

Evitando y humanizando el castigo

El abogado y el juez ante las  
consecuencias jurídicas del delito

José Daniel Cesano

# Evitando y humanizando el castigo

El abogado y el juez ante las  
consecuencias jurídicas del delito

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducción en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y el editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables para ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

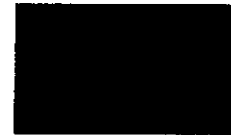
ISBN: 987-527-074-1

© Copyright by EDICIONES JURÍDICAS CUYO

Garibaldi 61 - Mendoza

Tel.- Fax: 0054-261-4292565

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos Reservados  
IMPRESO EN ARGENTINA



ediciones jurídicas cuyo

**José Daniel Cesano**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor invitado de la Cátedra de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor contratado de la Cátedra de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Salta (Sede Regional Neuquén). Codirector y Cofundador de la Revista "Ley, Razón y Justicia".

*A los Sres. profesores  
Doctores Roberto Bergalli  
e Inaki Rivera Beiras.*

## Palabras preliminares

I. El presente volumen recopila distintos trabajos (algunos de ellos ya publicados en revistas especializadas —nacionales o extranjeras— con las debidas actualizaciones que impone la presente edición; otros, por el contrario, aún inéditos) que tienen por común denominador una larga preocupación que, desde hace poco más de diez años, viene impulsando (como tema preponderante) nuestra actividad de investigación: la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. En estas pequeñas contribuciones, el lector podrá observar cómo hemos tratado: a) por una parte, sumarnos en un intento de racionalización del sistema de reacciones jurídico-penales, ya a través de la limitación del uso de la manifestación más frecuente de la coerción penal (esto es: la pena privativa de libertad), ora en los esfuerzos dirigidos a la evitación del castigo, cuando las finalidades de prevención que orientan al derecho penal, así lo admiten y b) por otra, realizar una interpretación dogmática de instituciones particulares del derecho de ejecución; tarea que, a nuestro juicio, exige tener en claro que, la dogmática, no debe considerarse solamente como un instrumento lógico formal que permite reconstruir un sistema normativo dado sino que, además, esa reconstrucción debe realizarse conforme a un modelo constitucional de organización político-institucional. Dicho en otras palabras: “(...) a partir de la función del derecho penal en un modelo político-constitucional, deben construirse las categorías del sistema dogmático y no simplemente como mera descripción de cómo funcionan las mismas”.<sup>1</sup> A partir de ambos

<sup>1</sup> Cfr. Nelson R. Pessoa, Prólogo a su libro “Legítima defensa”, Mario A. Viera Editor, Bs. As., 2001, pág. 13.

propósitos, se podrá comprender el título mismo de la obra que presentamos: evitando y humanizando el castigo.

II. Más allá de la unidad temática señalada, el lector podrá articular las distintas contribuciones, merced a las remisiones que, en cada capítulo, se han realizado. Si bien es cierto que, en sus orígenes, algunos de los trabajos ofrecidos fueron elaborados con la finalidad de ser leídos como disertaciones en distintos congresos y seminarios de la especialidad, hemos sido particularmente cuidadosos al momento de redactar las notas de referencia. Allí, el lector, podrá conocer, la *integridad del dato bibliográfico de la obra citada, así como otras referencias bibliográficas ampliatorias*. Esta circunstancia (haber consignado la totalidad del dato bibliográfico en las notas de pie de página) nos inclinó a omitir una bibliografía general, al final de la obra.

III. Enrique Martínez Paz, en su discurso leído en Córdoba, en la ceremonia de la inauguración del período judicial del año 1943, decía que: "El hombre de nuestros días no sabe si el derecho de hoy tendrá imperio en la sociedad de mañana; si el poder que le ha sido acordado sobre las cosas podrá ejercitarlo. Al despertar, corre a las informaciones de la prensa, porque necesita averiguar si subsiste la integridad de su patrimonio; si la moneda no ha cambiado de valor por un acto de gobierno; si los nuevos gravámenes no han absorbido sus rentas o menoscabado el valor efectivo de sus bienes".<sup>2</sup> Han pasado casi seis décadas de aquella descripción y, sorprendentemente, quienes habitamos este suelo, seguimos despertando con tales angustias y sobresaltos. Sin embargo, estamos convencidos que la raíz de tanta desazón y desconcierto, no se encuentra en tal o cual doctrina económica. Se trata más bien de un problema mucho más complejo: de un profundo proceso de corrupción ética que sólo puede ser vencido con una herramienta: la educación para la democracia y la ley. Es por eso que, en épocas de tremenda confusión como la que nos toca vivir, la acti-

<sup>2</sup> Cfr. "La actitud del hombre moderno frente al derecho", en "Opúsculos de Derecho Penal y Criminología", n° 7, Lerner Editora Córdoba, 1985, pág. 15.

tud a favor de la cultura que significa toda empresa editorial, debe ser destacada. Dejamos, así, explicitado nuestro agradecimiento al Sr. Carlos Sánchez de "Ediciones Jurídica Cuyo", por permitirnos continuar difundiendo nuestras ideas con la anhelada finalidad de que, a través de la publicidad, la crítica permita seguir posibilitando la humanización del viejo derecho "de los delitos y de las penas". Nuestro agradecimiento, por cierto, también se extiende al Sr. Prof. Dr. Carlos Parma quien tuvo la deferencia de presentarnos al editor.

Neuquén, 28 de abril de 2002.

## ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares.....	9
----------------------------	---

### PRIMERA PARTE: EVITANDO EL CASTIGO

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### La incorporación del principio de oportunidad en la legislación penal argentina: Sugerencias para la construcción de un modelo

I. Planteamiento del problema.....	23
1. El principio de legalidad.....	23
2. La crisis del principio de legalidad.....	26
3. El principio de oportunidad.....	30
A) Introducción.....	30
B) La oportunidad como regla.....	31
C) La oportunidad como excepción.....	32
D) Elección del modelo.....	33
E) Discusión de algunos casos de disponibilidad.....	34
F) Proyecciones constitucionales y procesales.....	37
a) Proyección constitucional: oportunidad e igualdad ante la ley.....	37
b) Proyección procesal: la investigación penal preparatoria como presupuesto.....	38
II. Propuesta de reforma.....	39

## CAPÍTULO SEGUNDO

## De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas

I. Introducción.....	41
II. Las alternativas frente a la pena privativa de libertad.....	43
III. La crítica a las alternativas a las penas privativas de libertad.....	49
IV. Los efectos de esta crítica.....	52
1. El principio de oportunidad.....	54
2. Los programa de mediación.....	57
V. ¿Hay proyecciones de esta tendencia en nuestro sistema positivo?.....	58
1. El principio de oportunidad.....	58
2. Los programa de mediación.....	64
VI. Conclusión.....	69

## CAPÍTULO TERCERO

Reparación y resolución del conflicto penal:  
su tratamiento en el Código Penal Argentino

I. Introducción.....	72
II. Los principales modelos.....	74
1. La reparación con pena estatal.....	74
2. La reparación como "Incentivo" en el marco de la teoría de las consecuencias jurídicas-penales del delito.....	78
3. La reparación como "tercera vía".....	80
A) La reparación en la teoría de la prevención general integradora de Claus Roxin.....	80
B) El proyecto alternativo sobre reparación del daño y el modelo legislativo alemán.....	84
4. La reparación como factor condicionante del ejercicio de la acción penal.....	85

III. Reparación autor-víctima y solución del conflicto en el Código Penal Argentino.....	89
1. Observaciones generales.....	89
2. El marco normativo.....	92
A) La función de la reparación en los casos de imposición de pena.....	92
a) El ofrecimiento de reparación como atenuante en el proceso de individualización del <i>quantum</i> de la pena.....	92
b) La reparación y su incidencia en la elección de la modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad.....	97
c) La vinculación de la reparación con institutos destinados a posibilitar una suspensión ilimitada del cumplimiento de la pena.....	99
c.1) La reparación y libertad condicional.....	99
c.2) La reparación y la rehabilitación.....	101
B) La consideración de la reparación en los institutos vinculados con la extinción o cancelación de la persecución penal estatal.....	104
a) La oblación voluntaria de la multa.....	104
b) La reparación y la suspensión del proceso a prueba.....	106
c) La retractación en los delitos contra el honor.....	111
d) El advenimiento de los delitos contra la integridad sexual.....	112
IV. Conclusiones.....	115

## SEGUNDA PARTE: HUMANIZANDO EL CASTIGO

### CAPÍTULO CUARTO

#### La pena privativa de la libertad por impago de la multa: incidencias de la ley 24.660 sobre el sistema del Código Penal

I. Introducción.....	119
II. Planteo del tema y propósito.....	122
III. La conversión de la multa en prisión en el derecho comparado.....	125
1. La eliminación de la conversión de la multa impaga en prisión en los casos de insolvencia no dolosa: el sistema italiano.....	125
2. La conversión como <i>ultima ratio</i> : los modelos alemán y español.....	126
3. No todo es evolución: el modelo francés.....	128
IV. La conversión en el Derecho Penal Argentino.....	130
1. El sistema del código.....	130
2. Incidencias de la ley 24.660.....	132
V. A modo de conclusión.....	137

### CAPÍTULO QUINTO

#### De garantías, reglamentos y jueces de ejecución: algunas cuestiones de Derecho Penitenciario

I. Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la reforma Constitucional de 1994 y en la legislación infraconstitucional.....	142
1. Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria en la reforma constitucional de 1994.....	142

2. Objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación nacional y provincial infra constitucional.....	147
A) El federalismo y la legislación en materia de ejecución penitenciaria.....	147
B) Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación infraconstitucional.....	155
II. Los reglamentos penitenciarios.....	157
1. Principios generales.....	157
2. Un ejemplo de exceso reglamentario.....	160
3. No todo es negativo.....	162
III. Los Jueces de ejecución penitenciaria.....	165
1. Principio de legalidad y control judicial.....	165
A) Introducción.....	165
B) Hacia la formación de una conciencia sobre la importancia del control jurisdiccional de la ejecución.....	166
2. El control de la ejecución en el derecho comparado.....	169
3. El control jurisdiccional de la ejecución de la ley 24.660.....	171
A) Introducción.....	171
B) Funciones.....	172
4. La necesidad de contar con una magistratura especializada.....	174
A) Introducción.....	174
B) ¿Es conveniente que el control jurisdiccional de la ejecución lo efectúe un órgano especializado distinto del que dictó la sentencia condenatoria?.....	177

### CAPÍTULO SEXTO

#### Los requisitos para la concesión de las salidas transitorias en la ley 24.660 y el principio de legalidad de la ejecución

I. El caso.....	181
1. Introducción.....	181



2. La doctrina de la Cámara.....	182
3. La doctrina de la casación.....	183
II. Análisis del caso.....	185
1. El régimen de salidas transitorias.....	185
A) Fundamento del instituto.....	185
B) ¿Recompensa o derecho?.....	187
C) Requisitos para la concesión.....	188
2. El principio de legalidad: consecuencias y ámbito de aplicación.....	195
3. Los razonamientos se articulan: a modo de conclusión.....	196
III. Apéndice jurisprudencial.....	198
1. Fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén.....	198
2. Dictamen del Señor Fiscal General Federal (del Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.ss.aa. inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96).....	206
3. Fallo del Sr. Juez de Ejecución (Tribunal Oral Federal de Córdoba) en autos "Basconcello, Oscar A.; Oviedo, Mario; González, Alberto y otros p.ss.aa. inf. ley 23.737, atentado y resistencia a la autoridad, disparo de armas de fuego y lesiones" (Expte. B-12/96).....	209

### CAPÍTULO SÉPTIMO

#### Consideraciones sobre el trabajo penitenciario: Interpretación criminológica de un fallo

I. Introducción.....	216
II. El caso.....	218
III. Los argumentos de la casación.....	221

1. Primer argumento.....	221
A) Descripción del argumento.....	221
B) Trabajo penitenciario y tratamiento.....	221
C) El trabajo penitenciario como un derecho del interno.....	223
D) Algunas observaciones criminológicas sobre el trabajo penitenciario.....	229
2. Segundo argumento.....	230
A) Descripción del argumento.....	230
B) La tesis de la casación y el análisis sociológico.....	231
C) La prisionización como obstáculo para el logro de los objetivos de la ejecución penitenciaria.....	233
D) Aportes de este argumento.....	234
IV. A modo de conclusión.....	235
V. Apéndice Jurisprudencial.....	236

### CAPÍTULO OCTAVO

#### Una propuesta para reformular la asistencia postpenitenciaria

I. A modo de introducción.....	248
II. Anteproyecto de ley de asistencia postpenitenciaria para la Provincia de Neuquén.....	249
I. Principios generales que inspitan el anteproyecto.....	249
A) La nueva fisonomía de la actividad postpenitenciaria.....	249
a) Introducción.....	249
b) La actividad postpenitenciaria y la prevención delictiva.....	250
c) Actividad postpenitenciaria y control de la ejecución.....	252
B) El universo de asistidos.....	252
C) La necesaria articulación entre las últimas etapas del régimen penitenciario y la actividad postpenitenciaria.....	253

D) El Patronato y su proyección en la sociedad.....	256
2. Cuestiones de competencia legislativa.....	257
3. La regulación del Patronato en la Provincia de Neuquén.....	260
4. Estructura y análisis del Anteproyecto.....	263

**PRIMERA PARTE:  
EVITANDO EL CASTIGO**

5. De esta manera, a partir de la reforma de la ley 24.660, la nueva gama de posibilidades ofrecidas frente a la conversión, permiten afirmar que, nuestro país se ha enrolado en aquellos modelos en los que, la prisión subsidiaria por impago de la multa se transformó en una verdadera *ultima ratio*. Al ser esto así, las críticas que tradicionalmente se formularan al instituto de la conversión (y que redundaban en un descrédito hacia la sanción pecuniaria), han perdido su razón de ser, por lo que, no advertimos, tampoco, mayor sustento al escepticismo de los autores respecto a la eficacia político criminal de la multa como alternativa a las privaciones de libertad de breve duración. Es claro que, sin embargo, el legislador aún está en deuda en relación al perfeccionamiento de otro aspecto de la estructura normativa de la sanción pecuniaria de acuerdo a cómo la regula el Código. Concretamente, es necesario sustituir el sistema de cuantificación global (y los escasos ejemplos de sistema proporcional) por el de "días-multa".

6. Es necesario que se arbitren los medios presupuestarios necesarios para implementar los establecimientos que alude el artículo 184 de la ley 24.660 (esto es: "centros de reinserción").

## CAPÍTULO QUINTO

### DE GARANTÍAS, REGLAMENTOS Y JUECES DE EJECUCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO PENITENCIARIO(\*)(\*\*)

**Sumario:** I. Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la reforma. Constitucional de 1994 y en la legislación infraconstitucional. 1. Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria en la reforma constitucional de 1994. 2. Objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación nacional y provincial infraconstitucional. A) El federalismo y la legislación en materia de ejecución penitenciaria. B) Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación infraconstitucional. II. Los reglamentos penitenciarios. 1. Principios generales. 2. Un ejemplo de exceso reglamentario. 3. No todo es negativo. III. Los jueces de ejecución penitenciaria. 1. Principio de legalidad y control judicial. A) Introducción. B) Hacia la formación de una conciencia sobre la importancia del control jurisdiccional de la ejecución. 2. El control de la ejecución en el derecho comparado. 3. El control jurisdiccional de la ejecución en la ley 24.660. A) Introducción. B) Funciones. 4. La nece-

\* Versión anotada de la exposición, preparada por el autor, para el Seminario de Ejecución Penal organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (22 y 23 de noviembre de 2001).

\*\* El presente artículo ha sido publicado en el sitio web "L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità" (Universidad de Florencia, Departamento de Teoría e historia del Derecho), Sección "Ricerca. Diritti umani e carcere in America Latina" (Dirección del sitio: <http://desc1.usd.unifi.it/altrdir/index.htm?maine/index.htm>).

sidad de contar con una magistratura especializada. A) Introducción. B) ¿Es conveniente que el control jurisdiccional de la ejecución lo efectúe un órgano especializado distinto del que dictó la sentencia condenatoria?

## I. Los objetivos de la ejecución penitenciaria en la reforma Constitucional de 1994 y en la legislación infraconstitucional

### 1. Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria en la reforma constitucional de 1994

En virtud de la reforma Constitucional que tuvo lugar en 1994, nuestro país incorporó con jerarquía constitucional una serie de documentos tutelares de los Derechos Humanos (artículo 75, inciso 22 C.N).<sup>1</sup> Por cierto que de ese "enjambre" de derechos y garantías, no pocos se refieren a la materia penal y, dentro de ésta, más concretamente, al problema de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Así, si quisiéramos describir el diseño de este sistema en relación al derecho de ejecución, la "clave de bóveda" estaría representada por lo dispuesto en el artículo 10, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 5, apartado 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primer instrumento internacional preceptúa: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". En tanto que, la

<sup>1</sup> De esta manera se conformó, junto con el núcleo de la Constitución histórica, un verdadero bloque de constitucionalidad federal integrado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos allí enumerados. Al respecto, cfr. Germán J. Bidart Campos, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", T. VI, La reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Bs. As., 1995, pág. 583 y ss.

Convención regional, dispone: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

La primera cuestión que, estos textos, ofrecen al intérprete se vinculan con la determinación del alcance del concepto de readaptación social que utilizan.

Básicamente, dos son las posibilidades hermenéuticas en este sentido: o se define la readaptación social en función del respeto a la legalidad (programas de readaptación social mínimos); o bien se parte de reconocer que dicha finalidad no se satisface con el logro de una mera actitud exterior de respeto a la ley, sino que exige que el autor del delito se adapte a una determinada concepción de vida social que el Estado debe imponer a través de la ejecución de la pena (programas de readaptación social máximos).<sup>2</sup>

¿Cuál ha sido el modelo adoptado por los instrumentos internacionales que, a partir de la reforma de 1994, adquirieron jerarquía constitucional?

En nuestro criterio, una interpretación sistemática de los textos internacionales que recién transcribiéramos y de la primera parte de la Constitución histórica<sup>3</sup> debe conducirnos a la conclusión de que el concepto a que aluden las normas internacionales se compatibiliza con un programa de re-

<sup>2</sup> Como buen ejemplo de este último modelo (programa de readaptación social máximo) en los sistemas jurídicos de la región (esto es: Latinoamérica), puede mencionarse lo establecido por el artículo 71 del "Reglamento de Establecimientos Penitenciarios" de la República de Chile (decreto 1771, publicado en el Diario Oficial del 9/2/1993) al disponer que: "El tratamiento de reinserción social consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas al condenado que cumple su pena en un establecimiento penitenciario, para orientar su reintegro al medio libre a través de la capacitación y de inculcarle valores morales en general para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades". Para su texto, cfr. José Luis Guzmán Dalboza, "Consideraciones críticas sobre el régimen penitenciario chileno", en: "De las penas. Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti", Ed. Depalma, Bs. As., 1997, págs. 276 y 277.

