícita en ese dispositivo legal, dado que la jurisprudencia muestra que los jueces y las juezas actúan con amplia libertad y, muchas veces, en forma contraria a los motivos que justificaron la reforma y establecieron el nuevo alcance del arresto domiciliario. Entre los fundamentos del proyecto de la ley N° 26.472 se observan referencias al derecho a la vida y al derecho a la salud, como así también a que el ámbito carcelario no es el adecuado para el alojamiento de personas que, como las mujeres embarazadas o con niños pequeños, requieren especial atención y cuidado. Aun así, este grupo no siempre se ve beneficiado por la concesión de una forma de arresto alternativo al institucional.

Las detenidas que no encajan en el modelo de “mujer embarazada/madre ideal”, como es el caso de las mujeres lesbianas, solteras, extranjeras, adictas o que cometieron crímenes “no femeninos”, suelen ser tratadas con mayor severidad. Las razones de las instancias judiciales para rechazar el arresto domiciliario se vinculan con múltiples factores, como la gravedad

31 Comité de los Derechos del Niño, “Report and Recommendations of the Day of General Discussion” en *Children of Incarcerated Parents*, cit, párr. 11.

del delito cometido, la peligrosidad social de la imputada o condenada, la ausencia de una vivienda adecuada, o con la excusa de que las prestaciones sanitarias que requieren las reclusas presuntamente pueden ser cubiertas por el servicio penitenciario. Estos razonamientos ponen al descubierto que los tribunales todavía perciben que solo un grupo muy reducido de mujeres, las de clase media o las que no poseen antecedentes condenatorios, está “preparado” para el control no judicial o para medidas no punitivas y que, por ende, aparece como acreedor legítimo de este instituto (cfr. Hedderman y Gelsthorpe 1997, Daly 1994 y Davis 2003).

Sin embargo, varios tribunales han comenzado a reconocer y a poner en práctica las normas y las recomendaciones que subrayan que el encarcelamiento de un progenitor, en especial de una mujer embarazada y de una madre de niños pequeños, siempre debería ser el último recurso.

En un caso reciente, en el que no se había hecho lugar al pedido de arresto domiciliario a favor de una mujer privada de libertad con un embarazo avanzado, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal consideró que el estándar normativo que debe guiar la procedencia del arresto domiciliario debe construirse a partir de la premisa según la cual “ningún parte puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario”³². Los jueces arribaron a esa conclusión luego de analizar con detalle los fundamentos y objetivos de la ley a la luz de las exigencias constitucionales derivadas del interés superior del niño y de los principios de excepcionalidad, trascendencia y humanidad de la pena³³.

En la misma senda, en el caso “Fernández, Ana María s/ causa 17156”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto un fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal que, por mayoría, había confirmado el rechazo de un pedido de arresto domiciliario efectuado por una mujer condenada, madre de un niño menor de cinco años que se hallaba en plena etapa de lactancia. Si bien el máximo tribunal abordó varios aspectos relevantes, en lo que aquí interesa son más ilustrativos los argumentos elaborados por la Procuración General de la Nación en su dictamen. Allí se recogieron los fundamentos del debate parlamentario (que derivaron en la sanción de la ley N° 26.472), y se recordó que “el interés social no puede

32 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa 684/2013, “Alvarez Contreras, Flor de María s/ Recurso de Casación”, Reg. 1363/13, 20 de septiembre de 2013, p.11.

33 Ibíd., p. 8 y ss.

prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los procesos”³⁴. En este sentido, se expresó:

[...] el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que B.F.A. pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad). Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas³⁵.

Sobre la base de lo expuesto hasta aquí se advierte que en el caso en estudio la decisión adoptada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 resulta interesante por dos motivos.

Por un lado, porque la resolución, al favorecer la concesión del arresto de la imputada en una maternidad, sienta las bases para que el acceso a la salud reproductiva deje de ser interpretado desde una perspectiva formalista y comience a ser efectivizado sobre la base del reconocimiento de los problemas específicos que afrontan las mujeres privadas de libertad y de los déficits estructurales que afectan a los centros penitenciarios. Al respecto, las investigaciones comparadas sobre maternidad, cárcel y discrecionalidad judicial muestran que las decisiones que restringen la concesión de medidas alternativas al encierro interpretan los derechos reproductivos de las mujeres como aspectos contingentes y prescindibles, y los derechos de los niños/as de una forma sesgada y ritualista, como si ellos fueran terceros cuyas necesidades pueden ser virtualmente ignoradas o fácilmente satisfechas con la mera presencia de un cuidador alternativo.

Por otro lado, la decisión es relevante porque la concesión del arresto domiciliario de la señora P. en el hospital propicia una interpretación amplia del concepto de domicilio que excede la noción civilista que guía la práctica jurisprudencial actual. En relación con el lugar de cumplimiento

34 Ministerio Público Fiscal- Procuración General de la Nación, F.74 XLIX F, “Ana María Fernández s/causa N° 17516”, 29 de mayo de 2013, disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/mayo/F_AnA_Maria_F_74_L_XLIX.pdf, consultado el 5 de mayo de 2014.

35 Ibíd, pto. VI, párr. 2, p. 8.

del arresto, cabe señalar que si bien, por lo general, el lugar designado es el propio domicilio del/la solicitante, nada impide que la ejecución de esta medida se efectúe en un lugar distinto, cuando el sujeto no dispone de un domicilio propio o cuando el tribunal no considera adecuado el lugar propuesto para su cumplimiento. Por “domicilio” debería entenderse, entonces, el lugar donde la persona reside en forma más o menos habitual, o bien el lugar en donde podría hacerlo; es decir, según un criterio sustantivo y no simplemente formal. Es que, como explica Rubén Alderete Lobo al referirse al tema de las mujeres embarazadas y las madres en prisión, en esta materia por domicilio no debe entenderse solo la existencia de un mero espacio físico, pues se trata de que los niños crezcan junto a sus madres en un marco de contención en el que el desarrollo de su personalidad y el resguardo de su identidad cultural estén garantizados (Alderete Lobo 2012).

V. Reflexiones finales

Los problemas vinculados a la salud y a la restricción de otros derechos básicos de las mujeres presas que están embarazadas o con hijos/as pequeños/as representan un desafío para la política criminal, y esto ha llevado a que se adopten distintas iniciativas para brindarles una vía de solución. La respuesta prevista por la ley N° 26.472 representa un avance positivo en la materia, en particular, para la protección de los derechos reproductivos de las mujeres y, a su vez, para la de los derechos de los niños/as que se encuentran bajo su cuidado. Puede afirmarse que a partir de la sanción de esa ley se ha brindado una herramienta útil para que los operadores judiciales adopten respuestas sensibles a esta problemática, y tengan en cuenta la especial vulnerabilidad de las mujeres en el espacio carcelario.

Es importante subrayar que en ningún momento el legislador ha pretendido excluir a la mujer del cumplimiento de la pena o de la medida cautelar que se le ha impuesto, ni tampoco propiciar alguna forma de impunidad. El arresto domiciliario constituye una modalidad de restricción de la libertad menos afflictiva que aquella que se cumple en prisión, pero no por eso deja de constituir una limitación de envergadura a la libertad ambulatoria de las mujeres. El derecho concedido por el legislador en estos casos se enmarca en el conjunto de instituciones que permiten implementar una respuesta penal, pero, a la vez, evitan los problemas y efectos del encarcelamiento.

Aunque las disposiciones legales para cubrir las necesidades de salud de los hombres y de las mujeres en encierro han aumentado considerablemente durante los últimos años, la capacidad de las instituciones penitenciarias para solucionar y contener los problemas de salud de los reclusos/as continúa siendo un desafío pendiente que es constantemente socavado por las políticas de control del delito que cada vez envían a más y más personas a

prisión. La disponibilidad de atención médica en las cárceles está limitada por numerosos condicionamientos ideológicos y económicos, pero, además, a diferencia de lo que ocurre en el mundo exterior –en donde se advierte un creciente énfasis en los cuidados médicos preventivos–, la noción de “salud” en ellas es casi siempre sinónimo de ausencia de enfermedad.

La resolución comentada invita a una relectura del instituto del arresto domiciliario, ya que permite entenderlo como un mecanismo de apoyo especial que busca: 1) reconocer la afectación diferenciada que sufren las mujeres privadas de la libertad; 2) compensar, aliviar y hacer menos gravosas las consecuencias que ocasionan los procesos penales; y 3) brindar, de esta manera, una protección adecuada a los niños y niñas que se encuentran bajo el cuidado de ellas.

Para finalizar, resulta pertinente una aclaración respecto de los roles de género. Esta forma de concebir la detención domiciliaria no debería reforzar el estereotipo de la mujer como gestante o madre. No hay dudas de que la imagen totalizadora de la mujer embarazada/madre como ideal ha calado profundamente en las instituciones del sistema penal, tanto así que en muchos instrumentos legales las mujeres solo aparecen como sujetos de protección cuando se las vincula con la maternidad y la función procreadora. Sin embargo, cuando las interpretaciones judiciales reconocen los requerimientos específicos de las mujeres embarazadas o con hijos/as pequeños/as bajo su cuidado, y sirven para la preservación de la autonomía y la promoción del pleno ejercicio de los derechos reproductivos, estas merecen ser destacadas.

Bibliografía

Alderete Lobo, R. 2012. "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos (una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)". En: Defensoría General de la Nación. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Anderson, T. L. 2003. "Issues in the Availability of Healthcare for Women in Prison". En: S. F. Sharp y R. Muraskin (eds.). *The Incarcerated Woman: Rehabilitative Programming in Women's Prisons*, 49-60. Upper Saddle River: Prentice Hall.

Ashdown, J. y M. James. 2010. "Mujeres en detención". En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 877: PÁGINAS.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación. 2011. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Centro Global Avon para las Mujeres y la Justicia - Clínica de Derecho Internacional de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell, Defensoría General de la Nación y Clínica de Derecho Internacional de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, *Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias*. Consultado el 5 de mayo de 2014. <http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>.

Daly, K. 1994. *Gender, Crime and Punishment*. New Heaven - Connecticut: Yale University Press.

Davis, A. y C. Shaylor. 2001. "Race, Gender and the Prison Industrial Complex: California and Beyond". En: *Meridians* 2 (1): 12-14.

Davis, A. 2003. *Are Prisons Obsolete?* Nueva York: Seven Stories Press.

Flavin, J. 2009. *Our Bodies, Our Crimes: The Policing of Women's Reproduction in America*. Nueva York: New York University Press.

Hatton, D. C. y A. Fisher (eds.). 2009. *Women Prisoners and Health Justice: Perspectives, Issues and Advocacy for an International Hidden Population*. Nueva York: Radcliffe Publishing.

- Hedderman, C. y L. Gelsthorpe. 1997. *Understanding the Sentencing of Woman*, Home Office Research and Statistics Directorate. Londres: EDITORAL.
- Larguía, M. 2000. "Proyecto maternidades centradas en la familia". En: *Revista del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá*, 19 (4): 190 -192.
- Puga, T. 2001. "Los derechos del niño". En: *Archivo argentino de pediatría*. Consultado el 5 de mayo de 2014. <http://www.sap.org.ar/docs>.
- Quaker United Nations Office. 2008. *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*. Consultado el 5 de mayo de 2014. <http://www.quno.org>.
- Quaker United Nations Office. 2012. *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez*. Consultado el 5 de mayo de 2014. <http://www.quno.org>.
- Roth, R. 2004. "No New Babies? Gender Inequality and Reproductive Control in the Criminal Justice and Prisons System". En: *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 12 (3): 391-425.
- 2010. "En búsqueda del Estado: ¿quién gobierna los derechos reproductivos de las mujeres en prisión?". En: P. Bergallo (comp.). *Justicia, género y reproducción*. Buenos Aires: Red Alas – Librería.
- Sola, A., 2011. "Necesidades de los padres y la familia". En: *Cuidados neonatales*. Buenos Aires: Edimed.
- Spitz R. I. 1945. *Hospitalism: An Inquiry into the Genesis of Psychiatric Conditions in Early Childhood*. Nueva York: New York University Press.
- UNODC y OMS. 2009. *Women's Health in Prison. Correcting Gender Inequity in Prison Health*. Consultado el 5 de mayo de 2014. http://www.euro.who.int/data/assets/pdf_file/0004/76513/E92347.pdf.
- Uriburu, G. (coord.). 2008. *El modelo de maternidad centrada en la familia: Experiencia del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá". Estudio de buenas prácticas*. Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud.

VI

REINCIDENCIA

**¿Más sobre la reincidencia?
Notas sobre el peligrosismo, los eufemismos,
los vivos, los muertos y sus espíritus**
*Un análisis crítico de los votos de los jueces de la
Cámara Federal de Casación Penal
en el período 2011-2013*

Adrián N. Martín¹

“La tradición de todas las generaciones muertas oprime como una pesadilla el cerebro de los vivos.”
(Karl Marx)

I. ¿Qué más decir sobre la reincidencia?

Ante la propuesta de efectuar este trabajo, la duda que inmediatamente ha surgido en mí fue qué más decir sobre un instituto que, desde mi óptica, es tan evidentemente contrario a las disposiciones constitucionales y convencionales, y sobre el tanto se ha escrito.

Sin embargo, consideré que un aporte novedoso y útil a los fines de esta publicación podría ser la sistematización y el análisis crítico de los fundamentos centrales sobre los cuales la mayoría de los actuales integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) se han expresado para considerar la validez constitucional de esa figura.

En consecuencia, con la gran ayuda de Anabel Solimando, he recopilado y analizado las sentencias más relevantes dictadas en los últimos dos años por la CFCP, y las referencias que en ellas se hacen a votos emitidos antes.

¹ Presidente de la Asociación Pensamiento Penal (APP). Juez de Tribunal Oral en la Capital Federal. Docente e Investigador (Universidad de Buenos Aires – Universidad Abierta Interamericana). Docente de la Escuela del Servicio de Justicia (MPF-MPD-UNLaM) y de la Maestría en Criminología y Periodismo (Universidad Nacional de La Plata). amartin@pensamientopenal.org.ar

La decisión de acotar el período de estudio a los últimos años y, en particular, desde fines del año 2011, ha tenido como explicación la incorporación a la CFCP de cuatro nuevos integrantes, sin perjuicio de que desde ese período también data la designación de un juez de un tribunal oral con un carácter que podría denominarse “subrogante permanente”. Debido a ello, no consideraré las decisiones de jueces que hayan integrado la cámara de referencia, incluso durante ese período, pero que ya no forman parte de ella.

II. Breves notas sobre la cuestión constitucional

Como indiqué en el apartado precedente, y teniendo en cuenta lo que escribí en trabajos anteriores (cfr. Martín 2006, 2007a, 2007b, 2009)², es poco o nada lo que puedo aportar de novedoso a la cuestión teórica sobre la inviabilidad constitucional y convencional del instituto de la reincidencia. Sin perjuicio de ello, como prolegómeno a este trabajo es posible mencionar brevemente que la figura en cuestión, según donde se radique su fundamento, afecta la exigencia de un “derecho penal de acto” y/o lesiona la prohibición del doble juzgamiento.

Un primer señalamiento invisibilizado por las construcciones discursivas radica en que no es posible observar evidencias empíricas que permitan diferenciar dos acciones idénticas que cometieran dos personas cuando una de ellas ya ha cumplido pena como condenado con anterioridad. Es decir, como señala Zaffaroni (1993, 125), el agravamiento de la respuesta punitiva al declarado reincidente nada tiene que ver con el injusto “porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario”. Ello nos conduce directamente a la evidente conclusión de que el plus de pena responde a algo distinto de la acción cometida y ahora juzgada. En efecto, o bien ese plus punitivo se halla en contraposición flagrante con el denominado “derecho penal de acto”, al contemplarse alguna cuestión que va más allá de su propia conducta, con independencia de que a este excedente se lo denomine peligrosidad, desprecio por la pena, insensibilidad a la amenaza, etc.; o bien, se valora por segunda vez una acción anterior ya juzgada.

Obsérvese que sobre un tópico idéntico, la mayoría de la CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) en el fallo “Gramajo” (*Fallos* 329: 3680) señaló que la doctrina legitimante se enfrenta “ante una disyuntiva de hie-

2 Asimismo, he analizado la cuestión de la inconstitucionalidad de la figura desde mi rol de juez desde la sentencia dictada en la causa nº 3537 “Cerneira” del registro del Tribunal Oral en lo Criminal nº 15 de la Capital Federal, publicada en la Revista Pensamiento Penal, 134, el 2 de noviembre de 2011, disponible en el siguiente link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/arma-utileria-inconstitucionalidad-reincidencia-inconstitucionalidad>

rro", puesto que, o bien admite que la pena se corresponde al último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad, o en cambio fundamenta ese plus punitivo "atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaaría dos veces por los mismos hechos". No hay dudas de que esta "disyuntiva de hierro" es asimilable a la que presenta el instituto de la reincidencia, ya que el solo efecto de privar, en abstracto, a los reincidentes de la libertad condicional implica un plus punitivo insoslayable.

En lo personal, considero que, más allá de que ambas críticas son fuertes, el sentido último de la reincidencia tiene que ver con la filiación a un *inconstitucional* derecho penal de autor, tal como afirma la más calificada doctrina penal (cfr. Maier 1998, 642; Vitale 1998, 104-106; y Magariños 1997a y 1997b, 99-100).

Es evidente que si una disposición de índole penal no responde a la exigencia del "derecho penal de acto", implicará una forma de "derecho penal de autor", pero también es cierto que muchas veces una concepción acotada de esta última forma prohibida hizo más críptico y confuso el análisis. Por ello es necesario visibilizar que ningún elemento distinto a un hecho humano exteriorizado, público y lesivo de bienes jurídicos, puede justificar la habilitación de poder punitivo, so riesgo de que esa habilitación –sea total o parcial– conlleve una forma encubierta de afectar la manda constitucional denominada "derecho penal de acto".

Además de esos cuestionamientos, se debe indicar cuáles fueron las bases de este instituto, a fin de pensarla desde el principio de saneamiento genealógico sostenido por Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 131), y receptado por la CSJN en el caso "Gramajo". Desde esta perspectiva, también se puede advertir que el peligrosismo positivista aún vive en las construcciones discursivas de las agencias judiciales.

El Código Penal de 1886 (ley 1920) incluía dos referencias genéricas a la reincidencia como agravantes: "[...] haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señala igual o mayor pena" (art. 84.18), o "[...] ser reincidente de delitos de la misma especie" (art. 84.19). Esas pautas, por regla general, operaban conforme lo previsto en el art. 52, impulsando al juez a alejarse del término medio como punto de ingreso en la escala penal. Sin embargo, ya no como forma de determinar el *quantum* punitivo, sino como modalidad de hacer efectivo el encarcelamiento, el 26 de diciembre de 1895 se promulgó la ley 3335, que disponía que los reincidentes por segunda vez cumplirían las penas "correccionales o de prisión [...] en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo design[ara] al efecto".

El establecimiento del territorio del sur fue la cárcel de Ushuaia, cuyo proyecto de construcción había sido presentado por primera vez en el Congreso Nacional por parte del Poder Ejecutivo Nacional con firma del presidente Julio A. Roca y su ministro Eduardo Wilde, en 1883, momentos en que estaba en estudio el proyecto de Código Penal finalmente sancionado.

El proyecto tenía por objetivo, tal como lo explicitaba su art. 3º, que el Poder Ejecutivo:

[...] en todos los casos en que por las leyes penales los Jueces Federales y los de la Justicia de la Capital imp[usieran] penas de presidio, deportación, trabajos públicos o forzados, servicio militar en las fronteras, o prisión por más de 3 años, [pudieran] destinar a los sentenciados a cumplir su condena en el paraje indicado, debiendo determinar los jueces si [pasarían] simplemente como deportados o si [debían] cumplir la pena en prisión con trabajos forzados.