<sup>3</sup> Enfatiza la necesidad de realizar una interpretación sistemática como la que propiciamos, Germán J. Bidart Campos, "El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los Derechos Humanos", en "Revista Argentina de Derecho Constitucional", Año II, 2001, n° 4, Ed. Ediar, Bs. As., 2001, pág. 35 y ss.

adaptación social mínimo. Para llegar a esta conclusión se impone el siguiente razonamiento:

a) En toda sociedad coexisten diferentes conjuntos normativos con distintos sistemas de valores y diversas concepciones del mundo. Si una sociedad —expresa Francisco Muñoz Conde— se considera pluralista y democrática, “(...) la diversidad de conjuntos normativos, vigentes al mismo tiempo en su seno, es aún más evidente e inevitables son los conflictos que surgen cuando se contraponen. Esto hace que, desde el primer momento, pueda fallar el presupuesto básico de toda resocialización (readaptación social): la identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios. La resocialización es, ciertamente, sólo posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o adoptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Pero ¿cómo puede llevarse a cabo esta tarea cuando no se da esta coincidencia? Una resocialización sin esta coincidencia básica significa pura y simplemente sometimiento, dominio de unos sobre otros y lesiona gravemente la libre autonomía individual”.<sup>4</sup>

b) Ahora bien ¿resultaría constitucionalmente admisible —en un sistema como el nuestro— esa intromisión por la cual el Estado, a través de la ejecución de la pena, trata de imponer creencias y convicciones?

Estimamos que no. Y lo decimos así puesto que admitir esa posibilidad sería abrir la puerta al desconocimiento del derecho a la dignidad, que ha sido expresamente receptado por el artículo 11, apartado 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos y, específicamente consagrado respecto de quienes se encuentran privados legítimamente de su libertad por el artículo 5, apartado 2º, de la misma convención regional, y por el artículo 10, apartado 1º, del Pacto Internacional. Tal derecho reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar

<sup>4</sup> Cfr. Francisco Muñoz Conde, “La readaptación social del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en A.A.VV., “Política criminal y reforma del derecho penal”, Ed. Temis, Bogotá, 1982, págs. 136 y 137.

—libremente, sin ninguna injerencia estatal— sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea.

Si se comparte esta concepción —que parte, por cierto, de reconocer, además, que nuestra ley fundamental ha establecido un régimen político democrático y pluralista—, poco trabajo demandará conocer por qué nuestro sistema constitucional (Constitución histórica y Tratados sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional) resulta incompatible con un programa de readaptación social máximo. Y afirmamos esto por cuanto, como se podrá advertir a partir de la descripción de modelos normativos que adscriben a estos tipos de programas (readaptación social máxima), tal concepción constituye la más cruda manifestación de una ideología que admite la consideración del hombre como un mero objeto de la actividad estatal. Como lo ha caracterizado, con toda precisión, Guzmán Dalbora: este programa (el de readaptación social máximo) “(...) en el fondo, implica una exigencia exagerada e iliberal, en cuanto supone la imposición de valores morales que el condenado puede perfectamente no compartir e incluso rechazar, al paso que también se nos filtra subrepticamente una moralidad del Estado u oficial (...) que nada tiene que hacer en un derecho penal liberal y que cuadra mejor en un esquema político autoritario, por no decir totalitario. Va de suyo que así, además, se desdibujan los límites que separan al derecho de la moral, se quebranta la autonomía característica de la ética y se verifica empíricamente la aprensión de quienes piensan (...) que todo Estado que imponga jurídicamente una forma de moralidad, es, por este hecho sólo, inmoral”.<sup>5</sup>

En suma creemos que los artículos 11, apartado 1º y 5, apartado 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10, apartado 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con sustento en el régimen político al que adhiere la Constitución formal (artículos 33, 37,

<sup>5</sup> Cfr. Guzmán Dalbora, “Consideraciones críticas (...)”, op. cit., pág. 277.

38 y 75, inciso 19)<sup>6</sup>, se erige como una valla infranqueable frente a un concepto de readaptación social que pretenda el logro de su cometido merced a la imposición de ideales de excelencia humana que altere el sistema de valores morales que, como opción personal, prefiera el individuo, aun cuando ese individuo sea el autor de una conducta merecedora de pena; valores morales éstos que sólo pueden ser el producto de una libre elección de la persona.

¿Y qué se debe entender por un programa de readaptación social mínimo?

A nuestro ver, la respuesta a este interrogante es la siguiente: este tipo de programas tiende a obtener, por parte del autor de un delito, una conducta respetuosa con la ley y los derechos de los demás. Este punto de vista, que considera términos correlativos "readaptación social" y mero "respeto de la legalidad"<sup>7</sup> es consecuente con la estructura funcional del sistema sanciona-

<sup>6</sup> Es importante, a los fines de nuestro estudio, tratar de precisar qué entendemos por respeto a la "legalidad". Nuestra concepción, que explicitamos en el texto, es tributaria del pensamiento de Thomas Würtenberger. En efecto, entiendo Würtenberger que: "(...) quien en la realización de las acciones de legalidad respeta las normas de la ley, afirma, en primer lugar, la idea jurídica del orden personificada en la ley. No es necesario que la intención del que actúa legalmente abarque otros elementos. El que actúa conscientemente de acuerdo con las normas, orienta su conducta según la ley como dato que no necesita ser examinado en el fundamento de su validez, y que encuentra ya dado en el ámbito vital del mundo social". Reconoce en el actuar de acuerdo con la ley, el orden realizado en ella, en la medida en que, en tanto súbdito del derecho, utiliza el poder protector del orden jurídico también para sí. Ya esto demuestra en qué medida la actitud de la legalidad está caracterizada por una cierta sobriedad y una frialdad objetiva. Cuando la comunidad jurídica y el estado exigen del hombre la conducta legal del respeto voluntario a la norma, no plantean estos poderes exigencias exageradas al actuar del individuo, no lo convocan a la entrega completa a objetivos éticos supremos o a deberes". Y, con especial referencia a los fines de la pena, como manifestación del *ius puniendi*, el autor enfatiza: "(...) el ejemplo del derecho penal enseña que la actitud de legalidad que se espera del individuo no puede ir más allá de una determinada medida de exigencias jurídicas impuestas al hombre. En la "justicia legal", es decir en la legalidad, se trata más bien —como ha destacado

torio penal; la norma penal contiene una serie de expectativas de conducta legalmente determinadas cuya frustración posibilita, bajo ciertas condiciones, la aplicación de una pena. Fin de la ejecución de esa pena será, por consiguiente, restablecer en quien ha delinuido el respeto por esas normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, y evitando de esa forma la comisión de nuevos delitos. Haciendo nuestra la clara ejemplificación de los profesores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: "(...) la aplicación de una pena de prisión a un delincuente fiscal no debe aspirar a 'recudcarlo', imbuyéndole conciencia tributaria, sino simplemente a que en el futuro se comporte como si lo tuviera".<sup>7</sup>

## 2. Objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación nacional y provincial infraconstitucional

### A) El federalismo y la legislación en materia de ejecución penitenciaria

Nuestra Constitución Nacional establece como forma de Estado el federalismo (art. 1 C.N.). Esta decisión política de la Ley Fundamental tiene consecuencias en orden a la distribución de facultades legislativas entre los Estados Provinciales y el Estado Nacional.

con razón G. Hussed — del 'producto de una actitud completamente ingenua con respecto al derecho'. Por consiguiente, dentro del campo del actuar puramente legal no es necesaria ninguna entrega ética especial al mundo del derecho" (Cf. "Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del derecho", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1967, págs. 94-95 y 96-97. El énfasis nos pertenece).

<sup>7</sup> Cfr. Muñoz Conde - García Arán, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 490.

Entre los poderes que se otorgan al gobierno federal está, precisamente, el de legislar en materia de derecho sustantivo. Es así que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, dispone que el Congreso de la Nación deberá dictar los Códigos "Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (...)". En cambio, los Códigos de Procedimiento, y la organización de la justicia, quedan en mano de las Provincias.

¿Qué ocurre, en este aspecto, con la legislación destinada a regir la ejecución de las penas privativas de libertad?

Esta pregunta tiene su sentido, apenas se repare en que, en nuestro país, junto con la ley nacional de ejecución de penas privativas de libertad n° 24.660, algunos Estados Provinciales, han dictado, igualmente, normas sobre esta materia.

Esta última afirmación exige formular las siguientes precisiones:

- Encontramos un buen número de Estados Provinciales que aplican directamente la ley 24.660, sin haber dictado ninguna ley de adhesión. Tales los casos de: Tucumán, Jujuy, San Luis, Salta, Chaco, Santiago del Estero, La Rioja, Río Negro y Neuquén.

- Existen algunos Estados Provinciales que han dictado *leyes de adhesión total a la ley nacional de ejecución, sin formular ningún tipo de reserva*. Así, las Provincias de Entre Ríos (ley 9117) y la de San Juan (ley 6883).

- Por fin, se advierte, también, algunos Estados Provinciales cuyas legislaciones *ora estructuran la ejecución con independencia de la ley nacional (excluyendo la aplicación de ésta en su territorio), o, aún cuando sigan —en general— los lineamientos de la ley nacional, ofrecen algunas particularidades (que, en algunos casos, superan en coherencia a la ley nacional) en lo que respecta al régimen de ejecución*. En este último grupo ubicamos a las Provincias de Buenos Aires y Córdoba.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires rige la ley 12.256, cuyo artículo 1 dispone que: "La asistencia de los procesados y el tratamiento y/o asistencia de los condenados a penas privativas o restrictivas de la libertad y/u otras medidas de seguridad, de tratamiento o de otro tipo dispuestas por autoridad judicial competente, como así la actividad y orientación post peni-

tenciaria, se regirán por las disposiciones de esta Ley"; enfatizándose, en el artículo 2 que: "A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo ellos se encuentren". De esta manera, como podrá advertirse, se excluye (al menos a nivel de formulación normativa), en este Estado Provincial, la posible aplicación de la Ley Nacional.<sup>4</sup>

En el caso de la Provincia de Córdoba, la situación legislativa en esta temática, puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Por una parte, la ley 8812 dispuso en su artículo 1 que: "La provincia de Córdoba adecuará al régimen de la ley nacional 24.660 todas aquellas materias que sean de su competencia exclusiva para lo cual el Poder Ejecutivo dictará, dentro de los ciento veinte días de promulgada la presente, la reglamentación respectiva".

- Más allá de las reglamentaciones que se anunciaban en aquella ley (y sobre las cuales, luego, volveremos), se dictó la ley 8878; instrumento legislativo éste que, si bien, en su estructura básica, mantiene los principios de la ley nacional, en algunas instituciones introdujo modificaciones destacables. Tal es el caso, por ejemplo, del carácter voluntario del tratamiento que, al

<sup>4</sup> El texto que transcribimos ha merecido la censura de la buena doctrina. Así, en un excelente trabajo, Gabriel Bombini ha dicho, y nosotros compartimos su pensamiento, que: el artículo 2 "significa poco menos que una suerte de declaración de la independencia de la Provincia de Buenos Aires en la materia, y en vez de encuadrarse en la pretensión de armonización legislativa, significa la acumulación de problemas y confusiones, en tanto se ha apartado en aspectos sustanciales tales como los relativos al régimen progresivo, a la variación de los requisitos para la obtención de ciertas salidas anticipadas (...), todo lo cual llevaría eventualmente —según se aplicara un cuerpo legal u otro— a soluciones diversas que implicarían la aplicación de penas desiguales" (Cfr. "Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires (A dos años de la reforma legislativa)", L.J., 30 de enero de 2002, pág. 6.

menos como declaración de principios, surge del artículo 2 de esa ley,<sup>9</sup> cuestión en la que —la ley provincial— se aparta de lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 24.660 que, más allá de reconocer ciertos aspectos no coactivos en el régimen penitenciario,<sup>10</sup> mantiene la obligatoriedad de la observancia de las normas atinentes a la convivencia, disciplina y trabajo.

Esta duplicidad normativa, que se advierte en este último grupo de casos (sobre todo en el de la Provincia de Buenos Aires), exige que nos detengamos —brevemente— a resolver si resulta justificable.

A nuestro ver, la materia de ejecución es, en principio, una facultad de competencia del Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 12 C.N.). Ello surge, por cuanto, la propia ley de ejecución 24.660 establece en su artículo 229 que “es complementaria del Código Penal”; esto es, en palabras de justo

<sup>9</sup> La norma dispone: “La reinserción social como la orientación en la responsabilidad para su vida futura, se deberán realizar con el libre consentimiento y cooperación del condenado, utilizando los medios de prevención y tratamiento educativo, laboral, asistencial y de cualquier otro carácter que pueda disponerse en conformidad con los progresos de la ciencias sociales, criminológicas y penitenciarias”. Tal regulación, como lo anticipamos en el texto, es uno de los casos de previsión normativa de mayor excelencia que el previsto en la ley nacional (sobre el que, enseguida, nos detendremos) desde que, como lo ha dicho Claus Roxin: “(...) hasta la mejor terapia carece de sentido si el condenado no la acepta. Los esfuerzos terapéuticos sólo pueden tener éxito si el recluso coopera voluntariamente en el desarrollo resocializador de su voluntad. (...) El condenado, por lo tanto, no es ya mero objeto de castigo (...) sino que posee más y más chances de convertirse en sujeto y co-organizador de la realización de la sanción. El fenómeno del castigo ya no es, exclusivamente, una imposición de la autoridad; él contiene muchos llamados a la iniciativa propia del condenado y se convierte así en una ayuda para la auto-ayuda” (Cfr. “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, en: “Nuevas formulaciones de las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin”, Ed. Lerner. Córdoba, 2001, págs. 224 y 225).

<sup>10</sup> Y, en este sentido, la ley 24.660, a su vez, es superior a su precedente inmediato (esto es: el decreto-ley 412/1958), cuyo artículo 2, 1° disposición, establecía que: “El condenado está obligado a acatar en su integridad el tratamiento penitenciario que se determine”.

Laje Anaya: “Que es de derecho común (...)”,<sup>11</sup> circunstancia ésta que habilita la competencia legislativa de la Nación.<sup>12</sup>

Este tema, si bien en otras épocas mereció alguna discusión doctrinaria (sobre todo a partir de los desarrollos de Italo Luder),<sup>13</sup> desde hace bastante tiempo parece ser una cuestión pacífica entre nuestros autores. Así, Ricardo C. Núñez afirmaba que: “constitucionalmente la unidad del régimen de ejecución penitenciaria deriva de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal (...)”. Esta facultad involucra la de regular todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de la pena que se impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando la vigencia de la garantía *nulla poena sine lege* (...). Ésta se viola tanto si el reglamento local de ejecución se aparta de la estructura de la pena determinada por la ley del Congreso, como si esa estructura se desfigura en la

<sup>11</sup> Cfr. Laje Anaya, “Notas a la ley penitenciaria nacional”, Ed. Advocatus Córdoba, 1997, pág. 302.

<sup>12</sup> Ello, por cierto, sin dejar de reconocer que, al regular este aspecto, la ley 24.660 es, en cierta forma contradictoria. Esto se afirma, por cuanto, el artículo 128 prevé que: “La Nación y las Provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente”. Advierte la contradicción y la censura, Marcos C. Salt (Cfr. Rivera Beiras – Salt, “Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, pág. 162: “El texto de ambas normas (se refiere a los artículos 228 y 229), aparentemente coherente, es en realidad contradictorio. Si las normas de la ley 24.660 integran el Código Penal (legislación de fondo), el mandato contenido en el artículo 228 para que las provincias modifiquen su legislación en la materia no era necesario. Antes bien, las normas de la ley 24.660 deben ser de aplicación directa en todo el país sin necesidad de adaptaciones o reconocimientos legislativos en las Provincias (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional)”.

<sup>13</sup> Cfr. su trabajo “La ley penitenciaria Nacional complementaria del Código Penal”, “Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas”, La Plata, 1958, pág. 9 y ss. Este autor consideraba que la materia del derecho de ejecución constituía una facultad legislativa de los estados provinciales no delegada a la Nación.



práctica. A las provincias les compete ejecutar las instituciones de la ley de fondo (...) pero esta jurisdicción ejecutiva no involucra la potestad de establecer, destruir o alterar la institución nacional".<sup>14</sup>

Y en igual sentido, en forma mucho más reciente, se ha pronunciado Julio B. J. Maier, quien coincidiendo con el pensamiento de Núñez, abogó por "(...) reglas únicas de ejecución penitenciaria dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal (...) pero reconociendo que las provincias en su territorio y la Nación en el orden federal (...) (puedan prever) todo lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios".<sup>15</sup>

Sobre esta base, ninguna dificultad habría para que, cada Provincia regule, por ejemplo, todo lo atinente a la organización de los establecimientos penitenciarios o la capacitación del personal que tiene a su cargo la ejecución. Tal lo que ocurre, con los capítulos III (artículos 18 y 19) y IV (artículos 20 a 24) de la ley 8878 de la Provincia de Córdoba o con lo relativo al régimen de quienes se encuentren bajo prisión preventiva (que, obviamente, por el título de la detención, no se encuentran en la etapa de ejecución), como sucede, vgr. con el Título segundo (artículos 67 a 92) de la ley 12.256 de la Provincia de Buenos Aires o el capítulo II (artículos 11 a 17) de la mencionada ley 8878 (Córdoba). *El tema se complica cuando esta duplicidad alcanza a los principios mismos de la ejecución incidiendo, directamente, sobre el régimen penitenciario.* Ello así, por cuanto, recordando, nuevamente, a Ricardo Núñez, "(...) cuando la ley penitenciaria establece el régimen penitenciario, determinando cómo es (...), no hace otra cosa que establecer reglas sobre la materia de la pena que es una institución de Derecho Penal sustantivo, aunque la

especialidad de su contenido exija su sistematización mediante una ley especial (...)"<sup>16</sup>

Ahora bien, algunos de los Estados Provinciales que han dictado leyes en la materia, han sido particularmente cuidadosos al momento de abordar esta temática respetando —en sus lineamientos generales— la estructura del régimen penitenciario previsto por la ley nacional. Tal el caso del artículo 7 de la 8878 de Córdoba cuando regula lo atinente a las etapas que integran dicho régimen (esto es: observación, tratamiento, prueba y libertad condicional). En estos casos, la duplicidad no produce ningún efecto.