Los motivos que se explicitaban en ese proyecto, y sobre los cuales deberá recaer el análisis genealógico, eran: a) que el proyecto de Código Penal que estaba en estudio en el Congreso no establecía la pena de deportación “tal vez porque la Comisión que lo redactó, observó que no existía en el país un lugar preparado para hacerla cumplir”; b) que ese proyecto fijaba la pena de presidio, pero “la Nación no dispone tampoco de sitios destinados a ejecutarla en la forma en que el legislador lo ha querido”; c) que las provincias no tenían cárceles adecuadas y “mirarían como un gran beneficio el que la Nación se las ofreciera”; y d) que “un presidio situado en las apartadas regiones, en que lo proyecta el Poder Ejecutivo, sería por otra parte el primer elemento de población en ellas”.

En esa oportunidad, el proyecto de ley no fue sancionado, por lo que años más tarde, en 1894, el Poder Ejecutivo Nacional volvió a presentar un proyecto similar que hacía referencia a aquel otro, esta vez firmado por el entonces presidente Luis Sáenz Peña y su ministro José V. Zapata, y que, reeditando el proyecto fracasado, pretendía que las penas que los jueces impusieran “a los reincidentes por tercera vez” fueran cumplidas “en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo design[ara] al efecto”.

Esta vez las razones esbozadas en el proyecto fueron las siguientes: a) que existía ya un número “considerable de delincuentes que aloja constantemente la Policía en esta Capital”, estimando un número cercano a los seiscientos o setecientos, y que “algunos de los cuales cuentan ya, 10, 20, 30 y 50 registros, individuos que viven del vicio y que son una amenaza permanente para la sociedad”; b) que “la ley ha considerado justamente que la reincidencia es una circunstancia agravante del castigo que inflige

al delito en sí mismo, viendo en la reiteración del último el síntoma de una perversión mayor en el agente, y el indicio de un peligro social más inminente, lo que determina la aplicación de una pena nueva y más eficaz"; c) que "aquellos criminales incorregibles obtienen fácilmente su libertad, ó por el pronto cumplimiento de su condena ó porque algunos la consiguen bajo fianza en la Capital"; y d) que ante ello era conveniente "alejar por un tiempo esos elementos que se mantienen hacinados en prisiones inadecuadas, donde conciernen los nuevos delitos que han de cometer a su salida".

El proyecto destacaba que no era esa la oportunidad de encarar una reforma del sistema penal que incluyera la pena de deportación, pero que sí podía analizarse en ese momento, sin modificaciones sustanciales a la legislación vigente, este tipo de "mejora" propuesta lo que permitía "aleja[r] de los grandes centros de población al criminal".

Vale señalar que al iniciar el año 1935, según informara el diputado nacional Manuel Ramírez, quien publicó un informe titulado *El presidio de Ushuaia. La ergástula del Sud* (1935), de las quinientas treinta y ocho personas alojadas con condena en el penal de Ushuaia, noventa y nueve se hallaban condenadas a reclusión por tiempo indeterminado, diez a penitenciaría por tiempo indeterminado, y el resto a penas privativas de libertad temporales.

A partir de lo explicitado es propicio destacar que la calidad de reincidente, aún desde la perspectiva de "ajuste" en el tratamiento penitenciario, ha desembocado en la historia reciente de nuestro sistema penal en forma anexa a concepciones de derecho penal de autor de aquellos "incorregibles" que, si bien no se habían hecho aún acreedores a la pena de reclusión por tiempo indeterminado, sí eran ya calificados como sujetos peligrosos o, al menos, "molestos" para el orden social y por ello debían ser "alejados de los grandes centros de población".

Es, entonces, desde esta perspectiva que deberá luego considerarse la figura de la reincidencia como expresión de derecho penal de autor, aún bajo el pretendido ropaje de un mero "ajuste" en el tratamiento penitenciario. Ello se advierte de los propios fundamentos de los votos que se han analizado para este trabajo, tal como lo mencionaré más adelante.

Por otro lado, pero en la misma línea, cabe recordar aquí las palabras del procurador en el caso "Sosa" (*Fallos* 324:2153), a las que se remitió la CSJN en su anterior composición al analizar la validez del art. 52 CP. En ese momento, el procurador expresó respecto de la reclusión por tiempo indeterminado, pero con argumentos asimilables a la figura de la reincidencia:

[...] la circunstancia de que la persona haya sufrido condenas anteriores por hechos de similar naturaleza, y que haya cumplido pena pri-

vativa de libertad como consecuencia de su actuar, muestra que tales condenas no le han servido de advertencia para no volver a cometer delitos [...] los antecedentes condenatorios del autor [...] reflejan una cierta habitualidad en la ejecución de hechos ilícitos, y es esta habitualidad la que hace necesaria una mayor respuesta desde las necesidades de la prevención-especial.

A partir de allí, de la CSJN en su anterior composición, explicitó que “la reclusión es una medida de seguridad que se impone en defensa de la sociedad a los delincuentes considerados incorregibles y el Código adopta como índice de esa incorregibilidad el número y gravedad de las anteriores condenas que el delincuente ha sufrido”. Añadió entonces que “el pronóstico de reiteración, basado en la peligrosidad expresada por el autor, y no la culpabilidad por el hecho con ocasión del cual se impone como accesoria de la condena, constituyó el fundamento tenido en cuenta por el legislador penal para establecer la reclusión por tiempo indeterminado, en el artículo 52 del Código Penal”.

Ante ello, las consideraciones vinculadas al pronóstico de peligrosidad y a la característica de incorregibilidad de quienes se hallarían incurso, tanto en la figura de la multirreincidencia como en la de la reincidencia, pueden ser rastreadas en las legislaciones penales del siglo XIX.

III. Control de constitucionalidad y convencionalidad

Ahora sí, respecto del objeto central de este trabajo, es pertinente observar, en primer lugar, que resulta llamativo que la mayoría de los jueces de la CFCP que deciden a favor de la constitucionalidad de la figura, inician su voto explicitando que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción, que su gravedad debe estimarse como *ultima ratio* del orden jurídico, y añaden que “las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”³.

3 Cfr. en tal sentido o similar, las siguientes sentencias: CFCP, sala II: causas nº 12.299 “Ríos, Ramón Eduardo” del 30/12/2011 y nº 14.721 “Deheza, Héctor Floro”, del 03/04/2012 (votos de la jueza Figueroa), entre otras; CFCP, sala III: causas: nº 13.074 “Gómez, Humberto Rodolfo” del 19/04/2011 (voto del juez Riggi); CFCP, sala IV: causas: nº 14.413 “Reyna, Dario Daniel” del 21/11/2011 (votos de los jueces Borinsky y Hornos); nº 13.630 “Arrieta, Walter Sergio” del 27/03/2012 (voto del juez Geminagni con la adhesión de los jueces Borinsky y Hornos), causa nº 15449 “Silva, Diego Antonio”, del 05/09/2012 (voto del juez Hornos con la adhesión de los jueces Geminagni y Borinsky), entre otras.

Ahora bien, la mera referencia a la gravedad que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma parece algo perimida, al menos, en la forma en que es enarbolada por tales votos. En efecto, por un lado, se desentienden de una serie de datos objetivos relacionados a la vigencia de la figura, la que no solo ha sido crecientemente cuestionada por la mayor parte de la doctrina, sino que han aumentado las decisiones judiciales de diversos sectores del país que la ponen en crisis, incluyendo en esos decisorios a producciones de tribunales superiores de las provincias⁴. Por otra parte, tampoco esos votos consideran que los últimos dos anteproyectos encargados por el Poder Ejecutivo Nacional a las comisiones, integradas por destacados juristas, han propiciado su eliminación⁵. Por último, evitan analizar la relación de la figura con lo resuelto por la CorteIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, también invocada por la CSJN en el fallo “Gramajo”. En aquel se señaló que este tipo de leyes penales constituyan “una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido”, y por ello implicaban la sustitución de un derecho penal de acto, propio de una sociedad democrática, por otro de autor, que necesariamente abre la puerta al autoritarismo en un ámbito en que se ponen en juego bienes jurídicos de jerarquía superior.

Ahora bien, antes de avanzar sobre alguno de los puntos señalados, cabe inicialmente destacar que esa perspectiva restrictiva de la declaración de inconstitucionalidad ha sido al menos puesta severamente en cuestión por la obligatoriedad de que el Poder Judicial efectúe un control de convencio-

4 Cfr. a modo de ejemplo CSJN, causa nº 10.154 “Alvarez Ordoñez”, del 05/02/2013 (disidencia del juez Zaffaroni); Suprema Corte de la Provincia de Tucumán, causa nº 24.846/2007 “A.,E.O.y V.,S.H.”, del 20/12/2012; Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe, expte. CSJ nº 96/año 2010, “Herrera, Gerardo Gabriel” del 07/12/2011 (disidencia de los jueces Gastaldi y Erbetta); CFCP, sala II, causa nº 13.401 “Argañaraz, Pablo Ezequiel”, del 08/05/2012; Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala I, causas nº 56.249, “Miranda Medel, Jorge Alejandro”, del 08/05/2013 y nº 58.015 “Parisotti Rodríguez, Mario”, resuelta en el mes de junio de 2013, entre otras; Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de Tierra del Fuego, causa nº 532/2013 “Miranda Díaz, José Antonio”, del 27/08/2013; Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 de la Capital Federal causa nº 3887 “Avila, Gustavo Ariel”, del 05/09/2011. Asimismo, es de relevancia la instrucción general para los integrantes del MPF de la Provincia de Entre Ríos a fin de que los fiscales no se opongan a la libertad condicional de quienes hayan sido declarados reincidentes, del 29/11/2011.

5 Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (2006), elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, creada por Resolución Ministerial Nº 303 del 14 de diciembre de 2004 y sus anexas Nº 497/05, 136/05 y 736/06, y Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (2013), redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por decreto 678 del 7 de mayo de 2012.

nalidad en cada una de las decisiones que adopte, tal como lo ha establecido la CorteIDH en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*, entre otros.

La CSJN ha recuperado esa cuestión, por un lado, en cuanto a la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como así también las sentencias de la CorteIDH y los dictámenes de la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) al ámbito interno. Asimismo, la CSJN también destacó, con relación al obligatorio control de constitucionalidad, que este debe ser efectuado aún sin requerimiento de parte, y que ello incluye también el control de convencionalidad.

En suma, y sobre el control de convencionalidad en este tipo de normas, vale destacar lo dicho por el juez Slokar: "...si bien es cierto que los jueces no pueden arrogarse facultades legislativas, no es menos exacto que los legisladores no pueden incumplir la constitución ni –mucho menos- instigar a los magistrados a provocar condenas al Estado nacional"⁶.

A pesar de estas imposiciones convencionales, la mayoría de los casos que resuelven la validez constitucional de la figura en cuestión no se abocan a procurar armonizar las claras directrices internacionales con el instituto cuestionado.

IV. La innegable vinculación de la reincidencia con el caso “Gramajo”: una interpretación miope

Entre las cuestiones novedosas surgidas del acopio jurisprudencial, está el hecho de que en algunos casos las defensas han incluido en sus agravios que mantener la validez de la reincidencia colisionaba con lo dispuesto por la CSJN en el caso “Gramajo”. Estos planteos, cuando fueron resueltos explícitamente, han sido rechazados con fórmulas basadas en correr el foco de estudio, minimizando el precedente citado. En tal sentido, se dijo, por ejemplo, que ese precedente no resultaba aplicable ya que:

[...] cuando se afirmó que la norma del art. 52 del CP vulnera el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, se hizo sobre la estricta consideración del supuesto de multireincidencia en los casos de delitos de poca envergadura cuyo monto impuesto en la última de las condenas se ve considerablemente incrementado [...] como consecuencia de la aplicación de esta “pena conjunta”[...]. [En ese sentido, es dable ponderar que se dejó especial constancia de que] *en esta causa no se ventila la*

⁶ CFCP, sala II causa n°19.569 “Rearte, Mauro Germán” del 21/12/2012 (voto en disidencia del juez Slokar).

constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados [...] la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia [...]. En definitiva, una cosa es la severidad en el cumplimiento de la pena -lo que ocurre cuando se declara al responsable de un delito reincidente-, lo que no es constitucional según la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra es la imposición de una pena conjunta que denota una prolongación -indebida, por cierto- del tiempo de pena individualizado por el hecho por el que recae una condena, lo que ocurre al imponer la pena prevista en el art. 52 del C.P. en los casos de multireincidencia⁷.

Con el mismo artificioso recorte se sostuvo:

[...] los fundamentos se refieren a la inconstitucionalidad de dicha accesoria, y no de la reincidencia, por ser violatoria de las garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes), particularidades que no son propias de la declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni siquiera puede considerarse una pena. Por tales fundamentos, resulta a mi juicio indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al “test de constitucionalidad y convencionalidad”, no resultan irritas o inconstitucionales⁸.

Por otra parte, también se utilizó una mirada recortada del caso en otros votos, en los que se indicó:

[...] tampoco puede hasta el momento suponerse que la Corte...intente cambiar su criterio acerca de la reincidencia a raíz de lo decidido en su fallo «Gramajo»... en relación a la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Pe-

⁷ CFCP, sala IV, causas nº 14.672 “Hernández, Juan Ramón” del 07/03/2012, nº 13.635 “Agüero, Cristian Gustavo” del 13/07/2012 y nº 13.630 “Arrieta, Walter Sergio” del 27/0/2012 (votos del juez Gemignani, con la adhesión de los jueces Borinsky y Hornos). En idéntico sentido CFCP, sala IV, causa nº 15.962 “Reyna, Darío Daniel” del 21/11/2011 (voto del juez Borinsky).

⁸ CFCP, sala II: causa nº 12.299 “Ríos, Ramón Eduardo” del 30/12/2011 (voto de la jueza Figueroa).

nal. Muy por el contrario, con sólo repasar los fundamentos de la inconstitucionalidad de dicha accesoria, y no de la reincidencia, se advierte que fue declarada a raíz de su asimilación a una pena que, por su entidad y características, viola garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a que ya se hizo alusión (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7º, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes), particularidades que, por cierto, no son propias de la declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni siquiera puede considerarse una pena⁹.

También se echó mano al voto concurrente del juez Petracchi en el caso “Gramajo” para desentenderse del planteo de la defensa respecto de la aplicabilidad del voto mayoritario de la CSJN. Así se señaló:

[...] el juez Petracchi en su voto sostuvo que “si bien esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14 del C.P.) sin ver en ello una violación al ‘non bis idem’, no se debe perder de vista que el ‘ajuste’ del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella”¹⁰.

No cabe sino disentir con estas argumentaciones que recortan y minimizan, y en buena medida ocultan, parte de los fundamentos de la mayoría de la CSJN. En efecto, el fallo “Gramajo” no solo es de ineludible utilidad, sino que hace expresa remisión a lo dicho por la CorteIDH en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*.

Lejos de acotar el estudio del tema a los puntos referidos, la CSJN individualizó en el caso del instituto previsto en el art. 52 CP varias lesiones a disposiciones de rango constitucional que pueden ser agrupadas en grandes conjuntos, a saber: a) lesión al derecho penal de acto y consecuente creación

⁹ CFCP, sala II, causa n° 14.423 “Rearte, Mauro Germán” del 21/12/2011 (voto de la jueza Catucci). En este caso el juez David se circunscribió a señalar que en el caso “Gramajo” “[...] se resolvió acerca de la constitucionalidad del art. 52, por lo que de aquel precedente no es válido realizar ninguna inferencia respecto de los arts. 50 y 14 del C.P.”, añadiendo luego la misma referencia que en otros votos se ha hecho al voto concurrente del juez Petracchi.

¹⁰ CFCP, sala IV, causa n° 15.449 “Silva, Diego Antonio”, del 05/09/2012 (voto del juez Hornos).

de un derecho penal de autor atentatorio de los principios de reserva y autonomía moral; b) afectación a la exigencia constitucional de únicamente pena acciones que lesionen bienes jurídicos; c) vulneración al principio que proscribe la aplicación de penas desproporcionadas y por ende crueles; y d) atentado al principio que proscribe el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

Obsérvese que con relación al primer tópico, lesión al derecho penal de acto, la CSJN consideró la genealogía del instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, para derivar de allí que ella ha tenido lugar en nuestra legislación como una continuación de la pena de deportación o relegación, y por ello es violatoria del derecho penal de acto. En ese sentido, se afirmó que esta era la “verdadera naturaleza” de la de reclusión por tiempo indeterminado, y que su razón de ser radicó históricamente en “la deportación como reemplazo de las galeras, como recurso para descargar las prisiones abarrotadas y eliminar de los grandes centros urbanos a quienes cometían delitos de menor gravedad pero eran molestos a la autoridad”. Así, la CSJN añadió que si bien “los autores de delitos graves eran penados con largas prisiones o con la muerte [...] los condenados por delitos leves reiterados molestaban y no podían ser eliminados con las penas ordinarias”. Dicho esto, sentó una serie de principios de importancia superlativa, no solo por la trascendencia que han tenido para resolver ese caso, sino especialmente por las consecuencias que su aplicación debería conllevar respecto de la legislación penal argentina, como por ejemplo, respecto del instituto de la reincidencia, tal como ya indiqué.

Es así que destacó la CSJN que “la idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional”, porque se contrapone abiertamente con las garantías constitucionales, en especial, las relacionadas a la finalidad de la pena que “no puede ser [...] sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad”. Es por ello que se sostuvo que existiría un ejercicio del poder punitivo basado en un derecho penal de autor en los casos en que:

[...] no se est[uviera] retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunt[ara] a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido [...] debido a la forma en que conduce su vida, [fuera] que el estado decid[iera] considerar culpable o peligrosa.

Adviértase que no cabe aquí hacer distinciones con el instituto de la reincidencia, máxime cuando la propia CSJN afirmó que en esos casos, sea que se midiera la culpabilidad o la peligrosidad, no se estaría considerando la lesión

a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente. Así es que afirma que no se estaba retribuyendo la “lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto”, sino que con ella se pretendía encerrar a una persona en una prisión “debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa.” Por otra parte, la CSJN reafirmó esos principios, pero basándose en los principios de reserva y de autonomía moral de las personas, e indicó que no es posible imponer una pena “en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido” y no se puede entonces “juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo [...]”.

Por su parte, el juez Fayt también aportó algunos argumentos adicionales. Reafirmó la imposición constitucional que una “reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo” y con “respeto del principio de culpabilidad”. Así, además expresa con referencia a la reclusión por tiempo indeterminado que “cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique”, en tanto “desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo”. La razón es “el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado”. En ese sentido, e indisolublemente unido a este exceso de poder punitivo, se aborda también en ese voto el estudio sobre la cuestión de la “peligrosidad” desde una perspectiva genealógica.

Asimismo Fayt sostuvo que “no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho”, y agrega que “sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad”. Por último en este punto, y con cita del caso “Salort” (*Fallos*: 308:2236), a su vez citado en su propio voto en el caso “Guazzoni” (*Fallos*: 324:4433), reafirmó que “lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos” y que de no ser así:

[...] implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada.

En este último pasaje, el magistrado citó los votos de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en el caso “Dessy” (*Fallos*: 318:1894) y la propia disidencia en el caso “Tortora” (*Fallos*: 313:1262), ambos citados en el caso “Guazzoni” (*Fallos*: 324:4433).