El problema se da cuando, una ley provincial, regula el régimen penitenciario (o alguna de las instituciones a él vinculadas) en forma distinta a que lo hace la ley de ejecución nacional. Veamos un caso concreto. La ley 24.660 prevé que, como parte del sistema de progresividad, el interno que se encuentre dentro del período de prueba pueda solicitar, sucesivamente, la incorporación a un establecimiento abierto y el beneficio de las salidas transitorias (artículo 15, letras "a" y "b"). Se trata, como lo ha dicho la más calificada doctrina, de institutos que se integran "como modo particular de tratamiento de la pena privativa de la libertad".<sup>17</sup> A su vez, el artículo 17 establece, taxativamente, cuáles son los requisitos para la concesión de las salidas transitorias, previéndose, concretamente: a) un tiempo mínimo de ejecución; b) no tener causa abierta donde interese la detención del interno o una condena pendiente; c) poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación y d) merecer del organismo técnico criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. *Como podrá advertirse, la ley no hace distinción teniendo en cuenta —para excluir de ese derecho— a particulares tipos delictivos.*

<sup>14</sup> Cfr. Núñez, "Tratado de Derecho Penal", T. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1988, págs. 379-380.

<sup>15</sup> Cfr. Maier, "Derecho Procesal Penal Argentino", T. 1-a, "Fundamentos", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1989, pág. 110.

<sup>16</sup> Cfr. Núñez, "Tratado (...)", op. cit., T. II, pág. 379, nota n° 115.

<sup>17</sup> Cfr. Laje Anaya, "Notas a la ley penitenciaria (...)", op. cit., pág. 56.

Pues bien, la ley 12.256 (Provincia de Buenos Aires), dejando de lado este aspecto, expresamente dispone en su artículo 100 que: "(...) no podrá otorgarse el beneficio del ingreso al régimen abierto y las salidas transitorias a aquellos condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidio agravado (artículo 80 Código Penal). 2) Delitos contra la integridad sexual, en sus formas agravadas (artículo 119, párrafo 4°, incisos a), b), c), d), e) y f) del Código Penal). 3) Violación seguida de muerte (artículo 124 del Código Penal). 4) Privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis, último párrafo del Código Penal). 5) Tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal). 6) Homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal). 7) Incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal)."

Obviamente, esta discriminación, consistente en agrupar condenados por determinados tipos delictivos (los enumerados en el artículo 100) que, "ab initio", no podrán gozar de los derechos a las salidas transitorias, importa regular, una típica institución vinculada con el régimen penitenciario (y por lo tanto de Derecho Penal común) en forma distinta (y más gravosa para el interno) de la que lo hace la ley nacional.

Igual ocurre (también en la ley bonaerense) respecto de los condenados por los delitos antes enumerados en relación con la libertad asistida (artículo 104 de la ley 12.256) que, según la previsión normativa contenida en el artículo 100 del mismo cuerpo legal, tampoco podrán gozar de tal derecho.

¿Qué hacer con previsiones como éstas?

A nuestro ver, deben ser declaradas inconstitucionales y no aplicadas. Ello así por cuanto, tales normas, están modificando un aspecto de la ejecución sustancial que, como tal, únicamente puede ser realizada por una ley del Congreso Nacional (artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional) y no por una legislatura Provincial.

De hecho, y aún cuando no se haya llegado a la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Ai-

res, en varios precedentes, algunos posteriores a la sanción de la ley 12.256, ha expresado que: "(...) de acuerdo con lo previsto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y 229 de la ley 24.660, las disposiciones de neto corte penal incluidas en el régimen penitenciario nacional, son aplicables en territorio de la Provincia de Buenos Aires (Sent. del 24/5/99 en causa 125, 'Pedrozo'; sent. del 8/9/99 en causa 89, 'Güi Brenta')";<sup>18</sup> con lo cual, y como corolario de tales criterios, se ha resuelto que: "corresponde aplicar en territorio provincial el instituto de las salidas transitorias, previsto por el art. 16 de la ley 24.660 (sent. del 14/9/99 en causa 'Araya Godoy'), así como también el de la libertad asistida (sent. del 13/4/99 en causa 39, 'Bastidas')".<sup>19</sup>

#### *B) Los Objetivos de la ejecución penitenciaria en la legislación infraconstitucional*

La primera novedad que presenta la ley 24.660 consiste en que, a diferencia de lo que ocurría con el decreto-ley 412/1958, ratificado por la ley 14.467 (artículo 1), el texto sancionado en 1996 explicita el modelo de programa de readaptación social al que adhiere.

En efecto, dispone el artículo 1 que: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social (...)". Como se advertirá, la nueva ley, en total coincidencia con la interpretación que se efectuara de los artículos 10, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, adscribe a un pro-

<sup>18</sup> Cf. Horacio Daniel Piombo, "Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires", Ed. Depalma, Bs. As., 2000, págs. 75 y 76.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 76.

grama de readaptación social que hemos caracterizado como mínimo, en tanto persigue conseguir, por parte del autor del delito, el respeto de la legalidad. En este sentido, la estructura lingüística del precepto no deja margen para la otra alternativa posible (programa de readaptación social máximo), ya que postula el logro de su cometido a través de un proceso que sólo exige entender el mensaje contenido en la ley (esto es: la expectativa de conducta legalmente determinada) y comportarse en consecuencia, sin requerir en modo alguno, la internalización de los mandatos legales, lo que, inevitablemente, hubiera importado incidir sobre las actitudes internas y escala de valores del condenado.

Más, no sólo la interpretación semántica del texto nos lleva a esta conclusión. En efecto, el abandono, por parte del legislador, de expresiones contenidas en la vieja ley penitenciaria nacional nos está demostrando, también, cuál fue la opción seguida por los redactores de la ley 24.660. Nos explicamos mejor. Al definir el "concepto", el artículo 51 del decreto-ley 412/1958 refería que, para realizar tal calificación, se debía tener en cuenta: "(...) las manifestaciones de su conducta, (...) su carácter, tendencia, *moralidad* o demás cualidades personales, con el objeto de formular un juicio sobre el grado de recuperación alcanzado". Y en la Exposición de Motivos, los redactores del decreto, fueron muy concientes de las diferencias entre calificación de conducta y de concepto, enfatizando que, esta última calificación (la de "concepto"), se refería a los "*aspectos profundos y genuinos de la personalidad*" del interno. Obsérvese, en consecuencia, como aquí sí se alude, en forma bastante directa, a cuestiones relativas a la moralidad del autor, capaces de evidenciar ciertos cambios en su personalidad; esto es: a la identificación entre las pautas éticas inculcadas y la personalidad del autor.

Tales extremos, desaparecen en la ley 24.660. Ello así, no porque este texto legal desconozca la diferencia entre calificación de concepto y conducta sino porque, el legislador, desvinculó aquella calificación (la de concepto) de la adquisición de pautas o criterios morales como síntoma de recupera-

ción. En tal sentido, el actual artículo 101 dispone que: "(...) Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social".

¿Y sobre qué base se hará tal ponderación si, como lo sostenemos, aquí no se alude a valores morales subjetivos?

Son pautas, además de la buena conducta, el espíritu de trabajo que evidencie el interno; su voluntad en el aprendizaje; el sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y toda otra circunstancia, objetivamente verificable, que surja de los informes del organismo técnico criminológico y del consejo correccional de la institución penitenciaria.<sup>20</sup>

Siguiendo esta orientación, y a nuestro juicio, con mayor precisión, la ley n° 8878 de la Provincia de Córdoba, perfila su adscripción a un programa de readaptación mínimo al fijar los objetivos de la ejecución en el artículo 1 expresando que: "La ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley para orientar su vida futura en la responsabilidad, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad".

## II. Los reglamentos penitenciarios

### 1. Principios generales

En virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo expide los "reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

<sup>20</sup> Cfr. Laje Anaya, "Notas (...)". op. cit., pág. 184.

Por su parte, y dentro del derecho público local, las constituciones provinciales contienen idéntica previsión respecto de los gobernadores y en relación a las leyes dictadas en el ámbito de las legislaturas provinciales.

En el caso de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad 24.660, se dictaron varios decretos de carácter reglamentario. A saber: a) 18/1997, conocido como "Reglamento de disciplina para los internos", relativo al Capítulo IV de la ley de ejecución; b) 1058/1997, que reglamenta el capítulo segundo, sección tercera de la ley 24.660; esto es: las alternativas para situaciones especiales; c) 1136/1997, referido al Capítulo XI de la ley; en especial todo lo atinente a "Relaciones familiares y sociales" y d) 396/1999, conocido como "Reglamento de modalidades básicas de ejecución".

Por su parte, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, en virtud del artículo 1 de la ley 8812, se delegó en el Poder Ejecutivo el dictado de la respectiva reglamentación; la que se concretó mediante el decreto 1293 del año 2000; instrumento éste que dispuso cambios significativos en los principales lineamientos de la política penitenciaria para la realización de la actividad técnico-científica en base a la metodología interdisciplinaria. En tal sentido, el referido decreto establece las funciones esenciales del Servicio Criminológico y del Consejo Correccional y —en sus cuatro anexos— el régimen disciplinario, las comunicaciones de los internos, la prisión domiciliaria y la progesividad del régimen penitenciario y del programa de prelibertad.

Ahora bien ¿qué importancia tiene el estudio de estas reglamentaciones?

Quizá, uno de los aspectos más interesantes sea *el de analizar si, tales reglamentaciones, se adecuan o ajustan a la ley o, si, por el contrario, la facultad reglamentaria, en algunos casos, la desborda en perjuicio de los derechos del interno.*

El tema planteado no es, por cierto, patrimonio exclusivo del derecho de ejecución. Es por ello que, antes de tratarlo desde la perspectiva estrictamente penitenciaria, se hace necesario describir, mínimamente, esta problemática desde la óptica más general del derecho constitucional y administrativo.

Ha sostenido Alberto Bianchi que un análisis de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite apreciar que, el máximo Tribunal Nacional, ha redactado algunas fórmulas generales a las cuales acude cuando tiene que resolver la validez constitucional de un reglamento de ejecución. La más frecuente dice así: El Poder Ejecutivo no excede en su facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajusten, en definitiva, a su espíritu.<sup>21</sup>

Obviamente, puede ocurrir que, el decreto no utilice idénticas expresiones que la ley que reglamenta pero no por ello habrá un exceso si ha respetado el espíritu del texto legal. Sin embargo puede suceder que haya, en las normas reglamentarias, una auténtica incompatibilidad con los preceptos legales o que establezcan excepciones irrazonables frustratorias de los fines perseguidos por el instituto legal. Tales casos, conforman las hipótesis de exceso a la que antes aludíamos.

Es claro (y más allá de que la propia Corte lo ha negado en algunas ocasiones respecto a las leyes comunes, esto es, en la terminología del recurso extraordinario: no federales), en caso de verificarse un desborde en la reglamentación, dicho acto deviene inconstitucional. Ello así, por cuanto, de esta manera, el ejecutivo se está arrogando potestades legislativas y conculcando la división de poderes que debe ser asegurada en un Estado Republicano.

Seguidamente, analizaremos este tema en relación a los reglamentos penitenciarios. Para ello, tomaremos una materia objeto de reglamentación

<sup>21</sup> Cfr., Bianchi, "El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario", E.D. T. 108, pág. 826.

(por uno de los decretos nacionales) y confrontaremos la extensión de ese texto con los principios de la ley de ejecución.

## 2. Un ejemplo de exceso reglamentario

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 artículo 17, inciso 3° de la ley 24.660, establece 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". Por su parte, el artículo 34, inciso "d" de 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. Piénsese, en tal sentido, en el siguiente caso hipotético: un interno reincidente condenado a pena de prisión de dos años. Ha cometido el hecho el 1° de enero de 2000 y el 20 de diciembre de 2000 ya se encuentra condenado con sentencia firme. De conformidad al artículo 50 del decreto de modalidades básicas, el Consejo Correccional sesionará en pleno a los efectos de su primera calificación recién dentro de los diez primeros días hábiles del mes de marzo del 2001. Sin embargo y en virtud de lo dispuesto por el artículo 71 del mismo decreto, hasta tanto no se haya realizado tal calificación, "el interno gozará de los beneficios correspondientes a la calificación de conducta muy buena". Es obvio, porque así lo dispone el artículo 17 inciso 1° letra "a" de la ley 24.660 que, tal interno, gozaría de la posibilidad de salidas transitorias a partir del 2 de enero de 2001 al haber cumplido —en esa fecha— más de la mitad de la condena impuesta. Empero, lo cierto es que, al tener una calificación de

conducta muy buena, en virtud de lo dispuesto por el art. 34, inciso "d" del decreto reglamentario no sería viable la concesión del beneficio. Sin embargo, sí lo sería a partir del artículo 17 inciso 3° de la ley 24.660; ello por cuanto, tal precepto legal se satisface, en defecto de conducta ejemplar, "con el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación"; es decir: en tal caso, con la conducta muy buena.

No se crea, empero, que este caso ha pasado desapercibido por nuestros Tribunales. Así, Gabriel Bombini<sup>22</sup> se ocupa de la crítica de este aspecto del reglamento reseñando algunos concretos planteos de inconstitucionalidad que se realizaran —con suerte dispar— en los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal. Así, este autor refiere que el Juzgado Nacional de Ejecución n° 2, in re "Sánchez", había decretado la inconstitucionalidad del artículo 34 inc. "d" del decreto 396/1999 ya que, al exigir para la concesión de las salidas transitorias que el condenado posea conducta ejemplar, va más allá de las exigencias de la propia ley con lo que, la facultad reglamentaria no ha sido ejercida en los límites que lo autoriza el artículo 99 inciso 2° de la Constitución Nacional.

Sin embargo, el mismo tribunal, en un pronunciamiento posterior, haciéndose eco de lo resuelto ante un planteo similar formulado al Juzgado n° 1, revió su posición —en los autos "Tavarez"—, rechazando el planteo de inconstitucionalidad. Por su parte, el titular del Juzgado de Ejecución n° 1, al no hacer lugar a un planteo de inconstitucionalidad in re "Cánepa" expresó: "para la concesión de las salidas transitorias, la ley 24.660 requiere en su art. 17, inc. III, que el peticionante posea conducta ejemplar o el grado máximo de ser alcanzado en el tiempo de internación. Que la reglamentación de las secciones primera y segunda del capítulo II de la ley 24.660, no establece en este sentido exigencia mayor a la consagrada por la ley nacional, toda vez que a partir del decreto de referencia ya no existe, en el Tratamiento de

<sup>22</sup> Cfr. Bombini, "Poder Judicial y cárceles en la Argentina", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000, págs. 132, especialmente nota n° 134.

progresividad de la pena, un grado máximo susceptible de ser alcanzado por cada interno en base al término de detención, por cuanto de acuerdo con su art. 50, la calificación de conducta se efectúa en forma trimestral y en base a los parámetros establecidos por el art. 56 del mencionado Reglamento, sin exigencias *sine qua non* de haber alcanzado, previamente, guarismo clasificatorio alguno en base al monto de condena impuesta y al tiempo de internación.<sup>23</sup>

Por cierto que, este fallo lo reputamos incorrecto desde que omite considerar hipótesis como las que surgen del artículo 71 del decreto que nos ocupa y conduce a situaciones altamente insatisfactorias frente a casos como el que planteamos.

Afortunadamente, el decreto reglamentario que rige en la Provincia de Córdoba, es muy cuidadoso en esta materia, no incurriendo en tal exceso. Ver, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 34 inciso "d" de la norma reglamentaria provincial.

### 3. No todo es negativo

Sería, empero, incorrecto pensar que, todo es negativo en estas nuevas reglamentaciones. En este sentido, si bien entendemos que los desbordes puntualizados en el apartado anterior deben ser enmendados, los nuevos documentos reglamentarios, si se los compara con los anteriores, dictados bajo la vigencia de la vieja ley de ejecución, conforman instrumentos de una factura indiscutiblemente superior. Vamos a mencionar, seguidamente, un aspecto en el que, claramente, se puede apreciar esta mejora.

Sin duda, uno de los casos más destacables en esta materia, está representado por aquellas normas reglamentarias de la comunicación postal de

<sup>23</sup> Cfr. Bombini, "Poder Judicial (...)", op. cit., pág. 132.

los internos. En este ámbito la confrontación de normas nos muestra que ha existido un muy buen adelanto. Veamos:

• Con anterioridad a la sanción de la ley 24.660, regía —en el ámbito federal— el "Régimen de correspondencia para internos condenados". En dicho instrumento normativo, sus artículos 3 y 4 disponían lo siguiente: art. 3: "La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura. Para esto último deberán tenerse en consideración aquellos aspectos que por su naturaleza puedan aparecer, incidir o convertirse en factores negativos, desde el punto de vista que sustentan los principios en que se basa el concepto de readaptación social." Y, el artículo 4, a su turno, disponía: "Si a juicio de la Dirección del Establecimiento resultara inconveniente dar curso —por su contenido— a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misma al remitente, informándosele sobre las causas motivadoras".

Esta reglamentación, durante su vigencia, fue reputada de inconstitucional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Dessy"<sup>24</sup> tuvo ocasión de declararlo así en un fallo emitido con fecha 19 de octubre de 1995. En el voto de la mayoría se comenzó por precisar en su considerando n° 9 que: "(...) las normas reglamentarias citadas han impuesto, a través de un texto ambiguo (especialmente los arts. 3 y 4 del reglamento), una restricción al secreto epistolar, absoluta y permanente. No se distinguen oportunidades ni situaciones, condiciones ni causas, remitentes ni destinatarios. Toda carta de todo preso, en todo momento, y dirigida a cualquier persona, está sometida al régimen aludido, a pesar de que el artículo 92 de la Ley Penitenciaria sólo establece la supervisión de la correspondencia que ellos reciben" Y, en los considerandos 11 y 12, el máximo Tribunal de la Nación expresó: "(...) la seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos

<sup>24</sup> Publicado en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, a cargo de Francisco J. D'Albora, Bs. As., 26 de junio de 1996, págs. 18 a 38.

incuestionables del Estado. Pero esto no justifica la censura de la correspondencia de los internos, ya que éstos pueden mantener, mediante el régimen de visitas, conversaciones privadas y visitas íntimas periódicas. Todo ello sin perjuicio de admitir que, en el caso particular que hubiese razones fundadas para temer que, a través de la correspondencia que emite (...) (puedan prepararse hechos ilícitos), las autoridades penitenciarias requieran en sede judicial la intervención de dicha correspondencia. Que de tales consideraciones se verifica en autos un supuesto en que la reglamentación en que se funda los cuestionados actos de la autoridad carcelaria ha violado la ley y esa circunstancia ha puesto en contradicción con las normas constitucionales citadas, pues aquélla ha ido más allá de los límites trazados por la política legislativa y las características de la materia (...), quebrantando las garantías constitucionales enunciadas, lo que obliga a esta Corte a su declaración de inconstitucionalidad”.