No resulta complejo ni alambicado deducir que los fundamentos vertidos por la CSJN y, en especial, los aquí extractados, resultan de inmediata aplicación a la figura de la reincidencia. Sin embargo, la mayoría de los jueces integrantes de la CFCP ha insistido en que el instituto de la reincidencia no implica abrir juicio sobre la peligrosidad del condenado, ni sobre ninguna otra característica personal que implique un ilegítimo derecho penal de autor. Considero que esa afirmación es solo una aseveración huérfana de todo fundamento debido a los análisis precedentes. No obstante, advierto dos votos que ponen blanco sobre negro, con una claridad que me exime de mayores comentarios. En el caso “Rearte”¹¹, a pesar de que el nombrado había sido calificado con conducta ejemplar y concepto bueno por el servicio penitenciario, la jueza Catucci sostuvo que, aun teniendo en miras que los tratados internacionales adhieren a la concepción de la reinserción social, “la proclividad delictual y la condena anterior que registra, son claras muestras de que no está en condiciones de lograr esa reinserción”, y concluye en la validez de la declaración de reincidencia. Por su parte, la jueza Figueiroa, en el caso “Ríos”¹², tuvo expresiones muy similares. Así, aseveró que a pesar del propósito de reinserción social “las condiciones particulares del enjuiciado y, justamente, la proclividad delictual y la condena anterior que registra, constituyan conductas del quejoso que manifiesten su desprecio por el derecho y que pese su privación de libertad, no puede obtener la reinserción que el sistema pretende”.

Estas indicaciones no hacen más que dar cuenta acabadamente que las pretensiones de que la declaración de reincidencia no se corresponde con variantes del peligrosismo positivista, son meras expresiones vacías de contenido.

En suma, es absolutamente adecuada y coincidente con lo dicho por la CSJN la afirmación de Zaffaroni al criticar el instituto de la reincidencia. Indicó que resultan respuestas punitivas excedentes de la lesión al bien jurídico, a pesar de que se pretendan fundamentarlas en alguna clase de desinterés o desprecio hacia ordenamiento jurídico. Apuntó con claridad:

[...] el mayor contenido injusto no respondería a una mayor lesión del bien jurídico afectado por el segundo delito, sino a la lesión de la imagen del Estado como proveedor de seguridad jurídica, lo que sería un bien jurídico diferente: un delito diferente que vendría a concurrir idealmente con el segundo delito cometido, con lo cual se habría creado una suerte de doctrina de la “seguridad nacional” en versión dogmático-penal [...]. [N]unca la autoridad misma del Estado puede ser un bien jurídico,

11 CFCP, sala II causa nº19.569 “Rearte, Mauro Germán” del 21/12/2012.

12 CFCP, sala II: causas nº 12.299 “Ríos, Ramón Eduardo” del 30/12/2011

porque ese supuesto bien jurídico resultaría finalmente, único y degluti-
ría al resto. Esto es claramente el naufragio del bien jurídico¹³.

V. Suponiendo la constitucionalidad... ¿de quién es la carga de la prueba en el sistema acusatorio?

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, y de mi fuerte convicción sobre la inviabilidad constitucional y convencional de la figura de la reincidencia, cabe efectuar algunas otras consideraciones, en especial teniendo en cuenta el criterio mayoritario de la CFCP y la finalidad práctica de este trabajo.

En efecto, si se considerara que la reincidencia está fundada en el fracaso del tratamiento penitenciario anterior, deberían analizarse un cúmulo de situaciones antes de declarar a alguien reincidente. Obsérvese que se ha dicho, con antiguas citas de la CSJN, que “el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”. Ello presupone que las agencias estatales han cumplido cabalmente con sus obligaciones legales, constitucionales y convencionales en lo que hace a la ejecución de la pena privativa de libertad. Solo así es posible admitir que del mero dato “objetivo y formal” puede derivarse el pretendido “desprecio” y el consiguiente “fracaso” al que el Estado sería totalmente ajeno.

Es sobre la base de una pretendida ajenidad estatal absoluta a partir de lo que la CSJN soslaya la cuestión constitucional, y asevera que es posible “ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario [...] para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en un nuevo delito penal”. La pretendida inexistencia de afectación al principio de igualdad presupone que lo único que varía en cada caso es el “desprecio”, que no solo encubre una etiqueta peligrosista, sino que presume que el condenado ha sido beneficiario de una política pública inclusiva y resocializadora. Es así que se concluye que “el principio de igualdad tampoco obsta a que el codificador contemple de diferente manera situaciones que considera distintas, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable”.

Si así queda circumscripta la cuestión –como parece derivarse de los votos de la mayoría de los jueces que fundan sus convicciones en los casos “Gómez Dávalos” y “L’Eveque” de la CSJN¹⁴–, en tales supuestos el acusador

13 Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, en pleno, “Guzmán, Miguel F”, del 08/08/1989.

14 Cfr. CFCP, sala III causa nº 13.074 “Gómez, Humberto Rodolfo” del 19/04/2011 (voto del juez Raggi, con cita de los fallos de esa misma sala en las causas nº 189 “Pajón, Armando” del

debería demostrar todas y cada una de las circunstancias sobre las que basará su acusación y el pedido de pena y, en particular, que no se está ante una discriminación ilegítima. Como ya lo señalara, el plus de tiempo que una persona habrá de estar encerrada por el solo hecho de haber sido declarada “reincidente” es un agravamiento de las condiciones de detención que tiene que ser justificado.

No solo es una obligación que se deriva del sistema de enjuiciamiento acusatorio constitucionalmente dispuesto, sino que además es requisito ineludible para contradecir, en el caso concreto, las habituales condiciones de detención que existen en el sistema penitenciario, pero también sobre las condiciones previas a la detención –en especial durante su infancia– que han atravesado los sectores más vulnerables de la población y del que suelen provenir las personas prisionizadas.

No es posible seguir negando un “secreto a voces” que ciertas prácticas judiciales se empecinan en invisibilizar: la realidad carcelaria. Basta con ingresar a un establecimiento penitenciario, escuchar con atención a una persona detenida en ellos u observar los legajos en trámite ante los juzgados de ejecución penal para advertir las prácticas que operan en ese ámbito, aún a pesar de los intentos de muchos operadores del sistema penal por reducir las aberraciones que han constituido a la cárcel en forma estructural. No hay más que transitar por algunos ya clásicos libros de la criminología para comprender que esas situaciones no responden a coyunturas latinoamericanas especiales, a pesar de la especial cuota de crueldad que en esos márgenes planetarios pueden observarse en ciertos casos¹⁵.

13/10/1994, nº 206 “Esponda, José Roberto” del 3/09/1994; y nº 1066 “Grimaldi, Oscar” del 26/0/1997) y voto de la jueza Catucci con citas del fallo de la sala I en las causa nº 7081 “Saavedra, Martín Andrés” del 26/6/2006. En el mismo sentido CFCP, sala IV, causas nº 14.672 “Hernández, Juan Ramón” del 07/03/2012 (voto del juez Gemignani, - con citas de las sentencias dictadas por la sala IV en causa nº 9025, “Virgilito, José” del 27/07/2008, nº 8558 “Ricarte, Leonardo Oscar” del 10/09/2008, de la sala I, causa nº 4594 “Collia, Damián” del 28/02/2003; de la sala II, causa nº 5379 “Magarzo, Walter” del 14/03/2005 y de la sala III, causa nº 1066 “Grimaldi, Oscar” del 26/06/97- y con la adhesión de los jueces Borinsky y Hornos), causa nº 13.635 “Agüero, Cristian Gustavo” del 13/07/2012 y nº 13.630 “Arrieta, Walter Sergio” del 27/0/2012 (votos del juez Gemignani, con la adhesión de los jueces Borinsky y Hornos), En idéntico sentido CFCP, sala IV, causa nº 15.962 “Reyna, Dario Daniel” del 21/11/2011 (voto del juez Borinsky). También la sala II, en una composición parcialmente distinta, sostuvo ese criterio en la causa nº 19.569 “Rearte, Mauro Germán” del 21/12/2012 (voto de la jueza Catucci con remisión a su voto en la causa causa nº 1066 “Grimaldi, Oscar” del 26/06/97; y voto del juez David con remisión a sus votos en las causas nº 7374 “Actis, Miguel Angel” del 31/8/2007 y sus citas de las causas nº 2723 “Lapalma A.D. y Lloveras M.F.” del 30/11/2000 y nº 5370 “Maciel, Hugo Orlando” del 23/11/2004.

15 Entre muchos otros estudios se puede confrontar los informes de la Comisión Provincial para la Memoria (CPM), del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y de la Asociación Pensamiento Penal (APP).

Como ya señalara Salas¹⁶, la realidad carcelaria, muchas veces, es muy diferente a la que parece surgir de los textos legales considerados en abstracto. Así, y más allá de los loables objetivos de algunas leyes, el gobierno de la cárcel y de toda institución total suele transitar por la lógica de premios y castigos, en especial, referida a malos tratos, torturas, muertes, aislamientos, requisas, régimen de visitas, déficit alimentario, política de traslados, acceso a la educación, entre otros tópicos. Además Salas afirma:

[...] si la reiteración de una conducta delictiva desnuda algo más que un componente de la personalidad del individuo, protegido por el principio constitucional de reserva (art. 19 CN) ese «algo más» es el propio fracaso de la institución carcelaria que, en el caso concreto del reincidente, habrá inalcanzado el «ideal resocializador» previsto en abstracto legalmente.

Recuérdese que la CADH y el PIDCyP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), entre otros instrumentos internacionales, han establecido que el fin de la pena debe ser la “reforma y readaptación social”. Es sabido que esa ideología de la prevención especial positiva, con auge hace algunas décadas, ha sido criticada con razón por parte de la doctrina (cfr., entre muchos otros, Zaffaroni et ál. 2000, 53-62). Sin embargo, las penas de prisión siguen siendo la forma impuesta con más frecuencia por la legislación para sancionar delitos. Ante esa situación fáctica e inmodificable, de momento, corresponde que las agencias judiciales hagan efectiva esa cláusula convencional procurando, por un lado, tratar de evitar e impedir, de la forma más eficiente posible, las otras afectaciones que trae aparejada la prisionización con la privación de libertad. Pese a ello, no hay más que referirse a los informes de distintas organizaciones internacionales, gubernamentales o no gubernamentales, respecto del estado edilicio de las cárceles, del cumplimiento en la prestación de un adecuado derecho a la salud, de la prohibición de torturas y tratos crueles, de las implicancias de los traslados compulsivos, etcétera.

Asimismo, también las nulas intervenciones que ha tenido el Estado durante la vida de las personas actualmente prisionizadas deben ser evaluadas. En ese marco, no es menor poner en la discusión procesal las condiciones personales de la persona a la que se juzga y que el acusador quiere etiquetar como “reincidente”. En la misma línea de las condiciones carcelarias sufridas con anterioridad, también deben tenerse en cuenta las condiciones de vida, en particular, el efectivo goce de los derechos económicos sociales y culturales a los que la persona juzgada ha tenido posibilidad de

16 Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 de la Capital Federal, causa nº 3887 “Avila, Gustavo Ariel s/robo agravado”, voto del juez Salas.

acceder, al menos, en su infancia y adolescencia, momentos sobre los que el Estado debe garantizar fuertemente esos derechos.

Solo por indicar breves referencias, extraídas del informe realizado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2012, basta señalar lo siguiente: de los aproximadamente 60.000 prisionizados en el país (incluyendo a los más de 30.000 que están en prisión *gozando* de su estado de inocencia), 4.000 de ellos no tenían instrucción formal, otros 14.000 poseían ciclo primario incompleto, y otros 22.000 lo habían completado sin ingresar en la educación secundaria. De los 60.000 prisionizados (incluyendo los que, en prisión, mantienen su estado de inocencia) al momento de ser detenidos, más de 43.000 no tenían empleo o poseían uno solo de tiempo parcial. Además, es posible destacar que, de la población referida, más de 25.000 personas no tenían ni profesión ni oficio al ser detenidos, que en prisión más de 42.000 no participan de programas de capacitación laboral, y que 30.000 no tienen capacitación escolar.

En consecuencia, si la ley penal alcanza casi siempre a los más vulnerables –muchas veces porque esa misma condición les ha impedido construir su invulnerabilidad al sistema–, el encierro estatal debería, al menos, ofrecerles la posibilidad que les negó en sus infancias, adolescencias y juventudes, es decir: debería disminuir esa vulnerabilidad. Sin embargo, ello tampoco ocurre. Entonces, no es posible, a los fines de establecer una mayor habilitación de poder punitivo, desentenderse de las condiciones carcelarias y de las situaciones que atravesó la Argentina en las últimas décadas, coincidentes con la juventud de las personas prisionizadas.

Sobre este último tópico, basta apuntar que en el contexto del análisis de la vulnerabilidad no es posible desentenderse de que durante las últimas décadas del siglo XX se sucedieron procesos económicos, políticos y sociales de marcada relevancia. Los cambios sociales que se registran desde mediados de la década de 1970 han amplificado y diversificado el cuadro de la pobreza, y dieron lugar a la emergencia de segmentos pobres no estructurales, es decir, que no provienen de situaciones de pobreza histórica consolidada y, al mismo tiempo, se agudizó la situación de algunos segmentos de hogares que habían emergido de esa condición, colocando en una situación de vulnerabilidad a franjas significativas de familias.

La década que se inició en 1990 agravó la situación, y en ese sentido se ha dicho que el ingreso al trabajo desde la niñez está asociado con la pobreza, a punto tal que en nuestro país, a principios de la década de 1990, más del 25% de los niños y niñas de 14 años del país pertenecían a hogares con necesidades básicas insatisfechas (NBI) o pobres estructurales, y estaban económicamente activos. No está de más destacar la forma de obtención

de ingresos de tales niños: vender objetos en la calle, bares, subterráneos, abrir la puerta de taxímetros, “cuidar” vehículos estacionados, limpiar parabrisas o juntar cartones y otros desechos de la basura, solos o junto a algún miembro de su familia.

Las transformaciones sociales, en particular, en las grandes ciudades y sus conurbanos, acaecidas desde mediados de la década de 1970 y agudizada en la de 1990, llevaron al quiebre de las antiguas estructuras laborales y familiares que habían organizado la existencia de la mayor parte de la sociedad argentina. Se sabe que en la década de 1990 ciertas formas de consumo básico también se tornan progresivamente inalcanzables. Muchas de las personas nacidas o criadas en un contexto socioeconómico desfavorable tienen como rasgo compartido, entre otras cosas, el haber sufrido desde su infancia desestructuración y privaciones.

En ese contexto, recuérdese que hacia fines de 1999 los jóvenes desocupados duplicaban la tasa nacional de desempleo, que el 40% de los jóvenes estaban bajo la línea de pobreza, que el censo del año 2001 indicó que 1.000.000 de adolescentes de 15 a 19 años estaba fuera del sistema educativo, y que, en 2003, 7 de cada 10 niños y niñas estaba ubicado por debajo de la línea de pobreza¹⁷.

Sobre cuestiones relacionadas, Sofía Tiscornia, en su carácter de perito antropóloga en la audiencia ante la CorteIDH en el caso *Mendoza y otros v. Argentina*, resaltó que “los humanos somos seres situados en el mundo y por ello nuestros actos deben juzgarse también en contextos históricos concretos”.

En ese marco, expresó la necesidad de hacer una breve referencia al contexto social en la que los adolescentes denunciantes ante la CorteIDH habían sido condenados por Argentina. Afirmó Tiscornia:

[...] eran chicos de dieciséis [o] diecisiete años que han iniciado su adolescencia en la década del noventa en Argentina. Década de despidos masivos, de pérdida del lugar de trabajo como eje ordenador de la vida barrial y familiar, de desmantelamiento del armazón de contención del

¹⁷ Cfr. en este sentido innumerables estudios entre los que pueden mencionarse UNICEF, Informe 2003, UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2003; UNICEF, Informe 2004, UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2004; Feldman et. al 1997; Konterlnik 1996; Forni, Floreal 1993; Tenti Fanfani 1993; UNICEF/INDEC/Siglo XXI Editores, *Infancia y pobreza en la Argentina*, Buenos Aires. 1990; UNICEF, “Análisis de situación, menores en circunstancias especialmente difíciles”, República Argentina, capítulo II del Informe N° 10, Serie Divulgativa, Programa Regional Menores en Circunstancias Especialmente Difíciles, Colombia, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1992; entre muchos otros.

Estado. Este contexto que podemos llamar de instalación de la precariedad impide, en particular a los sectores pobres, organizar un tipo de vida estable que habilite la formación de una identidad laboral, la construcción de un oficio y un proyecto de vida [...] todos realizaron desde adolescentes trabajos de poca calificación insuficientes para aprender oficios [...] sus padres no tenían trabajo estable y sus madres tenían trabajos precarios y extenuantes [...].

Con relación a las implicancias en la construcción del proceso identitario de los adolescentes encarcelados, dio cuenta de las alternativas nada auspiciosas que poseen. Así Tiscornia expresó:

¿Qué puede hacer un adolescente en estas circunstancias: puede dejarse morir, enloquecer, enajenarse –lo que ocurre con frecuencia- [...] o puede sino asumir esa identidad, que es la que los tribunales o la penitenciaria van creando a través del castigo sistemático. 'Ser la cárcel', ser un delincuente. Mantenerse vivo a costa de asumir todo lo que se le impone: los golpes, una forma de caminar, de vestirse, de obedecer, de aceptar la arbitrariedad, la sumisión. Quienes han padecido y padecen la cárcel desde muy jóvenes coinciden en el temor de no poder sacarse esa identidad maldita e impuesta cuando vuelvan a la vida social [...]¹⁸.

En términos sustanciales, nada de lo referido precedentemente resulta ajeno a la inmensa mayoría de los casos que recaen en los tribunales penales y sobre los que, al disponerse una declaración de reincidencia, ni siquiera se debate seriamente.

Ese marco no puede ser desoído a la hora de establecer el monto punitivo respecto de alguien que ha cometido un delito, en especial, si es un delito contra la propiedad y, en particular, si se considera su historia de vida, la edad con la que contaba a fines del siglo XX, el contexto socioeconómico de su familia, el grado de vinculación con ella y sus condiciones laborales.

Es claro que podría enarbolararse, en contra de estas tesis, que la CSJN en el caso "Gómez Dávalos" ha afirmado que "si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular [...]" . Esa afirmación es insostenible en sí misma, ya que no es posible cargar sobre el propio imputado un presunto fracaso del

¹⁸ Cfr. video grabado por la CorteIDH y disponible en <http://vimeo.com/album/2058855/video/48744734>.

tratamiento sin ni siquiera admitir la posibilidad de discutir la cuestión. Sin embargo, las evidencias que nos muestra la realidad, a lo que debe añadirse la más reciente jurisprudencia de la CSJN –en especial, los casos “Gramajo”, “Romero Cacharane” (*Fallos* 327:388), “Verbitsky” (*Fallos* 328:1146) y “Lavado” (*Fallos* 329:3863)–, y las decisiones de los órganos internacionales con rango constitucional¹⁹ hacen que las consideraciones que se derivarían del pasaje referido ya no pueden sostenerse.

En consecuencia, y más allá de la flagrante inviabilidad convencional de la figura de la reincidencia, los fundamentos de la mayoría de los jueces de la CFCP no se sustentan sin más con un simple análisis intrasistémico. Resulta ineludible, a partir de los propios argumentos de esos votos, añadir al debate sobre la declaración de reincidencia las cuestiones vinculadas a la forma y condiciones en que el imputado transitó su infancia, como así también de qué forma se garantizaron sus derechos en su condena anterior.

No cabe duda de que el derecho debe ser algo distinto que una mera fundamentación analítica desprovista de toda relación con la realidad social, las prácticas cotidianas y la lógica estructural que da forma a las instituciones, máxime si se argumenta sobre aspectos que se hallan indisolublemente ligados entre sí.

VI. Conclusiones con un optimismo en declive

En suma, si se quisiera mantener la validez de esos anquilosados argumentos peligrosistas, y soslayando la anticonvencionalidad de la figura, el acusador debería acreditar una serie de situaciones para pretender una habilitación punitiva que evite la libertad condicional. No obstante, las artificiosas construcciones argumentales por las que se ha evitado la discusión seria de la constitucionalidad de la reincidencia, aun después del caso “Gramajo”, permiten avizorar que tampoco habrá demasiado lugar en el campo judicial para esas perspectivas.

Podría concluir como alguna vez finalicé un trabajo sobre estos tópicos. En aquella oportunidad, después de respirar las brisas frescas de “Gramajo”, y con un moderado optimismo, recuperaba aquella frase de Raúl Zaffaroni (2009, 125) que nos recordaba que “cuanto más decidida sea la resistencia que como

19 Entre otros fallos de la CorteIDH vale hacer mención a los siguientes: sentencia en el caso *Bulacio v. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100; medidas provisionales respecto del Brasil, en el caso “Cárcel de Urso Branco”, del 7 de julio de 2004; caso *Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, del 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112; y caso “Penitenciarías de Mendoza”, del 22 de noviembre de 2004.

poder jurídico opongamos al Estado de policía (y a su inseparable concepto de enemigo), más pírricas serán sus victorias, o sea, nuestras derrotas”.

Sin embargo, algunos años después, con tormentas que amenazan pleenarios decimonónicos para acallar voces libertarias, aquel optimismo se hace cada vez más difuso. No hay dudas de que se debe seguir batallando en favor de la plena vigencia del Estado de Derecho, y del respeto de los Derechos Humanos de todos y todas, pero el cuadro de situación me lleva a concluir con otra frase que retoma la del inicio:

[...] cuando éstos aparentan dedicarse a transformarse, y transformar las cosas, a crear algo nunca visto [...], es precisamente cuando conjuran temerosos en su auxilio los espíritus del pasado [...]. (Karl Marx)

Post scriptum

Algunas semanas después de haber finalizado este trabajo, la CSJN –integrada por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Fayt y Petracchi– dictó sentencia en el caso “Arévalo”, en el que declaró que el instituto de la reincidencia era válido constitucionalmente. Para afirmarlo, no hizo ninguna mención a la disidencia que había efectuado tiempo atrás el juez Zaffaroni en el caso “Alvarez Ordoñez”, solo aludieron a que la cuestión había sido resuelta por esa Corte en los casos “L’Eveque”, “Gómez Dávalos” y “Gramajo” (este último en lo que hace al voto del juez Petracchi).

Es llamativo que la CSJN no se hiciera cargo de que, después de los dos primeros precedentes citados, haya dictado una serie de fallos que parecían cuestionar seriamente aquellas aseveraciones. También es notable que la CSJN no intentara siquiera rebatir los sólidos argumentos del juez Zaffaroni en la disidencia referida. Sin embargo, es aún más cuestionable que los jueces de la CSJN se remitieran al fallo “Gramajo”, pero no al voto mayoritario, que varios de ellos habían suscripto y del que se podía derivar la solución contraria a la afirmada, sino al voto concurrente del juez Petracchi.

Respecto de esta última cuestión, es de particular relevancia que la CSJN se haya distanciado de las expresas indicaciones que la CorteIDH había hecho en el caso “Fermín Ramírez”, y que la propia CSJN había receptado en el caso “Gramajo”.

Más allá de que están plenamente vigentes, aun con este fallo, los cuestionamientos que elaboré en la última parte del trabajo, no hay dudas de que la vía del sistema interamericano parece abrirse como la única alternativa razonable para que la defensa pública procure restablecer los derechos que esta figura ha estado lesionando.

Bibliografía

Feldman, Silvio, Emilio García Méndez y Hage Araldsen. 1997. *Los niños que trabajan*. Buenos Aires: Unicef.

Forni, Floreal. 1993. "Trabajo rural de menores de 14 años (examen de fuentes, estadísticas e investigaciones monográficas)". *Informe preparado para la OIT*. Buenos Aires: OIT/Unicef/MTSS.

Konterllnik, Irene y Cludia Jacinto, comps. 1996. *Adolescencia, pobreza, educación y trabajo. El desafío es hoy*. Buenos Aires: Losada /Unicef.

Maier, Julio B.J. 1998. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Magariños, Mario. 1997a. *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad Hoc.

-----, 1997b. "Reincidencia y Constitución Nacional. El resabio de un 'modelo peligroso' de derecho penal". En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7: 99-100.

Martín, Adrián. 2006. "Tendencia expansionista de un sistema penal autoritario. Un análisis de la agravante previsto en el art. 189 bis (2) octavo párrafo del Código Penal (según ley 25.886)". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 8: 1461-1483.

-----, 2007a. "Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional. Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Gramajo, Marcelo E» respecto de la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP)". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*: 1271-1289.

-----, 2007b. "Otra incursión del 'peligrosismo' en el Estado de Derecho. Algunas notas sobre la inviabilidad de la doctrina del fallo 'Lemes' (TSJ CABA) a la luz de la doctrina del fallo 'Gramajo' (CSJN)". *Revista Justicia Porteña. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 2: 24-37.

-----, 2009. "Una forma de reincidencia más imperfecta... y más inconstitucional: la figura agravada de portación de armas por contar con antecedentes penales -Comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 'Lemes s/infr. art. 189 bis 2.8 del

CP"'. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 22: 389-444.

Ramírez, Manuel. 1935. *El presidio de Ushuaia. La ergástula del Sud*. Buenos Aires: Claridad.

Tenti Fanfani, Emilio. 1993. *La escuela vacía: deberes del Estado y responsabilidades de la sociedad*. Buenos Aires: Unicef / Losada.

Vitale, Gustavo. 1998. "Estado constitucional de Derecho y derecho penal". En: Guillermo Oubiña, Edmundo Hendler et ál. *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2000. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1993. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2009. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Reflexiones sobre el plazo de vigencia de los antecedentes penales

Ariel D. Sukevicius¹

I. Introducción

En el presente trabajo me propongo estudiar la constitucionalidad del plazo de caducidad establecido por el artículo 51 del Código Penal, cuyo análisis ha quedado un tanto postergado del esquema punitivo pese a que guarda una estrecha relación con principios constitucionales, como el de proporcionalidad y resocialización, y que tiene una significativa injerencia en la vida de las personas que han recibido una condena de prisión.

La norma establece, en lo que aquí interesa, que:

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: [...] Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales [...]. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad [...].

Esta redacción, incorporada mediante la ley 23.057 –sancionada el 15 de marzo de 1984–, modificó la anterior regulación que no preveía ningún plazo de expiración para las sentencias. Desde ese prisma, significó un considerable avance de nuestro ordenamiento jurídico relacionado con una de las consecuencias más severas que acompañan al autor de un delito, esto es, su estigmatización².

1 Abogado (UBA). Secretario de Primera Instancia y Defensor *Ad Hoc* con funciones en la Defensoría Pública Oficial n° 2 ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Lomas de Zamora.

2 La anotación registral no solo produce efectos ante la comisión de un nuevo delito (arts. 40 y 41 del CP), sino que, conforme se verá, también tiene –aun indirectamente– incidencia en otros ámbitos, como ser el laboral.

El análisis de los antecedentes parlamentarios indica que uno de los argumentos invocados para su aprobación fue el siguiente:

Hasta ahora quien tenía la desgracia de delinquir una vez en su vida quedaba con un estigma que lo perseguía para siempre. De aquí en más tendrá ese hombre la posibilidad de evitar el etiquetamiento por una circunstancia adversa, muchas veces no querida o motivada por factores de esta sociedad, que tienen muchos defectos que debemos reparar. De manera que cuando transcurran los términos que marca la nueva legislación –es decir, diez años a partir del cumplimiento de la pena-, ese antecedente ya no podrá ser informado por ningún instituto que lo tenga registrado³.

En la misma línea, se señaló que la cláusula en cuestión:

[...] trata de evitar el grave daño del etiquetamiento de la vida jurídica moderna. No se prohíbe el Registro, porque sería ilusorio e imposible, pero si que se suministren informaciones de sus asientos cuando las sanciones o resoluciones que él contenga hayan dejado de ser útiles. Por otra parte, en un derecho penal moderno basado en el estado de derecho, no puede decirse que la pena acompañe al delincuente durante toda su vida, porque ello implicaría establecer que existen ciudadanos de segunda clase. Ya demasiado lo castiga la sociedad cuando lo marca y margina, impidiéndole reingresar a la vida libre con las mejores posibilidades para no delinquir y en igualdad de condiciones como las demás personas. Este es, en síntesis, el objetivo que persigue este art. 51 [...]⁴.

Sin desmerecer las buenas intenciones materializadas en la reforma, es preciso reconocer también que los legisladores limitaron, pero no erradicaron la registración, al asignarle utilidad durante el plazo de vigencia de las anotaciones, aunque sin ahondar sobre su finalidad⁵.

A la luz de este debate, en el presente trabajo evaluaré las implicancias del registro de las condenas desde un enfoque más actual.

3 Expresiones del Diputado Cortese en el tratamiento parlamentario de la ley 23.057 –sesión del 12/1/84-.

4 Expresiones del Senador Celli en el tratamiento parlamentario de la ley 23.057 –sesión del 15/2/84-.

5 En el mensaje 164 del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, de fecha 13 de diciembre de 1983, se menciona, en sintonía con lo hasta aquí expuesto, que el nuevo artículo está “[...] destinado a evitar uno de los males característicos de nuestra vida jurídica en los últimos años: el ‘etiquetamiento’ de las personas. No se prohíbe la existencia de registros, que además de ilusoria puede resultar perjudicial (por ejemplo registros policiales de *modus operandi*), pero se prohíbe que, cuando esos asientos dejen de ser legalmente útiles, se informe en base a ellos [...]”.

II. Examen sobre la constitucionalidad del régimen de caducidad

El análisis que propongo, más allá de otras derivaciones que puedan surgir, se centra primordialmente en dos vertientes: por un lado, la relación entre el artículo 51 del Código Penal y el principio de proporcionalidad; por otro, y tal como se colige de los antecedentes de la ley, desde lo que dicha norma representa para el de resocialización.

II. A. El principio de proporcionalidad de la pena

De un modo sintético, puede decirse que este principio constituye un instrumento o regla de interpretación que subyace a todo ámbito jurídico de un Estado democrático de derecho.

En el plano legislativo, permite evaluar la idoneidad, necesidad y razonabilidad de una norma. En el de la determinación judicial, particularmente en materia penal, sirve de guía para procurar una adecuada correlación entre la actividad criminal de un sujeto y la intensidad de la reacción estatal.

Al respecto, Ferrajoli (1995, 397-398) sostiene:

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación con la naturaleza y la gravedad del otro*. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico⁶.

Más allá de las divergencias sobre su reconocimiento dentro de la Constitución Nacional⁷, hoy se encuentra fuera de discusión su vigencia e importancia tanto en la formación e interpretación de la ley, como en la conveniencia de su utilización como herramienta dosificadora del poder punitivo⁸.

6 Con sustancial analogía, Mir Puig afirma que este principio debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano (2004, 136: en nota).

7 Pese a no haber una referencia explícita –fuera de lo dispuesto en los arts. 4 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, vinculado con las contribuciones que puede fijar el Congreso–, hay quienes lo conciben como una derivación del principio republicano (Zaffaroni et ál. 2002, 495); otros, como expresión de la razonabilidad constitucional del art. 28 de la CN (Yacobucci 2002, 335).

8 De hecho, se lo ha catalogado como un principio general del derecho penal (Mir Puig 2004, 136), se afirmó, incluso, que “[...] fluye de la idea del Estado de Derecho [...] por lo tanto tiene

A la luz de este principio, entonces, examinaré si el artículo 51 del CP satisface la exigencia de proporcionalidad al fijar un plazo único de diez años para la caducidad registral de los antecedentes (contados a partir del dictado de la sentencia en el caso de las condenas condicionales, y desde el vencimiento de la pena para las de efectivo cumplimiento).

La primera cuestión que corresponde dilucidar es si la sanción que establece la norma resulta o no idónea para alcanzar el fin propuesto por el legislador. Sin perjuicio del interés legislativo en mantener cierto registro de las condenas, según los motivos que se expusieron cuando se sancionó la ley 23.057, el propósito primordial del artículo 51 consistía en evitar o, mejor dicho, restringir el etiquetamiento de las personas. Si se toma en cuenta la situación anterior a la disposición, en la que los antecedentes penales perduraban en forma indefinida, sin dudas la medida aparece como adecuada para tal designio, pues efectivamente redujo el término de la inscripción registral a diez años, con las características apuntadas.

El problema, según entiendo, emerge cuando se contrasta dicho objetivo con la fijación de un periodo único y predeterminado para la caducidad del registro, ya que no se explica, más que por el contexto (indefinición anterior), cuáles fueron las razones que aconsejaron la instauración de un plazo de diez años y no uno menor; en especial cuando lo que se pretendía era, repito, no estigmatizar⁹.

El problema se patentiza mucho más en el caso de las condenas condicionales, porque como no se prevé ningún tipo de diferenciación, se terminan equiparando situaciones sustancialmente diversas, como la de aquellos sujetos que han cometido una infracción a la ley penal de escasa relevancia o la de quienes han merecido un mínimo reproche por las particularidades del caso, con otras conductas más gravosas pasibles de una reacción punitiva superior¹⁰. Ambos escenarios recibirían el mismo trato registral, ya que

rango jurídico constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso [...]” (Roxin 1997, 106).

9 Es cierto que hay una remisión expresa al término previsto en el art. 27 del Código Penal para las condenas condicionales (lo que determina que varios de los conceptos aquí examinados, pese a escapar del objeto del presente, le sean aplicables), sin embargo, debo remarcar que al fijar el art. 51 un plazo único de 10 años para su caducidad, excede la propia regulación contenida en la primera de las normas, que limita a 8 años la posibilidad de acordar una nueva suspensión cuando el primer delito sea culposo, develando, con ello, que no necesariamente ambos períodos coinciden. Algo análogo podría plantearse, en el caso de sentencias recurridas y confirmadas, si se interpreta el último párrafo del art. 27 del CP como circunscripto “al carácter condicional de la condena”, y no a la expiración de la anotación.

10 Pienso primordialmente en supuestos como el de un sujeto condenado, por ejemplo, a una pena de un mes de prisión en suspenso por un delito correccional, como el de usurpación (si

hay que aguardar inexorablemente diez años desde el dictado de la sentencia para que opere su caducidad.

Esto conduce a una cuestión vinculada con la necesidad o no de la medida. Básicamente, se trata de establecer si podía suplirse por otra menos lesiva.

Aun cuando se tome por válido lo destacado, ya en aquel entonces, en los antecedentes parlamentarios respecto de que no llevar un registro puede resultar “ilusorio”, ello no alcanza, o al menos no en la actualidad, para explicar la absoluta falta de discriminación entre delitos de diversa naturaleza o montos de condenas. Así, por ejemplo, algunas legislaciones contemplan un régimen diferenciado y escalonado para la cancelación registral, e incluso habilitan, en determinadas circunstancias, la confección de un certificado de conducta sin anotar la sanción¹¹.

En Alemania, por ejemplo, la ley sobre el Registro Central y el Registro de Educación distingue, en lo que aquí concierne, tres plazos para la cancelación de la anotación (de 5, 10 y 15 años -artículo 46-), dependiendo de la gravedad de la condena y la existencia de otras inscripciones. También brinda al Fiscal General Federal la facultad de rescindirla en forma anticipada, de oficio o a instancia de parte, cuando la ejecución se haya extinguido y no lo impida el interés público (artículo 49)¹². En la misma línea, el artículo 136 del Código Penal de España consagra un sistema gradual de cancelación registral, con los siguientes plazos: 6 meses para las penas leves, 2 años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes, 3 años para las restantes penas menos graves, y 5 para las penas graves¹³. La cancelación procede de oficio o a pedido de parte, y se la reconoce como un derecho que asiste a los condenados¹⁴.

bien es frecuente que se resuelva por vía del instituto de suspensión del juicio a prueba), frente a otro individuo que ha cometido un delito criminal (v.gr. algún tipo de robo agravado, como ser en poblado y en banda, con arma de utilería o que no pudo ser peritada, con arma en grado de tentativa, corrupción de menores, asociación ilícita, etc.) y a quien se le ha impuesto una pena de tres años de prisión en suspenso. Algo parecido podría decirse respecto de quienes resultan condenados a penas de cumplimiento efectivo por delitos leves, de otros con mayor entidad, a pesar del cierto grado de discriminación que implica que el término comience a correr desde el vencimiento de las respectivas condenas.

11 Volveré sobre esto último al referirme al principio de resocialización.

12 Ley del Registro Central Federal -BZRG- de 1971, y sus modificaciones.

13 Ley Orgánica 10/1995 –con sus reformas-.

14 Con sustancial analogía, el Código Penal cubano, si bien contempla un plazo de 10 años para la cancelación oficiosa de los antecedentes penales (entre otras causales –art. 67, incs. 1 a 3-), admite la supresión a pedido de parte, una vez satisfechos ciertos requisitos, y transcurridos los plazos allí previstos –de 1, 3, 5, 8 y 10 años–, que varían escalonadamente según la pena impuesta (art. 67 incs. 4 a 6).

En consecuencia, frente a una misma cuestión, existen alternativas de reglamentación menos lesivas que, a priori, parecerían atender de todos modos a las preocupaciones que motivaron la sanción de la ley 23.057 (ausencia y perdurabilidad de la registración).

Un último aspecto que corresponde analizar del principio bajo estudio remite a la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, esto es, a sus ventajas y desventajas.

En cuanto a las ventajas, uno de los puntos más sobresalientes del artículo 51 del Código Penal fue haber sustituido el anterior sistema por otro que –al menos– limitó la caducidad registral de las sentencias condenatorias a 10 años, lo que redujo en forma notable la estigmatización. Sin embargo, una vez alcanzado el piso fijado por la ley 23.057, nuevos enfoques permiten plantear ciertas observaciones en función de las consecuencias de la vigencia de un plazo predeterminado y de la falta de discriminación entre tipos de delitos y/o montos. En efecto, más allá de las desventajas que de por sí implica para el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad la circunstancia de contar con un antecedente penal (por ejemplo, en el ámbito laboral reduce las chances de obtener un empleo formal, ya que se suele exigir el certificado de conducta), en determinadas situaciones, que el registro de antecedentes dure 10 años desde la sentencia puede resultar desproporcionado tanto en relación con la falta cometida, como con la duración de un proceso.

Respecto de la falta cometida, que comprende la naturaleza de la infracción y el monto de la pena, la incongruencia radica en que aquellos que cometieron un delito leve o que merecen un mínimo reproche, como el caso de uno correccional (entre otros, los arts. 89, 153, 153 bis, 158, 160, 162, 183 del Código Penal), reciben el mismo trato registral que los que incurrieron en una infracción de mayor gravedad (por ejemplo, los arts. 85 inc. 1, 91, 95, 106 2º párrafo, 120, 125, 142, 167, 174 del CP). Con ello, los que son sancionados con penas de días o meses de prisión son equiparados a quienes se les aplican penas de hasta tres años, siempre considerando condenas condicionales.

Por otra parte, la prolongación excesiva de un proceso puede determinar, aún en casos en que se apliquen penas de cumplimiento efectivo, que el término establecido por el artículo 51 del Código Penal resulte desproporcionado. Basta señalar, por ejemplo, uno que se extienda por varios años, incluso décadas, y luego culmine con una condena –ya sea en suspenso o una leve-privativa de la libertad. En tales condiciones, la persona, además de soportar las vicisitudes propias de una causa penal (cumplir con ciertas obligaciones, revestir por largo tiempo el carácter de procesada) y de tener una sentencia

en su contra, deberá inexorablemente aguardar 10 años más –desde la fecha de la sentencia– para poder liberarse de la anotación registral¹⁵.