• Felizmente, sancionada la ley 24.660, los decretos dictados en esta materia, tanto en el ámbito Nacional como en el de la Provincia de Córdoba, fueron muy cuidadosos al momento de la reglamentación. En efecto, el artículo 132, primer párrafo del decreto nacional n° 1136 de 1997, estableció que: “El interno podrá recibir y expedir a su costo correspondencia sin censura y sin límites en cuanto a su cantidad.”. Igual tesitura se advierte en el artículo 81 del reglamento de Córdoba.

Obviamente, y como valoración general, no podemos dejar de señalar la marcada diferencia entre los instrumentos reglamentarios anteriores y los dictados a partir de la nueva ley de ejecución; diferencia que deja un altísimo saldo a favor de estos nuevos instrumentos al reglamentar tan delicada materia.

### III. Los Jueces de ejecución penitenciaria

#### 1. Principio de legalidad y control judicial

##### A) Introducción

Hemos visto ya que, a partir de la constitucionalización de algunos de los documentos internacionales que enumera el artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental Nacional (vgr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —Convención Americana de Derechos Humanos), no se puede albergar dudas en relación a que, en nuestro sistema positivo, el objetivo de la ejecución de las penas privativas de libertad se orienta a una finalidad resocializadora.

Empero, el logro de tal objetivo, presenta diversas dificultades para su concreción. Una de estas dificultades viene dada por el comportamiento del personal y de las propias autoridades penitenciarias quienes, en ocasiones, con una perspectiva distorsionada de la ejecución, simplifican peligrosamente los fines de la ley, reduciéndolos a una mera obtención de orden interno en el establecimiento y un control estricto que evite posibles evasiones y fugas. Para el logro de estos cometidos se acude, en muchos casos abusivamente, a un endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad; medidas que, en cuanto puedan resentir derechos fundamentales de los internos más allá de la afectación que permite la ley, resultan difícilmente compaginables, cuando no simplemente contrarios, a las finalidades resocializadoras que se pretende alcanzar. Esta fuerza expansiva de la discrecionalidad administrativa que, de hecho, sustrae libertades (que, en principio, no deberían ser afectadas por la ejecución de la pena, según el “principio de reserva”)<sup>25</sup> y torna ilusorias garantías establecidas por la Constitución, debe

<sup>25</sup> Previsto, como derivado del artículo 19, 2ª disposición de la Constitución Nacional, en el artículo 2 de la ley 24.660.

ser celosamente limitada. Para ello, no resulta suficiente la vigencia de los principios de legalidad y de reserva, sino que, además, y como resguardo de estos principios, se hace necesario que se cumpla con otro principio fundamental; nos referimos, muy concretamente, *al del adecuado control jurisdiccional permanente de la ejecución.*

Como, en forma reciente, lo ha dicho Alberto Bovino:<sup>26</sup> "Se trata de controlar una esfera de la actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otro organismo estatal. La diferencia que justifica una necesidad de control judicial más atento, en todo caso, está dada por la especial situación que se pretende regular. Esta situación se caracteriza por: a) una estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de alguno de ellos; b) el peligro constante de afectación de derechos fundamentales; y c) la distancia entre el preso y el poder judicial, que es mucho mayor que la distancia geográfica existente entre la prisión y los tribunales".

*B) Hacia la formación de una conciencia sobre la importancia del control jurisdiccional de la ejecución*

No se crea, sin embargo, que lo que acabamos de afirmar es algo que siempre fue reconocido, en forma pacífica, por quienes, precisamente, estaban llamados a ejercer ese control. Por el contrario, el surgimiento y posterior consolidación de esta tesis, tiene una historia, lamentable y sorprendentemente, bastante breve.

Veamos algunos casos.

<sup>26</sup> Cfr. Bovino, "Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos", publicada en Revista "¿Más Derecho?", Año I, noviembre de 2000, n° 1, Fabián J. Di Plácido, Editor, Bs. As., pág. 237.

En los Estados Unidos, hasta la década de 1960, la actitud de los tribunales respecto a las cuestiones carcelarias fue de una total apatía. Imperaba, allí, lo que se denominó, en forma tan gráfica, como la "hands off doctrine" (literalmente: doctrina de manos afuera). Según esta doctrina, el poder judicial no debía entrometerse, salvo casos muy excepcionales, en los asuntos propios de la administración penitenciaria. Los argumentos esgrimidos, según Edgardo Rotman<sup>27</sup> para sostener esta tesis fueron: el federalismo, la división de poderes, la inidoneidad de los jueces para tratar problemas penitenciarios y el peligro que los tribunales se vieran inundados por un torrente de demandas sin fundamento ni sustancia jurídica alguna. Durante la década del sesenta y principios de la siguiente, se produce un abandono paulatino de la doctrina de la prescindencia, por diversas razones. Una de ellas, fue, precisamente, la actitud de los propios tribunales de justicia, al tomar conciencia (junto al público en general)<sup>28</sup> de las sórdidas condiciones de las prisiones en general. Como lo señala Rotman: este movimiento "(...) fue posibilitado por el rol activo de los tribunales federales, avalado luego por los jueces de la Corte Suprema. En este sentido el advenimiento de una Corte Suprema liberal, encabezada por Earl Warren, fortaleció los derechos de los individuos frente al Estado, expandiendo los derechos de las minorías que carecían de acceso y representación. Los presos, en su mayoría pertenecientes a grupos minoritarios y paupérrimos, caían precisamente es esa categoría".<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Cfr. "El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos", "Lecciones y Ensayos", n° 66, 1996, pág. 150 y ss.

<sup>28</sup> Y en este aspecto, los medios de comunicación, en su rol de formadores de la opinión pública, cumplían una función importante si mostraban la cruda realidad que se vive en las cárceles. La información, en tales temas "olvidados", es un excelente instrumento para la concientización de la comunidad en general. En este sentido, también quienes no ocupamos de los problemas penitenciarios, debíamos cooperar con los medios de comunicación para que, con la ilustración adecuada, se divulguen dichas cuestiones.

<sup>29</sup> Cfr. Rotman, op. y loc. cit. en nota anterior.



En Alemania, la conciencia de la necesidad de un adecuado contralor jurisdiccional de la ejecución, ha sido, también, bastante reciente. Como hito, debe señalarse aquí, la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de marzo de 1972. A través de dicha sentencia, se cuestionó fuertemente la doctrina —dominante, hasta ese momento— de las “relaciones de sujeción especial”. En efecto, doctrina y jurisprudencia coincidieron,<sup>30</sup> durante mucho tiempo, en considerar que los penados se encontraban sometidos a esa *relación especial de la que se derivaba un modelo de ejecución no regulado jurídicamente*. Frente a las numerosas obligaciones de los reclusos, normalmente orientadas al mantenimiento del orden y de la disciplina interior, no podían prácticamente esgrimirse derechos. Precisamente, la sentencia a la que hicimos referencia, significó una clara alteración a esta orientación de política penitenciaria. Y lo fue, sobre todo, por cuanto afirmó que: “(...) la ley fundamental constituye un orden vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo Derecho; su imagen del hombre no es la del individuo con autodominio, sino la de una personalidad que está en la comunidad y a ella vinculada por diversos deberes”. De ello se deducirá que la restricción de los derechos fundamentales en el interior de un establecimiento penitenciario sólo entrará en consideración cuando ‘sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad y en la forma constitucionalmente prevista para ellos’ ”.<sup>31</sup>

Si en los países aludidos, esta tendencia, no tiene más de cuarenta años, en el nuestro es, si es que aún puede considerarse, como una *orientación firme (lo que, más de una vez, resulta dudoso frente a la permisiva jurisprudencia de nuestros tribunales)*, un fenómeno mucho más nuevo. Quizá, el primer caso en donde, an

<sup>30</sup> Seguimos aquí la valiosa exposición de Iñaki Rivera Beiras, “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 341 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. Rivera Beiras, “La devaluación (...)”, op. cit., pág. 342.

*gran acierto, nuestro máximo Tribunal Nacional enfrentó esta problemática, haya sido in re “Daisy” (1995), en donde, como acabamos de ver, se puso en cuestionamiento la extensión de las potestades reglamentarias de la administración penitenciaria, y se asumió, a través de la conducta activa de la Corte, el deber de contralor respecto de aquélla.*

## 2. El control de la ejecución en el Derecho comparado

Antes de ingresar al análisis del tema en nuestra legislación nacional y en los sistemas procesales provinciales, permítasenos efectuar una breve digresión sobre el estado de esta cuestión en el derecho comparado.

Este panorama, necesariamente, tiene que partir de una clasificación liminar:

- existe, por una parte, algunas legislaciones vigentes que se caracterizan por entregar todo lo atinente a la ejecución a manos de órganos administrativos, sin prever, en términos generales, control judicial sobre aquellos actos;
- por otra parte, existen sistemas que, sin prever un órgano jurisdiccional especializado, admiten un control judicial sobre los actos de la administración, a cargo, por regla, de los tribunales de mérito y que se caracterizan por ejercer una suerte de control “impropio o indirecto”;
- por fin, encontramos algunos sistemas en donde, el control de la ejecución es realizada por un órgano jurisdiccional especializado; sistemas estos últimos que han sido caracterizados por Bachs i Estany,<sup>32</sup> como “directos o propios”. Someramente nos ocuparemos de cada uno de ellos.
  - a) Un caso típico de ausencia de control jurisdiccional sobre la ejecución administrativa lo configura la normativa chilena. El decreto 1771 de

<sup>32</sup> Cfr. “El control judicial de la ejecución de las penas en nuestro entorno cultural”, en: AA.VV., “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pág. 119 y ss.