A partir de estas nociones, es evidente la mejora que representó la reforma respecto de la situación anterior. No obstante, el hecho de haberse fijado un término único de caducidad (en especial para las penas de prisión condicional), sin posibilidad de diferenciar entre tipo de delitos y montos de penas, determina que, en algunos casos, el plazo del artículo 51 del Código Penal se torne desproporcionado.

La consideración de la medida como sanción o efecto derivado de la imposición de una condena en nada modifica tal conclusión pues, en definitiva, debe observar los mismos fines y límites que aplican para la pena principal, sin que pueda sustraerse del equilibrio o adecuada relación entre la falta cometida y la reacción punitiva del Estado; de lo que, por cierto, tampoco escapa la duración en la tramitación de un proceso¹⁶.

II. B. El principio de resocialización

Tanto el plano normativo nacional como el convencional consagran que la finalidad esencial de la pena privativa de la libertad –y del régimen penitenciario– es la reforma y readaptación social de los condenados (arts. 1 de la ley 24.660, 5 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles). Se sobrentiende que las penas de esa naturaleza cuyo cumplimiento se deja en suspenso, así como las demás sanciones que trae la condena, no son ajenas a tal propósito.

15 Lapso que, a juzgar por lo asentado en el inc. 1 del art. 51 del C.P., comenzaría a correr a partir del dictado de la sentencia, al menos en aquellos casos en que esta no haya sido recurrida o cuando, mediando impugnación, haya sido confirmada (cabría analizar si no corresponde computar idéntico plazo cuando una condena de prisión de cumplimiento efectivo es modificada, a instancias del imputado, a una de carácter condicional). En la hipótesis de las condenas de prisión, comprendida en el inciso 2, los 10 años se cuentan desde su extinción, de modo que si una persona cumplió en detención mayor tiempo al fijado por la sentencia, el cálculo sobre la expiración de la anotación debe ajustarse a la fecha de agotamiento de la pena, sin tomar, a tal efecto, la de la sentencia.

16 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en “Gramajo” que “[...] la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito -impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela-, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales [...]” (*Fallos* 329:3680).

Desde esta perspectiva, examinaré cómo se relaciona el artículo 51 del CP con el principio de resocialización, y si favorece o colisiona en algún punto con el ideal que la legislación trazó como Norte¹⁷.

Como ya señalé, la ley 23.057 implicó un progreso en la situación imperante en esa época; no obstante –cabe reiterar– nunca se explicitaron los motivos que decidieron la adopción de un término único de registración en lugar de otro menor o gradual, ni su aplicación irrestricta a todos los casos. La reforma tampoco contempló ninguna alternativa que habilitara, en determinadas circunstancias, la cancelación de la anotación antes del cumplimiento del periodo establecido¹⁸.

A grandes rasgos, puede decirse que entre el sistema registral y el fin resocializador concurren dos intereses, ya identificados al momento de la reforma. Por un lado, el del Estado y de la sociedad de ejercitar cierto control sobre las personas condenadas (esto se deriva de haber tildado la prohibición del registro como “ilusorio e imposible”); por otro, el interés de quienes recibieron la sanción, en no ser estigmatizados y de contar con las mismas posibilidades de interactuar con la comunidad en condiciones –cuando menos, formales– de igualdad, cumpliendo con esa aspiración de “reforma y readaptación”.

Ahora bien, uno de los aspectos centrales en pos de esa finalidad lo constituye, sin dudas, la cuestión del trabajo. Así, el capítulo VII de la ley 24.660 establece la regulación de dicha actividad dentro del ámbito penitenciario –arts. 106 a 132–, que consagra, en el inciso “g” del artículo 107, el respeto por la legislación laboral.

Desde esa directriz, y asumiendo que el propósito resocializador no restringe el impacto del trabajo a la vida intra-carcelaria, es posible identificar otros principios vinculados que no parecen ser afectados por el solo hecho de la imposición de una condena. Los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional reconocen y garantizan el derecho a trabajar en condiciones dignas y equitativas (entre otras), mientras que el art. 16 consagra: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que su idoneidad...”.

17 Es cierto que la prevención especial como fundamento de la pena ha sido y es objeto de numerosas críticas, no obstante, a los fines del presente trabajo, sólo habré de estimar que se trata del objetivo reconocido por el derecho vigente, sin ingresar en el profuso debate sobre esta teoría.

18 O, en todo caso, su mantenimiento y comunicación a ciertas autoridades únicamente para fines específicos –por ejemplo, acceso por parte de un órgano jurisdiccional para conocimiento de las previsiones del art. 27 del CP–.

En el mismo sentido, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el trabajo “comprende el derecho de toda persona de *tener la oportunidad* de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado...” (el subrayado es propio), e impone a los Estados Partes la adopción de medidas adecuadas para garantizar este derecho¹⁹.

No obstante, es de público conocimiento que hoy en día muchas empresas exigen al interesado la presentación del certificado de antecedentes penales para obtener un empleo dentro del sistema formal. Circunstancia que, en la práctica, lo ha convertido en un instrumento decisivo para el acceso a un puesto, con negativa repercusión en las posibilidades de aquellos sobre los que pesa una condena²⁰.

En un abordaje sobre esta problemática, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) advirtió:

[...] impedir la reinserción laboral a quien cometió un delito –y hacerlo por razones ajenas a su idoneidad para el cargo– constituye un accionar discriminatorio. La situación de discriminación por la que atraviesan quienes han cumplido condenas penales ha sido también reflejada en el Plan Nacional contra la Discriminación. Según lo manifestado en el Plan, para los/as liberados/as con condena cumplida, el certificado de antecedentes es el motivo que plantea mayor discriminación, ya que impide el trabajo en relación de dependencia [...]²¹.

Cabe aclarar que no se trata de una exigencia demandada únicamente por el sector privado, pues la ausencia de antecedentes penales también suele ser un requisito de admisión para cargos públicos²².

¹⁹ Art. 2.2, 3 y 6.1 *in fine*. La mención a dicho instrumento internacional resulta meramente ilustrativa, ya que hay otros que también regulan la cuestión (por ej. art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), e incluso el Estado argentino ha asumido múltiples compromisos en favor del acceso a un empleo decente, entendido como una herramienta de inclusión social.

²⁰ Puede ocurrir que no obtengan el trabajo, o directamente que decidan no postularse.

²¹ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi). 2012. “Buenas prácticas en la comunicación pública. Informes Inadi. Discriminación en el acceso al trabajo”. Consultado: 12 de diciembre de 2014. http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2012/08/INFORME_ACESO_AL_TRABAJO.pdf, pág. 13/14. En un sentido análogo, véase Inadi. 2009. “Recomendación General N° 6 contra la Discriminación en la Oferta de Empleos”. Consultado: 12 de diciembre de 2014. http://www.inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_empleo.pdf.

²² Por ejemplo, el art. 7 inc. a de la ley 471/00 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires impide el ingreso a quienes hayan sido condenados por delitos dolosos –entre otros-. En un sentido diverso, la Procuradora General de la Nación, por Resolución PGN n° 1544/2014, modificó la

No ignoro que existen ciertos hechos de suma gravedad que commueven a la sociedad en su conjunto, y que sin dudas suscitarían fuertes críticas y deberían ser objeto de un estudio mucho más profundo; sin embargo, es preciso resaltar que fuera de ellos, hay un espectro de situaciones de reducida entidad –que no despiertan esa alarma– para los que la vigencia genérica de los antecedentes por un periodo de diez años puede resultar, además de desproporcionada, contraria al fin resocializador.

Si el trabajo es, en efecto, un componente importante de esa aspiración, y lo que se procura es la adecuada integración de la persona a la comunidad, resulta contraproducente que frente a una infracción leve se deba aplicar, forzosamente y sin consideración de las particularidades de su situación individual, una sanción que, en la práctica, puede terminar siendo hasta más gravosa que la pena principal, por los condicionamientos que supone para el acceso a un empleo dentro del sistema formal²³.

En este punto, es importante señalar que existen también alternativas de reglamentación menos lesivas. A modo de ejemplo, en Alemania el certificado de buena conducta deja fuera en un primer momento las penas privativas de libertad inferiores a tres meses –entre otras–. Al mismo tiempo, y para las demás condenas, establece un régimen diferenciado según el cual dejan de inscribirse las sanciones una vez transcurridos ciertos plazos, incluso deja en manos del Fiscal General Federal la posibilidad de ordenar, de oficio o a pedido de parte, la exclusión de determinadas condenas que en principio debían ser anotadas, en la medida en que no afecten el interés público (cfr. Jescheck 1993, 830).

Pues bien, como nuestro ordenamiento no contempla alternativas al término de vigencia de los antecedentes penales fijado por el artículo 51 del

reglamentación que impedía el nombramiento y contratación de personas con antecedentes penales en el Ministerio Público Fiscal, admitiendo su designación siempre que no haya incurrido en alguno de los delitos previstos en los títulos 9 a 11 del Libro Segundo del Código Penal, y medie una petición fundada del titular del área, dependencia o programa en relación con la idoneidad y compatibilidad con la función a desarrollar.

23 Si bien está reglamentado quiénes se encuentran habilitados para solicitar un certificado de antecedentes, dicho recaudo a menudo es sorteado por empleadores, que exigen que el interesado lo presente, con lo que o bien se reducirán sus chances de obtenerlo o, como dije anteriormente, optará por no postularse. De otra parte, es notable la facilidad que existe hoy en día para eludir la prohibición de informar del art. 51 *in fine* del CP y averiguar, mediante el uso de buscadores o portales especializados de Internet, si una persona registra o no una sentencia en su contra (aun cuando no se encuentren firmes, se trate de perfectos desconocidos, y en casos en los que siquiera se verifica una doctrina relevante que pueda –de algún modo– dar cierta justificación a la publicación). De continuar latente el interés en evitar el etiquetamiento, sin dudas que esto último ameritaría cierta regulación (por ej., admitiendo la divulgación de las sentencias con las iniciales de las personas sometidas a proceso, y no con sus nombres y datos personales completos).

Código Penal que permitan, ante determinados supuestos que lo ameriten, obtener en forma anticipada una cancelación registral o la expedición de un certificado de antecedentes libre de anotaciones (al menos, para algunos fines y/o actividades), no sería descabellado criticar la constitucionalidad de la norma cuando implique, para el caso concreto, una irrazonable afectación de los derechos comprendidos bajo el propósito resocializador.

Sobre esto último, si bien en el desarrollo del presente punto tomé como eje la cuestión laboral, corresponde señalar que idéntico criterio puede seguirse de advertirse cualquier otra restricción sobre los demás factores que nutren y definen al principio bajo análisis (educación, etc.), y que pueda condicionar, aun desde un punto de vista formal, las posibilidades de materialización de la finalidad constitucionalmente asignada a la pena²⁴.

III. Conclusión

La intención de este trabajo fue evidenciar o visibilizar, al menos en parte, la problemática y consecuencias que emanan del sistema registral actual, y la necesidad de abrir la discusión sobre su reforma.

Para ello, y de acuerdo a lo observado, se puede advertir que el mantenimiento de un plazo único de caducidad para la anotación de las condenas (especialmente, las de prisión condicional), sin consideración de ningún tipo de diferenciación entre tipo de delito y/o monto de pena, o aun la propia duración de un proceso, puede convertir la medida del artículo 51 del Código Penal en desproporcionada.

24 El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, elaborado por la Comisión conformada a partir del Decreto PEN n° 678 de 2012, elimina el concepto de condena de prisión en suspenso, no obstante, postula mantener los antecedentes penales por un término de 8 y 10 años (dependiendo de si la pena es mayor o menor a tres años). De tal modo, si bien introduce cierta diferenciación, al no prever ninguna alternativa que permita cancelar anticipadamente la anotación, o discutir entre las partes la fijación del periodo a aplicar en cada caso concreto (tampoco una mayor discriminación dentro de cada monto, por ej., si se trata de solo unos meses de prisión, por un delito de restringida gravedad, igualmente mantendría vigencia por 8 años), deja latente los cuestionamientos vinculados a la proporcionalidad y al propósito resocializador. Además, no puedo dejar de subrayar que con la eliminación de la pena de prisión condicional pierde, en cierta medida, virtualidad la necesidad de la registración por un periodo tan prolongado, máxime cuando ello no surtiría ningún efecto en orden a la posibilidad de acceder, de darse las circunstancias, a penas alternativas de prisión –instrucciones, etc.–, ni a la suspensión del juicio a prueba una vez pasados cinco años desde el cumplimiento de la pena anterior, e incluso no sería computado luego de ese periodo como agravante por reincidencia (por lo que, en esas condiciones, los tres años que restarían en el supuesto del ejemplo –persona condenada a meses de prisión– aparecen como injustificados, o al menos no se explica en concepto de qué se establecen).

Desde otra óptica, el registro irrestricto de todas las condenas, sin alternativas que permitan acceder, en ciertos supuestos, a un certificado libre de anotaciones o a una cancelación anticipada, también puede colisionar con el propósito resocializador consagrado por la legislación, en la medida que conlleve, para un caso en concreto, alguna limitación sobre las posibilidades de alcanzar y materializar los objetivos o factores que componen tal principio, como ocurriría, por ejemplo, con la cuestión del trabajo.

Por cierto que el asunto podría tener otras derivaciones y merecer abordajes desde otras vertientes que las aquí tratadas.

En efecto, si bien este trabajo estuvo más orientado hacia un análisis general de la norma y su relación con el principio de proporcionalidad, el examen que corresponda hacer en cada caso concreto remitirá al plano de la culpabilidad personal del autor del delito, que demanda y supone una equivalencia o proporción entre la pena a aplicar y la falta cometida.

De otra parte, lo indicado desde el prisma del principio resocializador puede conducir a la evaluación de otros aspectos estrechamente vinculados, como la verificación de situaciones de discriminación o una posible transgresión al principio de intrascendencia de la pena a terceros –art. 5 inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, entre otros.

En definitiva, y como señalé al comienzo, más allá del sustancial avance que significó la sanción de la ley 23.057, nunca se explicitaron las razones por las que se estableció en forma forzosa la anotación por un término de diez años, con las particularidades ya mencionadas; circunstancia que, a la luz de lo argumentado, bien podría justificar su revisión.

En ese plano, no advierto razones por las que el plazo de vigencia de los antecedentes penales, al igual que sucede con las penas principales, no pueda formar parte de una discusión integral sobre la reacción punitiva en cada caso puntual (aun cuando se fijaran de manera escalonada máximos y mínimos), en especial si se repara que, en gran medida, la anotación produce efectos incluso más extensos y –probablemente- más significativos que la propia condena.

Hasta tanto se consideren cuestiones como las aquí tratadas, parece haber buenas razones para objetar la constitucionalidad del artículo 51 del Código Penal, cuando represente una concreta afectación a principios de mayor jerarquía.

Bibliografía

- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Jescheck, Hans-Heinrich. 1993. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares.
- Mir Puig, Santiago. 2004. *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal Parte General*, 1. Madrid: Civitas.
- Yacobucci, Guillermo J. 2002. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco.
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2002. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

VII

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Internamiento preventivo – derecho comparado

María Laura Böhm¹

I. Introducción

En el presente artículo se ofrece un breve estudio de derecho comparado sobre la normativa y jurisprudencia relativas a la imposición de medidas de internamiento preventivo, con especial énfasis en el caso alemán. El desarrollo del trabajo se realizará de acuerdo a tres ejes temáticos.

En primer lugar, se expondrá el estado actual de la discusión científica sobre los diagnósticos y pronósticos de peligrosidad en Alemania, que son el fundamento para la disposición e implementación de los internamientos (penales o no). En segundo término, se presentará un panorama de los sistemas europeos vigentes respecto de la imposición (o no) de medidas de seguridad sobre la base de la peligrosidad del sujeto.

En tercer y último término, se hará una exposición pormenorizada del desarrollo normativo y jurisprudencial respecto del internamiento preventivo en Alemania. Para ello se avanzará de acuerdo a las diferentes etapas que han marcado los avances y retrocesos que presenta este país (que inspira a muchos otros sistemas en el ámbito europeo y latinoamericano) en la implementación de su tradicional sistema de “doble vía” (sistema de penas y sistema de medidas de seguridad). En este sentido, se prestará especial interés a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 17/12/2009, que condenó a Alemania por su sistema de internamiento preventivo, y generó olas de revisión e intervenciones del Tribunal Constitucional alemán, aún en movimiento. La experiencia alemana, en el

1 Abogada (UBA), Doble Diploma en Criminología (UNLZ y Universidad de Hamburgo), Doctora en Ciencias Sociales (Universidad de Hamburgo), Investigadora post-doctoral (Universidad Göttingen, beca Alexander von Humboldt). Profesora en las universidades de Buenos Aires, Palermo y San Carlos de Guatemala. Prosecretaria Letrada (cont.) de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia (DGN).

contexto de los estándares europeos, pone en evidencia las dificultades que presenta en la actualidad el sostenimiento de un sistema heredero de las ideas positivistas largamente superadas con el correr de los siglos XX y XXI en otros contextos.

II. La discusión científica sobre los diagnósticos y pronósticos de peligrosidad en el ámbito alemán

Así como el concepto de peligrosidad varía con el tiempo y según el contexto cultural, y además los especialistas encargados de realizar los diagnósticos y pronósticos de peligrosidad en el ámbito forense pertenecen a múltiples disciplinas, también son diversos los métodos aplicados para ello. Como consecuencia del interés de los jueces en los aspectos “psicopatológicos” de los casos (y por la cercanía tradicional que implica una rápida respuesta y disponibilidad) es habitual que predomine la figura del psiquiatra forense como especialista a cargo de la determinación de la peligrosidad. Solo en casos especiales los jueces suelen recurrir también a la pericia de un criminólogo o de un psicólogo (cfr. Sigmund 2012, 1).

Entre los métodos tradicionales para obtener datos y evaluarlos, se destacan tres: *a. método intuitivo*: para el dictamen sobre el desarrollo del imputado se valoran las impresiones del caso particular de acuerdo con la experiencia práctica del especialista. El problema de este método es que el dictamen es excesivamente dependiente de la persona que realiza el pronóstico, por lo que los resultados son poco transparentes y es prácticamente imposible contrastarlos.

b. Método clínico: el procedimiento en este caso consta básicamente de dos partes. En la primera, hay una amplia inspección médica del sujeto (anamnesis) cuyos resultados son luego aplicados de acuerdo con la pregunta planteada; se obtienen así los resultados psiquiátricos sobre las particularidades criminológicas del caso. Si bien se obtiene un resultado (un poco) más contrastable médicaamente que en el método intuitivo, el uso de categorías patológicas conlleva un efecto estigmatizante poco recomendable.

c. Método estadístico: se categoriza al imputado en un determinado grupo de riesgo de acuerdo con tablas de pronóstico. Del estudio de ofensores reincidentes se obtienen características de la personalidad que tienen una fuerte correlación con el riesgo de volver a cometer delitos. Según el factor de riesgo de que se trate y mediante un test, se suman puntos que indican, mediante el total, el grupo de riesgo al que pertenece el sujeto. La transparencia y la posibilidad de contraste constituyen los principales beneficios de este método; aunque implica, al mismo tiempo, que el sujeto, como individuo, queda fuera

del foco de observación, por lo que el resultado del estudio es una generalización de conocimientos aplicados de acuerdo con valores promedio.

Dado que ninguno de estos métodos es convincente por sí mismo, se ha procurado, por lo tanto, utilizar métodos combinados que tomen lo positivo del estudio clínico-individual y lo unan con el test estadístico sobre datos promedio. Entre los sistemas más utilizados se destacan el *Psychopathy Checklist Revised* (PCL-R), el *Historical Clinical Risk Management-20* (HCR-20) y la lista integrada de variables de riesgo. Estos nuevos métodos representan una mejoría respecto de la fiabilidad del resultado. Los problemas, sin embargo, continúan.

Sobre esta problemática, se puede considerar representativa del estado actual de la ciencia psiquiátrica y su repercusión en el ámbito jurídico-penal la jurisprudencia y literatura generada en los últimos años en Alemania, donde se ha prestado especial atención al problema de los diagnósticos no solo con respecto a la posibilidad de soltura o no de un condenado para que goce de libertad condicional (“bedingte Entlassung”), sino también, y específicamente, en el campo de las medidas de seguridad y en especial la detención preventiva (“Sicherungsverwahrung”).

El motivo de esta atención en el ámbito alemán fueron modificaciones legislativas y sentencias del Tribunal Constitucional² que llevaron luego a que Alemania fuera condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³, entre otros motivos, por la utilización de diagnósticos psiquiátricos realizados luego de muchos años de condena (es decir, teniendo en cuenta *exclusivamente* el comportamiento en prisión) y que eran después un fundamento esencial para la denegación de libertad.

Con respecto a la peligrosidad, ha dicho el mismo Tribunal Constitucional alemán –en sentencias que fueron luego motivo de la denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que la peligrosidad solo puede ser determinada a partir de un pronóstico que evalúa la probabilidad de futuros hechos graves; es decir, no se evalúa *lo hecho*, sino *lo que podría suceder*⁴. La prognosis, por lo tanto, es una afirmación tautológica⁵, que se

2 Véase *infra* IV.

3 TEDH, *M. v. Germany*, Fallo del 17/12/2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland). Sobre el fallo, véase *infra* IV.3.

4 BVerfGE 109, 133, p. 175. (Nota: *BverfGE* es la denominación para la cita de la colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, el *Bundesverfassungsgericht*. El primer número corresponde al Tomo -109- y el segundo corresponde al número de página en que se inicia el fallo -133-).

5 Para un análisis crítico detallado sobre esta autorreferencialidad, véase Krauth (2008, 98-99).

formula en el presente, pero solo puede devenir realidad –confirmarse– en el futuro. Sin esta confirmación, el pronóstico es solo una indefinible predicción y, por lo tanto, un hecho inseguro⁶.

Robert Castel (1986, 221 y ss.) presenta la cuestión como aporía, cuando explica:

[...] la peligrosidad es una noción bastante misteriosa y profundamente paradójica, puesto que implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad, un dato aleatorio, puesto que la prueba del peligro no se tendrá más que a destiempo, es decir, cuando el acto se haya efectivamente realizado [...].

Esto también se ha denominado como el “dilema de la inexactitud de los diagnósticos de peligrosidad” (Dessecker 2004, 197), y fue reconocido por el mismo Tribunal Constitucional alemán al afirmar escépticamente, por ejemplo, que “las decisiones de pronóstico conllevan siempre el riesgo del falso pronóstico”⁷ y que “el pronóstico de un peligro es siempre únicamente posible en el presente para el futuro. Cuánto tiempo este peligro subsistirá, depende de desarrollos futuros, que no pueden preverse con seguridad”⁸; lo que no impidió que sus conclusiones contradijeran estos reconocimientos (“el pronóstico es y seguirá siendo imprescindible como base de toda prevención de peligros, aunque en cada caso particular sea insuficiente”⁹), ya que consideró, de todas formas, que la medida de seguridad impuesta con ulterioridad a la sentencia y sobre la base de estos pronósticos no era constitucional, y por esto fue fuertemente criticado por la doctrina (Kinzig 2006, 154)¹⁰.

6 El ámbito latinoamericano se ha pronunciado en similar forma, y ha rechazado la utilización de este concepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala s/ violación y asesinato agravado* (resuelto el 20 de junio de 2005). En igual sentido, se pronunció en Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en las causas nº 1174, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” (*Fallos* 328:4343, resuelta el 7 de diciembre de 2005) y nº 1573, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa” (*Fallos* 329:3680, resuelta el 7 de septiembre de 2006). También la Cámara Federal de Casación Penal se ha pronunciado en contra el concepto de peligrosidad en la causa nº 14.828 – Sala II – “Cisneros, Alberto Mario s/ recurso de casación”, resuelta el 4 de mayo de 2012.

7 BVerfGE 109, 190, p. 240. (cita orig.: “Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose”).

8 BVerfGE 109, 133, p. 152 (cita orig.: “Die Prognose einer Gefahr ist immer nur in der Gegenwart für die Zukunft möglich. Wie lange diese Gefahr fortbestehen wird, hängt von zukünftigen Entwicklungen ab, die sich nicht sicher vorhersagen lassen.”).

9 BVerfGE 109, 133, p. 158 (cita orig.: “Die Prognose ist und bleibt als Grundlage jeder Gefahrenabwehr unverzichtbar, mag sie auch im Einzelfall unzulänglich sein.”).

10 El autor lamenta que el Tribunal Constitucional no haya aprovechado la oportunidad para

Que la inseguridad de los pronósticos conduce de modo inevitable a un elevado número de *falsos positivos*¹¹ es largamente reconocido por la ciencia psiquiátrica, que pone en duda, ella misma, las posibilidades y el alcance del pronóstico de peligrosidad como instrumento de medición y decisión respecto, por ejemplo, del otorgamiento de libertades. Algunos estudios alemanes han recurrido también a la experiencia estadunidense para corroborar las dificultades y errores de los diagnósticos.

Así Schöch recuerda el caso “Baxstrom” de Nueva York: Jonnie Baxstrom, luego de cumplir por años de una pena de prisión, fue enviado a un establecimiento para ofensores con problemas psiquiátricos –a causa de su peculiar comportamiento en prisión–, sin que esta decisión fuese revisada judicialmente. Presentada una apelación ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta decidió que el internamiento había sido ilegal. Como consecuencia de esta sentencia, en 1966 se dejaron en libertad 967 pacientes psiquiátricos que eran considerados muy peligrosos y estaban internados en establecimientos cerrados para ofensores, y fueron trasladados a hospitales psiquiátricos comunes o les fue concedida el alta y quedaron en completa libertad. En los cuatro años y medio posteriores a la liberación de las instituciones cerradas, solo 24 personas (o sea, el 2,6%) fueron nuevamente privados de su libertad por la comisión de hechos violentos. El índice de falsos positivos fue, por lo tanto, superior al 97% (Schöch 1999, 227).

Si bien en Alemania se reconoce que las exigencias formales y los requisitos de los diagnósticos en la actualidad tienen un altísimo nivel de rigor que hace difícil la comparación con el caso estadunidense, la existencia de falsos positivos es considerado, de todas formas, no solo real, sino que resulta elevada (Braasch 2006, 178). En este sentido, puede mencionarse el caso del psiquiatra forense Norbert Nedopil, catedrático de la Ludwig-Maximilians-Universität München y uno de los expertos en psiquiatría forense de mayor prestigio en la actualidad en Alemania, ha reconocido que él mismo se ha equivocado en pronósticos de reincidencia en contra del sujeto evaluado en dos de cada tres casos, y que este grado de error se encuentra muy por debajo del promedio de diagnósticos errados (Kunz 2006, 84). Así, se ha reconocido ya que “ninguna sistematización de diagnósticos de peligrosidad puede evitar aceptar que habrá decisiones erradas” (Dessecker 2004, 197).

profundizar en la discusión sobre la “insuficiencia de los pronósticos criminales”, discusión ya hace mucho tiempo plantada en el ámbito criminológico y jurídico-penal. Sobre esta discusión véase también Bernd Volckart/ Rolf Grünebaum (2003, 137 y ss.).

11 Los falsos positivos son también críticamente estudiados por Braasch (2006), quien los describe como aquellos que a causa de un pronóstico desfavorable son privados de su libertad o continúan privados de su libertad y a diferencia de los favorablemente pronosticados nunca o durante mucho tiempo no tienen la chance de demostrar la falsedad de la predicción.

También juristas especializados en estas cuestiones en Alemania se pronuncian en forma crítica respecto del pronóstico criminal o de peligrosidad como instrumento de base para la restricción del derecho a la libertad. Entre los más relevantes, vale mencionar los trabajos de Finger (2008, especialmente 134 y ss. y 142 y ss.), Kinzig (2008, especialmente 134 y ss. y 303-304), Dessecker (2004, 197), Jansing (2004, 459) y Kunz (2006, 84). Dessecker, en particular, resalta el problema de la “dependencia” (“Abhängigkeit”) de las prognosis, ya que suelen tener en cuenta estudios y parámetros estadísticos que solo pueden referirse a colectivos, pero nada pueden decir sobre un caso concreto sobre el que hay que decidir. Jansing, por su parte, advierte sobre la errónea idea de que las prognosis en prisión son “más fiables” (“zuverlässiger”) que las realizadas sobre sujetos en libertad.

Recientemente, la Sociedad Alemana de Psiquiatría, Psicoterapia y Neurología (Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde –DGPPN–) se explayó sobre esta problemática en un informe frente al Tribunal Constitucional alemán cuando este Tribunal se pronunció sobre la Ley de Internamiento Terapéutico (*Therapieunterbringungsgesetz* – ThUG) y los resultados suscitaron nuevamente de mucha preocupación. Las consideraciones relevantes para el fallo en cuestión pueden resumirse del siguiente modo: El “desorden psíquico” (“psychische Störung”) no implica incapacidad, sin embargo, el uso de este concepto en el ámbito jurídico (penal) implica la estigmatización de los pacientes. A este efecto negativo se suma la poca definición del concepto como para que su uso en el ámbito jurídico-penal sea una base válida para la adopción de medidas restrictivas de derechos. En el informe de la DGPPN se recuerda, incluso, que las clasificaciones ICD-10 y DSM-IV, de uso habitual en el ámbito forense, explícitamente indican que no son para su uso en asuntos forenses. A la falta de determinación conceptual, se agregan, a su vez, las deficiencias del sistema en cuanto al seguimiento de la situación de cada paciente. Solo un acompañamiento permanente puede detectar, por ejemplo, en qué momento la medida de seguridad impuesta ya no es necesaria. Entonces, el control de la medida adoptada debe realizarse en forma permanente. De acuerdo a la DGPPN no se pueden dejar pasar 18 meses (como prevé la ley en cuestión en este fallo) entre control y control¹².

Las dudas, las críticas y los errores acompañan la diaria utilización de diagnósticos de reincidencia y peligrosidad criminal en el ámbito alemán. Esto solo puede sugerir que también en otros contextos las dudas, las críticas y los errores son probablemente, cuanto menos, similares. El sistema

12 BVerfG (2 BvR 2302/11), Fallo del 11/07/2013, párrafo nº 43 ss.

de internamiento, como segunda vía en el sistema penal exige, por lo tanto, una mirada crítica. Si bien parece ser el sistema más difundido, no es el único vigente en el ámbito europeo. A las diferencias normativas en ese ámbito se dedica el próximo apartado.

III. Sistemas europeos - Panorama

En el ámbito europeo existen casi tantos sistemas de internamiento y medidas post-delictuales como países. Una clasificación orientativa podría realizarse distinguiendo entre los que tienen un sistema de sola vía (o bien únicamente sanción, o bien solo internamiento preventivo) y los que tienen un sistema de doble vía (o bien sanción más prevención o bien sanción más tratamiento médico). Se presentan, en las próximas líneas, algunas breves referencias al respecto:

a. Sistema de doble vía (sanción más prevención): este sistema se sigue en Alemania (“*Zweispurigkeitssystem*”) como resultado de una construcción dogmática que procura reunir las restricciones de la escuela clásica (Kant y Hegel) con el *Marburger Programm* diseñado por Franz von Liszt, formulando así un compromiso entre el derecho penal retributivo con fundamento en la culpabilidad penal y un derecho de medidas orientado a la prevención¹³.

b. Sistema de una sola vía (sanción - seguridad): este es el sistema de Inglaterra, que plasma en su ordenamiento actual¹⁴ el resultado de un desarrollo pragmático (y no primordialmente dogmático, como sucedió en Alemania) su idea de “sanción especial”. Como respuesta estatal a los ofensores muy peligrosos y de alta violencia, se prevé únicamente la sanción (llamada sanción especial en casos de peligrosidad del ofensor), por lo que se trata de un sistema de única vía (“*single track system*”). La decisión sobre la peligrosidad del ofensor, que puede llevar a que sea condenado a una “pena especial” de largo plazo, solo se refiere a la gravedad del hecho cometido (no se toman en cuenta otros factores ajenos al hecho en sí, como la reincidencia, por ejemplo), lo que hace la imposición de la pena especial imprevisible para el sujeto.

Las tres penas especiales son la prisión perpetua, la prisión por tiempo indeterminado con fines de protección social, y la pena de prisión extendida,

13 Sobre este sistema se volverá en detalle *infra* (IV).

14 Cfr. *Criminal Justice Act 2003*. Sobre ella se han pronunciado en forma crítica Ashworth y Player (2005, 822-838), quienes consideran que el espíritu preventivo y el acento en la seguridad conllevó el aumento desproporcionado de las escalas penales, violatorias del principio de proporcionalidad, por lo que consideraron esta legislación “un gran paso hacia atrás” (“a major step backwards”), 825.

y únicamente pueden ser impuestas en casos de delitos sexuales y violentos –en la primera categoría, sin embargo, el amplio espectro de figuras previstas abarca desde la prostitución hasta la pedofilia–. Se habilita, por otro lado, la posibilidad de responsabilidad penal en sujetos sin “capacidad” de culpabilidad. El requisito de la capacidad penal no es parte constitutiva de la imputación penal, es decir, es ajeno a las exigencias de imputación y punibilidad en el sistema inglés. La decisión respecto de la internación del sujeto en una institución psiquiátrica es posible, pero no obligatoria, lo que amplía el campo de aplicación de las penas especiales¹⁵. La distinción entre “mad or bad” (loco o malo) que, de alguna manera, explica la distinción entre medida y pena, no existe en absoluto en el sistema inglés. La sanción y el encierro tienen por único fin la seguridad de terceros y de la sociedad en su conjunto¹⁶.

c. Sistema de una sola vía (sanción - castigo): Suecia también cuenta con un sistema de una sola vía (sanción), pero, a diferencia del caso inglés, no se llegó a este resultado por un desarrollo pragmático tendiente a resguardar a la sociedad de los ofensores más peligrosos, sino que es resultado de su rechazo (sobre la base del principio de humanidad) de la idea de la doble vía, en procura de un sistema más respetuoso de los derechos del ofensor. A principios del siglo XX, Suecia contaba con un sistema de una sola vía, pero esta vía era la terapia, ya que se trataba al crimen como una enfermedad. El optimismo respecto del tratamiento dejó en segundo plano a la teoría retribucionista y privilegió los fines preventivo-especiales de la pena. En este sistema, basado en la idea de “curar en lugar de punir”, la intervención sobre cada ofensor podía ser incluso más intrusiva que si se tratase únicamente de la sanción por el hecho cometido. La distinción entre sujetos capaces y sujetos incapaces carecía, por lo tanto, de real sentido.

Como consecuencia de esta concepción, en el nuevo Código Penal de 1965 Suecia abolió de su ordenamiento el requisito de la capacidad de culpabilidad. Incluso el término “ pena” se eliminó por motivos simbólicos del título de la ley. La sanción fue reemplazada por medidas como la educación forzada, el encarcelamiento para menores de edad, y el internamiento para enfermos mentales y reincidentes peligrosos. Se trataba de un sistema de tratamiento y aseguramiento desligado del principio de proporcionalidad. El rol fundamental al momento de la decisión de internamiento y de soltura de los ofensores le correspondía a la psiquiatría forense, y las medidas impuestas –todas– eran indeterminadas en cuanto a su duración, dado que

15 Cfr. *Mental Health Act* 1983.

16 Estos contornos difusos en el sistema inglés se ven aún más difuminados si se suma al sistema penal el sistema administrativo de sanciones (“anti-social behaviour orders”) y las detenciones preventivas en el marco del combate contra el terrorismo (Stefanopoulou 2013, 352).

dependían de los avances del tratamiento. Esta postura extrema en cuanto al carácter terapéutico de la intervención generó el efecto contrario al originalmente perseguido: las razones humanitarias que fundamentaban una intervención poco agresiva llevaron a la aplicación de medidas altamente intrusivas, e incluso a una mayor selectividad de la intervención penal, ya que no fueron los hechos cometidos, sino los distintos orígenes de los sujetos sometidos al sistema, los que determinaban la ocasión y duración de la intervención penal (Cornils 1987, 873).

De este contexto emergió, en claro movimiento pendular, la filosofía llamada neoclásica, que exigía una mayor seguridad jurídica y previsibilidad de la sanción: no se trata de un tratamiento para curar y evitar futuros delitos, sino de una reacción frente a los hechos ya cometidos. El sistema devino en un sistema de una sola vía en el cual ya no se impone una medida terapéutica, sino una sanción. En los años 1983 y 1989 en el Código Criminal se abolió la sanción por tiempo indeterminado. Desde entonces, en casos de reincidencia el máximo de la pena aumenta en cuatro años. En casos de reincidentes peligrosos con desorden psíquico severo puede ordenarse una internación, pero siempre se estará tratando de una sanción –y no de terapia-. No existe –a diferencia de Alemania– la posibilidad de internamiento en casos de peligrosidad sin desorden psíquico. Que la capacidad de culpabilidad no sea un requisito de punibilidad provoca que también enfermos mentales y niños puedan cometer delitos y ser sancionados por ellos. La incapacidad solo tiene efecto para atenuar la sanción. Desde 2008 esta situación se ha vuelto crítica, ya que desde ese año incluso la posibilidad de sanción privativa de la libertad está habilitada. La tradición de país “suave con el delito” que tiene Suecia se ha visto modificada en los últimos años, ya que las propuestas de los años 1995 y 2002 prestan mayor atención a las medidas en protección de la sociedad y de carácter preventivo especial. Diversas reformas legislativas han comenzado una escalada de endurecimiento en este sentido, y esto se advierte también en el incremento de los números de encierro desde aquellos años (Stefanopoulou 2013, 353).

d. Sistema de doble vía (sanción + medida de seguridad con fin terapéutico): Distintos países europeos siguen el sistema originalmente planteado en Alemania de la doble vía, aunque con una distinción esencial en la perspectiva adoptada. La medida de seguridad tiene el fin no solo de la seguridad de la sociedad, sino que también –y en algunos casos, hasta primordialmente– el tratamiento del sujeto en custodia. Con algunas variantes, pueden mencionarse en esta categoría a la República Checa que prevé para la disposición de la medida (que es más bien subsidiaria de la pena) que el sujeto presente “desorden mental” o “tóxico-dependencia”, sin exigir algún grado de incapacidad para que la medida pueda ser impuesta –la medida tiene como fin la seguridad. Italia, por su parte, prevé la medida de seguridad sin límite temporal –similar al internamiento preventivo

alemán-, y en el parágrafo 200 de su Código Penal establece que la normativa relativa a esta medida puede aplicarse en forma retroactiva –ya que no se trata de una pena–, e incluso en casos en los que el sujeto es plenamente capaz. España y Grecia solo habilitan la posibilidad de la medida de seguridad para casos de incapacidad; si el sujeto es considerado peligroso, pero tiene capacidad de culpabilidad –aunque fuese reducida–, no se puede aplicar medida de seguridad, sino únicamente pena (Stefanopoulou 2013, 354-355).

e. Sistema de doble vía (sanción + internamiento –no medida de seguridad–): En los Países Bajos se prevé la posibilidad de imposición de pena más una medida de internamiento clínico (llamado TBS), distinto a la idea de la medida de seguridad, exclusivamente destinado al tratamiento médico del ofensor. Es decir: si el ofensor es considerado peligroso y es capaz, la consecuencia no es el internamiento –como en Alemania–, sino el aumento de la escala penal. Si el ofensor, en cambio, es considerado peligroso y se diagnostica además desorden mental –que disminuye, pero no cancela la capacidad de culpabilidad–, la consecuencia será la imposición de una pena junto con la internación clínica. El internamiento en una clínica especializada es el que marca la diferencia esencial entre el sistema de los Países Bajos y la medida de seguridad de otros sistemas, en los que el internamiento se cumple fundamentalmente en los mismos establecimientos –aunque en secciones especiales o con regímenes diferentes– en los que los ofensores no peligrosos cumplen pena. En los Países Bajos no existe similitud alguna entre el internamiento clínico dispuesto para quienes tienen desorden mental y el cumplimiento de una pena. Sin embargo, desde 1999 se ha establecido una diferenciación entre los primeros, debido al aumento –excesivamente costoso– de internados en clínicas de TBS. Actualmente, se distingue entre pacientes “tratables” y “no tratables”. Mientras que los primeros permanecen en las clínicas TBS, los últimos son internados en instituciones de internamiento de largo plazo –“longstay institutions”– (Stefanopoulou 2013, 356-357), donde el programa terapéutico es menos intensivo y, por lo tanto, menos cuidadoso de los estándares de respeto de los Derechos Humanos sentados por el Tribunal Europeo.

f. Sin definición: En Francia no existe un concepto normativo especial para distinguir los casos de peligrosidad y/o medida de seguridad. La sanción en sí misma encierra la idea de la medida de seguridad, pero la distinción entre ambas formas permanece poco clara. Mediante la ley del 25 de febrero de 2008 sobre *Internamiento preventivo para la seguridad de la sociedad frente a criminales violentos* se introdujo en el Código Procesal Penal la posibilidad del internamiento preventivo. No se pronuncia la ley, sin embargo, en cuanto a qué naturaleza (pena o medida) tiene este internamiento. El Consejo Constitucional francés reconoció que se trata de una medida de seguridad de hecho, ya que es un internamiento desligado de la culpabilidad del sujeto. A diferencia del caso alemán, el Consejo Constitucional francés no consideró que la medida de seguridad era una pena.

tucional francés entendió, sin embargo, que no es posible la aplicación retroactiva de la normativa relativa a esta medida. La crítica que se realiza al sistema francés es la indefinición normativa en cuanto a la naturaleza de este internamiento, ya que su calificación de medida se realizó solo jurisprudencialmente, y esto podría modificarse con nuevos pronunciamientos.

IV. Desarrollo normativo y jurisprudencial respecto del internamiento preventivo en Alemania¹⁷

IV. A. Las medidas de internamiento en el sistema alemán (antes de la sentencia del TEDH del 17/12/2009)

En forma ininterrumpida desde 1933, Alemania tiene el sistema de la doble vía que permite la aplicación simultánea de penas basadas en la idea de culpabilidad y medidas de seguridad fundadas en la necesidad de prevención. Desde su introducción al Código Penal del Imperio Alemán, los avances y retrocesos de esta medida en la normativa alemana reflejan el desarrollo de la política criminal y de la discusión criminológica en el ámbito occidental respecto de la “calidad” del sujeto sometido a proceso penal y, en particular, respecto de las medidas consideradas científicamente apropiadas para tratar con quienes son considerados sujetos peligrosos. De acuerdo con la idea positivista de la época, y como consecuencia del trabajo e insistencia previos de Franz von Liszt, se sancionó en 1933 la Ley *contra los criminales habituales peligrosos y sobre las medidas de aseguramiento y tratamiento*¹⁸. Mediante esta ley se incorporaron al Código Penal del Imperio (*Reichstrafgesetzbuch* – RStGB) el § 20a RStGB, que dispuso el agravamiento de pena para “delincuentes habituales peligrosos”; y el §42e RStGB, que incorporó la obligación de internamiento preventivo (*Sicherungsverwahrung* - SV) para los casos en que la “seguridad pública” así lo requiriera. En el § 2a RStGB se pautó el ámbito de aplicación temporal de la ley, y se determinó que “[p]ara las medidas, rige la ley vigente al tiempo de la sentencia”, lo que posibilitaba la aplicación retroactiva de normativa más gravosa que la vigente en el momento de la comisión del delito. En 1939, continuando con la idea positivista terapizante, se dictó la *Ordenanza para la protección contra criminales jóvenes*¹⁹ por medio de la que se introdujo en la Ley de Justicia

17 Para una profundización sobre esta temática, y en particular sobre los factores de riesgo considerados, y el comentario de la doctrina y del TEDH al respecto ver María Laura Böhm, *Der „Gefährder“ und das „Gefährdungsrecht“: Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung* (Göttingen: Göttingen Universitätsverlag, 2011), p. 119 (en especial nota 493).

18 *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Beserung*, del 24 de noviembre de 1933 (RGBl. – Registro Legislativo del Imperio –, Tomo I, p. 995)

19 *Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*, del 4 de octubre de 1939.

Juvenil del Imperio (*Reichsjugendgerichtsgesetz* – RJGG), en el §20 RJGG, el internamiento preventivo para jóvenes.

Este fue el orden de las medidas de seguridad hasta el año 1953, en que luego de la guerra y en concordancia con la nueva Constitución Federal de 1949, Alemania sancionó una nueva Ley de Justicia Juvenil (*Jugendgerichtsgesetz*, JGG) en la que se prohibió el internamiento preventivo para jóvenes (entre 14 y 17 años), y se conservó únicamente la aplicación facultativa para jóvenes adultos (entre 18 y 20 años). En concordancia con el espíritu resocializador de las ciencias criminales de la década de 1960, en junio de 1969 se sancionó la *Primera Ley para la Reforma del Sistema Penal*²⁰, por medio de la cual en el § 20a StGB se quitó la posibilidad del agravamiento de la pena por la peligrosidad del sujeto, y en el § 42(2) StGB se incorporó el requisito “como consecuencia de tendencia a cometer delitos graves” para que la medida de internamiento preventivo pueda ser aplicada, reduciendo así las posibilidades de aplicación. En julio del mismo año 1969 se sancionó la *Segunda Ley para la Reforma del Sistema Penal*²¹ que trasladó el internamiento preventivo al § 66 ss. StGB, y dispuso en el § 67d StGB un límite temporal de diez años para la primera aplicación del internamiento. También se redujo el ámbito de aplicación temporal, ya que se dispuso en el § 2(6) StGB que para las medidas rige la ley vigente al tiempo de la sentencia “si no hay disposición legal que lo determine de otra manera”.

Así como en los años treinta del siglo XX Alemania cristalizó normativamente el ideal positivista mediante la introducción de las medidas de internamiento, y en los años sesenta lo hizo con el ideal resocializador reduciendo las posibilidades de internamiento; en la década del noventa también cristalizó el pensamiento punitivista que caracterizó (y continúa desde entonces definiendo) la política criminal de fines del siglo pasado e inicios del siglo XXI, y comenzó un proceso de ampliación de aplicación de medidas de internamiento que tanto cuantitativa como cualitativamente agudizó en profundidad la idea preventiva dentro del sistema penal.

En 1998 se sancionó la *Ley para el combate de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos*²². Esta ley incorporó el parágrafo § 66(3) StGB que previó la posibilidad de internamiento preventivo ya en casos de primera reincidencia y § 67d StGB que eliminó el límite temporal de 10 años a la medida

²⁰ **Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts**, del 25 de junio de 1969 (BGBI. – Registro Legislativo Federal – 1970, Tomo I, p. 505).

²¹ **Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts**, del 4 de julio de 1969 (BGBI. Tomo I, p. 717).

²² **Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten**, del 28 de enero de 1998 (BGBI., Tomo I, p. 160).

de internamiento en los casos en los que “exista el peligro de que el interno como consecuencia de su tendencia cometa delitos graves por los cuales las víctimas sean gravemente lesionadas psíquica o físicamente”. Esta ampliación de la implementación de la medida continuó en el año 2002 con la *Ley para la incorporación de la reserva de internamiento preventivo*²³, que incorporó la posibilidad del internamiento preventivo también junto con la imposición de pena perpetua de privación de la libertad (§ 66 StGB) y la posibilidad de la reserva de medida, esto es, la posibilidad de que al momento de imponerse la pena no se disponga la medida de internamiento, sino que se haga reserva para aplicar la medida a futuro (§ 66a StGB). La posibilidad de la reserva se amplió en el año 2003 al habilitarse su aplicación para jóvenes adultos (§ 106 JGG).

IV. B. La introducción del 66b StGB (Nachträgliche Sicherungsverwahrung): Internamiento preventivo impuesto con posterioridad al cumplimiento de la pena²⁴

El agravamiento en las condiciones de internamiento y la ampliación de las situaciones en las que podía aplicarse la medida se acentuó aún más en el año 2004, a partir de la introducción en el Código Penal de la posibilidad de disponer el internamiento preventivo después de la imposición de la pena, sin haberse hecho reserva en ese sentido y hacia el final del tiempo de cumplimiento de pena. Esta medida ha generado mucha discusión en el ámbito alemán y trajo incluso, como consecuencia, una sanción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que esclarece diversos aspectos de la normativa y el cumplimiento de las medidas de seguridad (lo que, a su vez, conllevó reformas en el ámbito alemán). En lo que sigue se hará una presentación detallada de este recorrido.

Leyes policiales estadales de 2001 y 2002. Como antecedente inmediato de la incorporación de la medida de internamiento preventivo en el Código Penal deben señalarse las leyes de carácter preventivo-policial, es decir, no penales, que por primera vez habilitaron en el ámbito estadal la posibilidad del internamiento dispuesto después de la imposición de una pena, y más allá del cumplimiento de esta²⁵. En Baviera y Sajonia-Anhalt estaban cumpliendo

23 *Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*, del 21 de agosto de 2002 (BGBl., Tomo I, p. 60).

24 Esta parte del presente texto retoma la reseña expuesta en María Laura Böhm, “Reseña de la medida de seguridad ulterior” (2011, 23-27) y la actualiza.

25 Se trató de la *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern* (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001 (BayGVBl. p. 978 s.) y de la *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Unterbrin-

pena en 2001 y 2002 algunos condenados que, de acuerdo con “completos y detallados”²⁶ dictámenes psiquiátricos, eran altamente peligrosos y no debían ser dejados en libertad cuando cumpliesen su condena. A fin de evitar las respectivas solturas, se sancionaron excepcionalmente y en estado de emergencia ambas leyes por las que los condenados quedaron automáticamente en custodia preventiva después de haber cumplido su condena. Estas leyes fueron consideradas medidas de defensa y de prevención de peligros –“Gefahrenabwehr”– (Braum 2004, 105-107; Kinzig 2006 143-173).

El control constitucional en 2004. El Tribunal Constitucional, al momento de decidir la competencia legislativa de estos Estados –el 10 de febrero de 2004²⁷–, declaró nulas tales leyes por entender que la medida de seguridad en cuestión pertenecía al ámbito del derecho penal y, por tanto, la competencia legislativa sería la federal. No obstante, el Tribunal Constitucional habilitó la continuidad de la vigencia de estas leyes y fijó un plazo de más de siete meses (hasta el 30 de septiembre de 2004), al cabo del cual, si todavía no existía una legislación federal que habilitara la continuación del encierro de los sujetos en custodia, estos deberían ser dejados en libertad. Según el Tribunal Constitucional, la peligrosidad de los individuos era concreta, ya que no eran supuestos abstractos, sino que se contaba con dictámenes precisos que pronosticaban nuevos delitos de gravedad en caso de que se concediese la libertad. Asimismo, el Tribunal anunció que, en principio, no había reparos constitucionales para la sanción de una ley que posibilitara la imposición ulterior del encierro preventivo²⁸. Adviértase, sin embargo, que en esta misma sentencia fue donde el Tribunal Constitucional analizó la problemática de los diagnósticos y los pronósticos, y explicó su falibilidad.

Días antes de la sentencia mencionada, el 5 de febrero de 2004²⁹, el Tribunal Constitucional ya había resuelto y decidido (en el caso M., que luego llegaría ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) la conformidad constitucional de una reforma legislativa (respecto del internamiento preventivo “tradicional” previsto en el §66a StGB) y su aplicación retroactiva al apelante. Aunque se le había impuesto la medida al recurrente antes de tal reforma, se vio perjudicado por esta ya que se quitaba el límite máximo de diez años para la primera imposición de la medida, por lo que, llegado a ese plazo, no pudo recuperar su libertad por la aplicación retroactiva de la

gungsG – UBG) vom 6. März 2002 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt, p. 80). Sobre estos proyectos, véase Bender 2007, 26 y ss.

26 BVerfGE 109, 190, p. 236 ss. (Fallo del 10/02/2004).

27 BVerfGE 109, 190 (Fallo del 10/02/2004).

28 Ídem, p. 238/239.

29 BVerfGE 109, 133 (Fallo del 05/02/2004).

reforma³⁰. El fundamento del Tribunal Constitucional fue, básicamente, que las medidas de seguridad no están cubiertas por el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que se trata, precisamente, de medidas preventivas que no pertenecen al campo de la “penalidad”, el que sí está protegido por este principio³¹.

La sanción del § 66 b StGB en 2004. Los legisladores del Parlamento Federal Alemán (*Deutscher Bundestag*) entendieron las sentencias del Tribunal Constitucional como visto favorable e incluso como mandato: la ley es necesaria para evitar que sujetos altamente peligrosos puedan ser dejados en libertad, aun cuando hayan cumplido su condena y no haya sido impuesta una medida de seguridad, ni se haya previsto la posibilidad de una medida de seguridad al momento de imposición de la condena. La *Ley para la introducción de la medida de internamiento preventivo ulterior* fue sancionada el 23 de julio de 2004³² con el voto incluso de quienes seguían teniendo reservas acerca de la constitucionalidad de la medida, pero que –tal como

30 Se trataba de la reforma dispuesta por la ley de 1998 (*supra* nota 21).

31 BVerfGE 109, 133 (Fallo del 05/02/2004), p. 168 ss.

32 *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, del 23/07/2004 (BGBI. I, p. 1838). Por esta ley se introdujo así el § 66 b StGB, cuya formulación básica (apartado 1) rezaba: “Si luego de una condena por un delito contra la vida, contra la integridad física, la libertad personal, o la libertad sexual o por un delito según los §§ 250, 251, también en relación con los §§ 252, 255, o por una de las contravenciones mencionadas en el § 66 (3) 1^a oración, antes de la finalización de la ejecución de la pena de libertad se advirtiesen hechos que indicasen una elevada peligrosidad del condenado para la sociedad, el tribunal puede ordenar la imposición del internamiento preventivo ulteriormente, si de la valoración general del condenado, de los delitos por él cometidos y además de su desarrollo durante la ejecución de la pena se desprende que existe una alta probabilidad de que cometerá delitos de gravedad por los cuales las víctimas pueden ser gravemente dañadas psíquica o físicamente, y cuando al momento de la decisión sobre la imposición ulterior del internamiento preventivo los otros requisitos del § 66 estén cumplidos. Si la imposición del internamiento preventivo en el momento de la condena no fue posible por razones legales, el Tribunal considerará como hecho en el sentido de la primera oración también aquellos que al momento de la condena ya eran reconocibles.” [trad. MLB] (normativa original: “(1) Werden nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unverehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder eines Verbrechens nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit den §§ 252, 255, oder wegen eines der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Vergehen vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sind. War die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich, so berücksichtigt das Gericht als Tatsachen im Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren.”). En detalle sobre esta medida véanse las investigaciones críticas de Bender (2007), Jansing (2004), Böhm (2011, especialmente 93 y ss.).

fue reiteradamente alegado– “cumplían” con la tarea asignada por el Tribunal Constitucional³³. De acuerdo con esta nueva medida, podía imponerse el internamiento preventivo cuando existieran nuevos hechos (evaluación que se realizaba de acuerdo con la vida en encierro, por supuesto) antes del fin del cumplimiento de la pena que indiquen la alta peligrosidad del sujeto –con o sin capacidad de culpabilidad, es decir, tanto con desórdenes mentales como “sanos”–.

Los casos de posible aplicación eran tres: § 66b(1) StGB para casos de reincidencia múltiple; § 66b(2) StGB para condenados primarios en caso de condena a un mínimo 5 años de prisión; y § 66b(3) StGB en casos de sujetos respecto de quienes se dispone la salida de una institución psiquiátrica porque no persisten la incapacidad ni la incapacidad reducida. El internamiento preventivo ulterior se previó para los casos en que poco antes de que el sujeto condenado cumpliera la condena y estuviera cercano a recuperar su libertad, se considerara que aún era peligroso o que su peligrosidad se manifestara durante la ejecución de la pena y, por tanto, no pueda ser “soltado en la sociedad” por la probabilidad de que cometiera nuevos hechos delictivos de gravedad que implicasen grave daño físico y/o psíquico a la víctima. Esta imposición tardía de la medida debía basarse tanto en el hecho de la causa que originó la condena como en el desenvolvimiento personal durante el encierro. Así, se requería una “apreciación general” de la situación, la que, en la práctica, se reducía al estudio de su vida en prisión.

Se podían detectar distintos factores de riesgo que llevaran a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación con los agentes del servicio penitenciario, haber rechazado un tratamiento terapéutico, etc. Se trataba, por lo tanto, de una medida de seguridad que podía imponerse sin que existiera una vinculación directa entre el hecho que (probablemente varios años atrás) había ocasionado la sentencia condenatoria, y los diagnósticos y dictámenes de personalidad realizados poco tiempo antes de cumplirse la sentencia. Faltaba así el vínculo entre un hecho delictivo y la decisión del internamiento, lo cual representó un punto especial de crítica por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el año 2008, mediante una nueva ley, se amplió el ámbito de aplicación del internamiento preventivo a los jóvenes³⁴.

33 Cfr. las discusiones parlamentarias de las sesiones del *Bundestag* del 25/03/2004, p. 8992, 8994 s., p. 9000 ss.; y del 18/06/04, p. 10553, 10558 s.

34 *Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*, del 8 de julio de 2008 (BGBl., Tomo I, p. 28).

IV. C. La sentencia del TEDH del 17/12/2009

En diciembre del 2009, el TEDH condenó a Alemania por violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)³⁵. Las razones fundamentales fueron la falta de previsibilidad de la imposición de la medida y la falta de conexión entre hecho y sanción; estableció, a su vez, que ni una medida de seguridad ni la agravación de sus condiciones pueden aplicarse retroactivamente. El TEDH consideró que prolongar el encierro de personas condenadas con el único motivo de una reforma que quita un plazo máximo para la duración de la medida resulta violatorio del art. 5 (derecho a la libertad) y del art. 7 (no hay condena sin ley previa) de la CEDH³⁶.

Según el Tribunal, esta imposición carecía de la relación causal entre una sentencia previa y la medida, ya que el (nuevo) internamiento no fue consecuencia de una pena³⁷, por lo que se viola el requisito de que la medida sea impuesta por un tribunal competente para juzgar el hecho (art. 5 [1] [a] CEDH)³⁸. Por otro lado, también en relación con el art. 5 CEDH, el TEDH explicó que el internamiento no fue ordenado como forma de prevención frente a la comisión de un delito concreto (art. 5 §1 [c] CEDH), ni porque M. padecía “insanía mental” (“unsound mind”) (art. 5 §1 [e] CEDH)³⁹, que eran los únicos otros dos supuestos en el caso que legitimarían la imposición del encierro.

En cuanto al art. 7 CEDH, el TEDH consideró que, según lo informado por los observadores externos, en la práctica alemana la forma de cumplimiento de una medida de seguridad no se diferenciaba de la ejecución de una pena⁴⁰, por lo que debía ser considerada como una pena y, en consecuencia, debía aplicarse el principio de irretroactividad de la ley⁴¹.

En el caso de una medida de seguridad, explicó el TEDH, se requiere de cuidado psicológico y apoyo que debería brindarse por medio de un equipo

35 TEDH, *M. v. Germany*, Fallo del 17/12/2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland). El 10 de mayo de 2010 esta sentencia adquirió firmeza cuando el TEDH denegó el recurso interpuesto por Alemania frente a la condena, rechazando de esta manera el reenvío del caso a la Gran Cámara. Sobre la sentencia del TEDH véanse por todos Kinzig (2010, 233-239) y Müller (2010, 207-212), ambos con más referencias para la profundización.

36 Ya en el 2004 Renzikowski (entre otros) había advertido sobre la violación del art. 5 CEDH, cfr. Renzikowski (2004, 275).

37 TEDH, *M. v. Germany*, nro. 97 ss, especialmente p. 100. Cfr. también Müller (2010, 207).

38 TEDH, *M. v. Germany*, nros. 88, 105.

39 TEDH, *M. v. Germany*, nros. 102 y 103.

40 TEDH, *M. v. Germany*, nros. 124, 127 ss., 132.

41 TEDH, *M. v. Germany*, nros. 120, 132 ss.

multidisciplinario sobre la base de los requerimientos individuales⁴². Para ello, es indispensable que la internación sea en un establecimiento diferenciado donde los internos tengan un trato “privilegiado” respecto del modo de vida de quienes se encuentran detenidos cumpliendo pena⁴³. El TEDH destacó que las medidas de internamiento tienen como finalidad la protección de la sociedad “y” brindar al interno la posibilidad de una vida responsable en libertad⁴⁴. De esta manera, sentó como estándar la obligación de separación clara según la naturaleza y la necesaria diferenciación en la forma de cumplimiento de una medida de seguridad y de una pena.

Si bien las sentencias del TEDH no tienen efecto casatorio y el Tribunal tampoco está facultado para imponer medidas a los Estados (cfr. Satzger 2009, 760; Grabenwarter 2010, 859), sus sentencias tienen un efecto vinculante inmediato para el caso concreto elevado a revisión y mediato para los casos paralelos. En un primer momento, sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó el pedido del apelante de ser dejado en libertad sobre la base de la sentencia del TEDH, aduciendo que la seguridad de la sociedad prevalecía frente al derecho a la libertad del apelante⁴⁵. Pero fue claro, sin embargo, que había que atender a la sentencia del TEDH y que se hacía imperioso adecuar la normativa alemana a ella⁴⁶.

IV. D. Estado actual de la legislación

El 22 de diciembre de 2010 se sancionó la *Ley para la nueva regulación del Derecho del Internamiento Preventivo*⁴⁷, por medio de la que se restringió la aplicación del § 66 StGB (internamiento preventivo), se amplió la del § 66a StGB (casos de reserva para imponer internamiento preventivo), y se derogó el § 66b StGB (internamiento preventivo impuesto ulteriormente), con excepción del internamiento psiquiátrico en casos en los que el condenado fuera considerado peligroso y padeciera de “desorden mental” luego de cumplir con su pena⁴⁸. Para este supuesto, se sancionó conjuntamente

42 TEDH, *M. v. Germany*, nro. 129

43 TEDH, *M. v. Germany*, nro. 41 ss.

44 TEDH, *M. v. Germany*, nro. 130.

45 *Beschluss vom 22. Dezember 2009* (2 BvR 2365/09) (referencia original: „das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber dem Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers [überwiegt]“). Véase Merkel (2010, 1053).

46 Con posterioridad al fallo aquí comentado el TEDH se pronunció en igual sentido en sus fallos del 13.01.2011 y del 19.04.2012.

47 *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, del 22 de diciembre de 2010 (BGBI., Tomo I, p. 2300), entrada en vigencia el 1 de enero de 2011. Sobre las distintas alternativas que se evaluaron antes de la sanción de la ley véase MERKEL, supra nota 62, p. 1054 ss.

48 BGBI. I, p. 2301, Art. 1, Párr. 4: “El § 66b se modifica de la siguiente manera: a) Los aparta-

(se previó en el art. 5 de la ley mencionada) la *Ley para el internamiento terapéutico de criminales violentos con desorden psíquico* (ThUG)⁴⁹. El propósito de esta ley fue cubrir la situación de aquellos internos que ya no pudieran quedar en custodia porque para ellos no era aplicable retroactivamente la nueva normativa del internamiento preventivo; entonces, se aplicaba siempre que padecieran de desorden mental y que existiera una “alta probabilidad” de que en el futuro cometan un crimen violento, de modo que el internamiento fuera necesario para la protección de la sociedad (§ 1 ThUG). El § 2 ThUG, por su parte, reguló la “institución espacial y organizativamente separada de prisión”.

IV. E. El fallo del Tribunal Constitucional alemán del 4/11/2011 (sobre el internamiento preventivo)

En concordancia con el fallo del TEDH, el 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad entre la normativa del internamiento preventivo impuesto ulteriormente y el art. 2 (2), segunda oración –derecho a la libertad–, y en relación con los arts. 104 y 20 de la Constitución alemana. Tanto la normativa anterior como la medida que perduró mediante la ley del 22 de diciembre de 2010 fueron declaradas parcialmente inconstitucionales –lo que implicó una revisión de sus propias sentencias de 2004–. En su análisis, el Tribunal consideró que debe tenerse presente, en la ponderación de los derechos fundamentales, que se trata de una relación multipolar y que, además, la interpretación que se le dé a los derechos fundamentales y a sus interrelaciones debe ser “amistosa” (compatible) con el derecho internacional, y por lo tanto respetuosa de los estándares del TEDH. Entendió que debía realizarse un control estricto de proporcionalidad entre el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad que puede justificar la restricción del primero⁵⁰.

En el caso de las medidas de seguridad restrictivas de la libertad, como el internamiento preventivo, el Tribunal Constitucional dijo que es esencial cumplir con el mandato de separación (“Abstandsgebot”) exigido por el Tribunal Europeo, según el cual la pena y la medida, por sus diferentes naturalezas, deben también implementarse de forma diferente. El poder legislativo debe precisar las condiciones para esta separación a fin de dis-

dos 1 y 2 se dejan sin efecto [...].” (texto original: “§ 66b wird wie folgt geändert: a) Die Absätze 1 und 2 werden aufgehoben [...]”).

49 *Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*, del 22 de diciembre de 2010 (modificada por ley del 5 de diciembre de 2012) (BGBl., Tomo I, p. 2300).

50 BVerfGE (Fallo del 4/05/2011), párrs. 85 ss. Fallo disponible online: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html (párr. 96 ss.)

minuir el nivel de arbitrariedad que puede existir en el poder judicial y en el ejecutivo al momento de decidir sobre la implementación de penas y medidas. En cuanto al internamiento preventivo, el Tribunal estableció que solo es posible a continuación del cumplimiento de la pena en caso que se den las siguientes condiciones: a) alto grado de peligro de delitos altamente violentos o sexuales, b) esto se evalúa a partir de circunstancias concretas en la persona o el comportamiento, y c) únicamente si el sujeto padece de desorden mental en el sentido del § 1 de la ThUG.

Respecto del mandato de separación, el Tribunal Constitucional explicitó que consiste en la diferenciación entre pena e internamiento⁵¹. Esta diferenciación se debe fundamentalmente a la legitimación diferencial y al fin dispar que tienen estas medidas. La pena se funda en la culpabilidad del sujeto ofensor, mientras que el interés predominante (la seguridad de la sociedad en su conjunto) es lo que legitima el internamiento. El fin de la pena es la sanción, mientras que el fin del internamiento es la protección de la sociedad. Esto tiene dos consecuencias en el internamiento: en primer lugar, tan pronto cesa el interés predominante de la mayoría, debe ordenarse la libertad del sujeto, porque continuar con el encierro en este caso implicaría una privación ilegítima de la libertad. En segundo lugar, la estructura de la medida debe estar orientada a la reducción de la peligrosidad, es decir, a preparar al sujeto para que pueda recuperar su libertad.

El concepto general del mandato de separación exige, de acuerdo con esto, los siguientes siete mandatos específicos: 1) *ultima ratio*: el internamiento preventivo solo puede ser aplicado como *ultima ratio*; 2) mandato de individualización e intensificación: la atención debe ser individualizada y debe intensificarse a medida que aumenta el tiempo de encierro del sujeto; 3) mandato de motivación: deben existir mecanismos de motivación suficientes para que el sujeto pueda confiar en su mejoría y futura recuperación de la libertad; 4) mandato de separación: el internamiento preventivo debe realizarse en instituciones distintas de las instituciones en que se cumple pena; 5) mandato de minimización: el encierro debe “aflojarse” paulatinamente permitiendo que a medida que se avanza en el tratamiento, se generen cada vez más posibilidades de contacto con la sociedad abierta, disminuyendo así los efectos negativos del aislamiento; 6) mandato de protección y apoyo judicial: durante todo el tiempo de encierro los internos deben contar con protección jurídica respecto de su situación procesal así como con apoyo

51 BVerfGE (Fallo del 4/05/2011), párrs. 103 ss.

judicial para sus reclamos; 7) mandato de control: todas las medidas y decisiones adoptadas durante el encierro deben contar con la posibilidad de control judicial efectivo⁵².

En cuanto a la aplicación irretroactiva de un agravamiento en la normativa relacionada con la medida de internamiento, el Tribunal Constitucional –en concordancia con lo establecido por el TEDH– entendió que es procedente únicamente en caso de “desorden mental fiablemente probado” o “verdadero desorden mental” (“zuverlässig nachgewiesene psychische Störung” o “true mental disorder”), “que exige obligatoriamente internamiento” (“zwangswise Unterbringung erfordert” o “warranting compulsory confinement”), y “que persiste” (“fortdauert” o “the persistence of such a disorder”)⁵³.

Esta última decisión del Tribunal Constitucional y la nueva interpretación legal dada allí son resultado directo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la supremacía otorgada a su jurisprudencia, la que debe ser entendida como “ayuda interpretativa” para el derecho constitucional de cada Estado Parte⁵⁴. Una profunda desorientación normativa y práctica acompañó al avance de ideas que generaron estas sentencias. En el ámbito estadual debieron realizarse nuevas reformas en cuanto a la implementación de las medidas, y cada centro de internamiento debió revisar sus propias instalaciones. La normativa debía sancionarse a tiempo, y las modificaciones fácticas también, so pena de tener que ordenar la libertad. Una pequeña institución carcelaria, por ejemplo, que contaba tal vez con un único individuo en internamiento preventivo, debía esperar la nueva normativa y modificar inmediatamente su infraestructura edilicia, contratar equipos interdisciplinarios, generar condiciones de terapia acordes, etc., para evitar que la falta de cumplimiento en los tiempos dados por el Tribunal Constitucional conllevara la obligación de soltar del interno.

IV. F. El fallo del Tribunal Constitucional alemán del 11/07/2013 (sobre la Ley de internamiento terapéutico)

El 11 de julio de 2013 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la *Ley de internamiento terapéutico* (ThUG). El fallo giró básicamente en torno a la cuestión de si el internamiento en un hospital psiquiátrico –sin cumplimiento o más allá del cumplimiento de una pena– era constitucional por no poderse descartar la incapacidad de culpabilidad, y si dicho internamiento

52 BVerfGE (Fallo del 4/05/2011), párrs.111 ss.

53 BVerfGE (Fallo del 4/05/2011), párrs.151 ss.

54 BVerfGE (Fallo del 4/05/2011), párrs. 89 ss.

podía realizarse de acuerdo con la normativa aplicada retroactivamente –es decir, si la aplicación retroactiva de la ThUG era o no afín a la Constitución–. El Tribunal Constitucional decidió que la ley no era, en principio, contraria a la Constitución en tanto fuese interpretada de acuerdo con ella, lo que significa que la interpretación que se hiciera de ella debía armonizar con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta interpretación armónica implica un estudio preciso de la proporcionalidad en la implementación de la medida en cada caso concreto, así como el respeto del mandato de separación. En cuanto a la exigencia y el alcance del requisito del “desorden mental”, el Tribunal Constitucional entendió que debía interpretarse en la forma en que fue definido por el TEDH: “sobre la base de un dictamen médico objetivo debe estar comprobado que el afectado sufre de un ‘real’ y ‘verdadero’ desorden mental (‘true mental disorder’), que por su calidad o gravedad (‘kind of degree’) requiera de una internación forzada, o bien por su propio interés en una clínica psiquiátrica, o bien en otra institución adecuada para su cumplimiento”⁵⁵. Sobre esto, sin embargo, en su dictamen ante el Tribunal Constitucional, ya el DGPPN se había pronunciado en forma crítica, por entender que “desorden mental” es un concepto excesivamente “indefinido” (“unscharf”)⁵⁶.

V. Conclusiones

El concepto de “peligrosidad” se suele utilizar en el ámbito forense en relación con las medidas que ponen el acento en el futuro: detectar el grado de peligrosidad de un sujeto permite determinar si es necesario, y en qué grado, aplicarle alguna medida restrictiva de sus derechos que conlleve o pretenda conllevar un mayor aseguramiento de los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto.

De acuerdo con esta idea, entonces, es esencial distinguir entre medidas que tienen una mirada retrospectiva sobre lo sucedido con fin sancionatorio, y medidas que tienen una mirada preventiva destinada a generar seguridad a futuro. Las primeras son las penas, las segundas, medidas de seguridad. Y dentro de esta última categoría, a la vez, se puede distinguir entre las medidas impuestas únicamente en caso de peligrosidad vinculada a la idea de enfermedad mental (que genere o no incapacidad penal) y las medidas impuestas sobre la base de la peligrosidad, pero sin exigirse enfermedad mental del sujeto. A su vez, las medidas podrán ser con o sin terapia, fundamentalmente teniendo en cuenta la subdivisión anterior, y podrán imponerse por tiempo determinado o indeterminado.

55 BVerGE (fallo del 11 de julio de 2013), párr. 94.

56 BVerGE (fallo del 11 de julio de 2013), párr. 44.

Si bien las dos últimas subdivisiones en general se corresponden con la distinción entre peligrosidad con o sin enfermedad mental, el examen comparativo puso en evidencia que la variedad de modelos existentes no presenta un patrón claro al respecto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuso que esta cuestión es de relevancia en el ámbito de protección de los Derechos Humanos; otorgó claridad al introducir el concepto del “mandato de separación” que exige la absoluta separación entre aquellas personas privadas de su libertad que cumplen pena y aquellas privadas de su libertad sometidas a una medida de custodia preventiva. Esta exigencia del TEDH obliga, por lo tanto, a pensar y repensar las categorías y el modo de su implementación en la realidad cotidiana del encierro, aunque esto no siempre resulte fácil, tal como lo evidencia la experiencia alemana.

Luego de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional y de varias reformas legislativas, el escenario normativo actual en Alemania continúa confuso. Dado que la regulación de la ejecución penal y de las medidas de seguridad es materia de índole estatal, correspondió a cada Estado adecuar su regulación de acuerdo a las exigencias del Tribunal Constitucional, lo que abrió un abanico de interrogantes y dificultades tanto normativas como prácticas (ámbito de aplicación temporal de las leyes, de las sentencias, situación de quienes se encontraban en condiciones limítrofes entre una y otra normativa en cuanto a su encierro y situación de peligrosidad, etcétera).

Por otra parte, como la *Ley de internamiento terapéutico* no fue considerada discordante con la Constitución, al momento de la implementación en cada caso concreto deben verificarse los requerimientos del TEDH y del Tribunal Constitucional. La falta de claridad terminológica de la ley, sumada a la falta de claridad que en sí tiene la temática relativa a los diagnósticos y los pronósticos que sirven de base para la decisión del internamiento, ha generado un estado de cosas que –fundadamente– lleva a muchos estudiosos a temer que Alemania se encuentre en un futuro no muy lejano, nuevamente, frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si de la situación europea en general, y de la alemana en particular, se quisieran extraer conclusiones de utilidad para el contexto argentino en su normativa e implementación cotidiana respecto de las medidas restrictivas de la libertad, podrían resumirse tales conclusiones en tres ideas: el rechazo del concepto de “peligrosidad” como base para decisiones restrictivas de derechos –rechazo que se observa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Federal de Casación Penal– es absolutamente acorde con el estado actual de la discusión de los especialistas y pone en evidencia la madurez del discurso penal de nuestro ámbito al respecto; el sistema de la doble vía del sistema penal no es el único sistema, ni necesariamente el sistema

menos problemático como reacción ante casos de delito altamente violento y, por lo tanto, puede cuestionarse con miras al diseño de respuestas más acordes con los actuales discursos doctrinarios y jurisprudenciales; y, por último, el respeto efectivo y real de los Derechos Humanos en la práctica de las instituciones de encierro debe someterse a permanente revisión y debe fomentarse una interpretación evolutiva de ellos; tareas que, sin lugar a duda, están fundamentalmente en las manos de quienes tienen a su cargo la defensa de los derechos de los privados de libertad.

Bibliografía

- Ashworth A. y E. Player. 2005. "Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions". En: *The Modern Law Review*, 68: 822-838.
- Bender, Soledad. 2007. *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Böhm, María Laura. 2011a. "Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht': Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung". Tesis doctoral. Göttingen: Universitätsverlag.
- 2011b. "Reseña de la medida de seguridad ulterior". En: *Boletín Semestral GLIPGö*, 1: 23-27.
- Braasch, Matthias. 2006. *Untherapierbare Straftäter im Maßregelvollzug – Über den Umgang mit einer problematischen Tätergruppe in Deutschland und den Niederlanden*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Braum, Stefan. 2004. "Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?". En: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4: 105-107.
- Castel, Robert. 1986. "De la peligrosidad al riesgo". En: AA.VV. *Materiales de sociología crítica*. Madrid: La Piqueta.
- Cornils, Karin. 1987. "Neuere Entwicklung der Kriminalpolitik in den nordischen Ländern". En: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtsdogmatik*, 99: 873-887.
- Dessecker, Axel. 2004. *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Finger, Catrin. 2008. *Vorbehaltene und Nachträgliche Sicherungssverwahrung. Zur Rechtsmäßigkeit von § 66a und 66b StGB. Zugeleich eine Darstellung des Umgangs mit gefährlichen Rückfalltätern in den Niederlanden*. Baden-Baden: Nomos.
- Grabenwarter, Christoph. 2010. "Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland". En: *Juristen Zeitung*, 18: 857-912.
- Jansing, Jan-David. 2004. *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwick*

klungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung. Münster: Lit.

Kinzig, Jörg. 2006. "Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Maßregel". En: S. Barton (comp.) "...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!" *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*. Baden-Baden: Nomos.

----- 2008. *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugeleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*. Berlin: Duncker & Humblot.

----- 2010. "Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland". En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: 233-239.

Krauth, Stefan. 2008. *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch. Über die Gefahren einer Neuauflage der biologischen Kriminologie*. Münster: Westfälisches Dampfboot.

Kunz, Karl-Ludwig. 2006. "Die Sicherung als gefährlich eingestufter Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion". En: S. Barton (comp.) "...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!" *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*. Baden-Baden: Nomos.

Merkel, Grischa. 2010. "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights". En: *German Law Journal*, 11: 1046-1066.

Müller, Henning E. 2010. "Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention". En: *Strafverteidiger*: 207-212.

Renzikowski, Joachim. 2004. "Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention". En: *Juristische Rundschau*, 7: 271-275.

Satzger, Helmut. 2009. "Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme". En: *Jura*, 2009: 518-528.

Schöch, Heinz. 1999. "Individual und präventive Konsequenzen". En: D. Rössner y J.-Martin Jehle (comps.). *Kriminalität, Prävention und Kontrolle, Neue Kriminologische Schriftenreihe*, 104: 223-241.

Sigmund, Julian. 2012. "Probleme und wissenschaftliche Methoden bei der Prognose von Gefährlichkeit". En: *Freilaw*, 5: 1-4.

Stefanopoulou, Georgia. 2013. "Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern in Europa". En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8: 350-358.

Volckart, Bernd y Grünebaum, Rolf. 2003. *Maßregelvollzug: das Recht des Vollzugs der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*. Neuwied: Luchterhand.