1993, que regula la materia de ejecución, ha sido duramente criticado por la doctrina de aquel país por considerar que, la ejecución de las penas privativas de libertad están sustraídas, por regla, al control jurisdiccional. El Profesor José Luis Guzmán D'Albora, ha sintetizado esta situación con las siguientes palabras: "(...) en este reglamento carcelario seguimos en la tradición de encomendar *in toto* el cumplimiento de las puniciones en la administración. Sobre las más graves y comprometedoras situaciones resuelve siempre la autoridad penitenciaria, sin perjuicio de una modesta y casi irrelevante intervención de la correspondiente secretaría regional de justicia, órgano ejecutivo, no judicial. Sólo para el caso que se deba repetir la aplicación de medidas disciplinarias —que el art. 60 denomina (...) correctivos— la autoridad administrativa debe comunicar la situación al juez competente".<sup>33</sup>

b) Como un buen ejemplo de lo que Bachs i Estany ha denominado control impropio o indirecto, puede mencionarse lo sucedido en algunos de los países que conforman nuestra región (Latinoamérica). En efecto, la lectura de los distintos informes nacionales que integran la obra colectiva intitulada "Las reformas procesales penales en América Latina",<sup>34</sup> ponen en evidencia casos en los que, el control de la ejecución de las penas privativas

<sup>33</sup> Cfr. Guzmán Dalbora, "Consideraciones críticas (...)", op. cit., págs. 278 y 279. Igual valoración negativa realiza Jorge Mera Figueroa al afirmar que: "Ni siquiera existe en nuestro país el control de la ejecución de la pena por parte del juez que conoció de la causa, que es otra alternativa a la que también se recurre en el derecho comparado. El reglamento contempla en un solo caso la intervención judicial: 'La repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno' " (Cfr. A.A.VV., "Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos", Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, n.º 6, "Publicaciones Especiales", Santiago, 1996, págs. 392 y 393).

<sup>34</sup> Cfr. Julio B. J. Maier - Kai Ambos - Jan Woischnik (Coordinadores), "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Coedición de Konrad Adenauer Stiftung, Ed. Ad-Hoc, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Bs. As., 2000.

de la libertad queda reservada a los mismos órganos jurisdiccionales de mérito que dictaron las sentencias de condena. Así, por ejemplo, las situaciones de: Perú<sup>35</sup> y Uruguay.<sup>36</sup>

c) Por fin, es de señalar que, distintos países, aún cuando con nombres diversos han previsto en su legislación interna la figura del juez de ejecución. Así, en Francia encontramos al "Juez de Aplicación de Penas"; en Italia al "Magistrado de vigilancia"; en Portugal "Tribunales de Ejecución"; en España "Juez de Vigilancia Penitenciaria" y en Alemania las denominadas "Cámaras de Ejecución".

### 3. El control Jurisdiccional de la ejecución en la ley 24.660

#### A) Introducción

A diferencia de lo que ocurriera con el decreto-ley 412/58, la ley 24.660 ha intensificado el control jurisdiccional de la ejecución, el que, a partir de su vigencia y en virtud de lo dispuesto por el artículo 3, reviste el carácter de permanente.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Así, César E. San Martín Castro, en el citado informe, refiere que: "El órgano de la ejecución es, por lo general, el juez penal originario (art. 337, C.P.P. de 1940); la Sala Penal Superior sólo conoce de la ejecución penal en vía de recurso de apelación de los autos emitidos por el juez penal" (Cfr. "Las reformas procesales...", op. cit., pág. 692).

<sup>36</sup> Dice Gonzalo D. Fernández: "El proceso de ejecución, que se inicia con la sentencia condenatoria ejecutoriada, es de competencia también —en el Código vigente— del juez de primera instancia, es decir del mismo sujeto que realizó la indagatoria y dictó el fallo (art. 322)" (Cfr. "Las reformas...", op. cit., pág. 738. *El énfasis nos pertenece*).

<sup>37</sup> El decreto-ley, en cambio, sólo aludía a un control judicial por "periodos regulares". En efecto, bajo el acápite "Control jurisdiccional y administrativo de la ejecución", el Capítulo XV, que estaba integrado por un solo artículo (121), establecía que: "La autoridad judicial que corresponda verificará directamente, a períodos regulares, si el tratamiento de los internos se

### B) Funciones

Del análisis del texto legal es posible extraer las tareas o cometido que le son encomendados al juez de ejecución o juez competente. Dichas funciones, en lo sustancial, pueden ser descritas a partir de la siguiente sistematización:<sup>38</sup>

#### A) Funciones de tutela:

a) *En general:* Salvaguardar los derechos de los internos, resolviendo todas las cuestiones que se suscitan cuando se los considere vulnerados (art. 4, letra a).

b) *Peticiones:* Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos le formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a sus derechos fundamentales (art. 67).

B) *Función decisoria en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución "en sentido estricto":*

a) Durante el período de prueba, concede al interno "salidas transitorias" así como su incorporación al régimen de semilibertad. En ambos casos, precisa las normas que el condenado debe observar y dispone, en situaciones de incumplimiento, la suspensión o revocación de estos beneficios (art. 19).

b) Concede y revoca la libertad condicional (art. 28).

c) Concede las distintas modalidades de ejecución alternativas que prevé la nueva ley, en su sección 3ra., Capítulo II, estableciendo —cuando es el caso— las reglas de conducta y las consecuencias que se derivan de su in-

ajusta a las normas contenidas en la presente ley y en los reglamentos que en su consecuencia se dicten".

<sup>38</sup> Seguimos la sistematización realizada en nuestro trabajo "Los objetivos Constitucionales de la ejecución penitenciaria", op. cit., pág. 157 y ss.

cumplimiento: prisión domiciliaria (arts. 32 y 34); prisión discontinua y semidetención (arts. 35, 45 y 49) y trabajos para la comunidad (arts. 50 y 52).

d) Concede, fija las reglas de conducta y —en su caso— revoca la libertad asistida (arts. 50 y 52).

#### C) Funciones de control:

##### a) Autorizaciones:

##### a.1: A la administración penitenciaria:

• Trasladar al interno a centros asistenciales médicos o psiquiátricos del medio libre, cuando la naturaleza del caso lo aconseje (arts. 147 y 186).

• Realizar operaciones de cirugía mayor o cualquier otra intervención quirúrgica o médica que impliquen grave riesgo para la vida del interno o fueren susceptibles de disminuir permanentemente sus condiciones orgánicas o funcionales (art. 149).

• Proceder a la alimentación forzosa del interno, en caso de negativa de ingerir alimentos, cuando a criterio médico exista grave riesgo para su salud.

##### a.2: Al interno:

• Para no presentarse en la institución en donde cumple la prisión discontinua o la semidetención, por un lapso de 24 horas cada dos meses y 48 horas cada dos meses, respectivamente (arts. 37 y 44).

b) Resolución de recursos por sanciones disciplinarias que la autoridad penitenciaria les impone a los internos (art. 96).

#### D) Funciones de mero conocimiento:

a) *Conocimiento directo:* Le corresponde al juez de ejecución o juez competente realizar, por lo menos semestralmente, visitas a los establecimientos penitenciarios, con el objeto de verificar si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a las prescripciones de la ley 24.660 y de los reglamentos que en su consecuencia se dicten.

b) *Conocimiento indirecto o por referencia*: La administración penitenciaria pondrá en conocimiento del juez los siguientes hechos:

- El traslado de un interno, de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten (art. 72).
- La utilización de medidas de sujeción, en los casos en que el director del establecimiento así lo ordenare, cuando otros métodos de seguridad hubieran fracasado y con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo, a otro interno o al establecimiento (art. 75, letra c).
- Los traslados del interno a establecimientos penitenciarios de carácter médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando —en este último caso— razones de urgencia, debidamente fundadas, no hicieron posible solicitar la autorización correspondiente (art. 147).
- Las operaciones de cirugía mayor cuando, en caso de extrema urgencia, y previo informe médico que así lo acredite, no es factible solicitar la autorización al órgano jurisdiccional (art. 149).
- La negativa del interno de ingerir alimentos (art. 151).
- Toda restricción a las comunicaciones de los internos (art. 161).
- La enfermedad, accidente grave o fallecimiento del interno (art. 161).

#### 4. La necesidad de contar con una magistratura especializada

##### A) Introducción

La ley 24.660 alude en forma conjunta (v.gr.: art. 3) al juez de ejecución o juez de la causa ¿Cuál es la razón del distingo legal?

Las diferencias procesales (recuérdese que cada Provincia dicta su propio Código Procesal Penal y organiza su Poder Judicial, distribuyendo las distintas competencias funcionales), derivadas de la estructura federal del

Estado argentino (arts. 1, 122 y 75, inc. 12 a contrario, C.N.) imponen la distinción. En efecto:

A) En aquellos sistemas procesales que incorporan la figura del juez de ejecución penal, como una magistratura especializada y distinta de la que tuvo a su cargo el pronunciamiento condenatorio, será aquél quien debe efectuar dicho contralor.

B) Distinta será la situación en aquellos sistemas que desconocen esta figura. Allí las diversas funciones que delinea la ley 24.660 continuarán a cargo del órgano jurisdiccional de mérito.

¿Cuál es el panorama que ofrece nuestro país en lo que respecta a la creación de esta magistratura especializada?

La observación de los distintos sistemas procesales vigentes hace posible afirmar que, en nuestro medio, la formación de una magistratura con esas características, que se ocupe de los delicadísimos problemas que entraña el control de la ejecución, es algo que aún requiere muy ingentes esfuerzos. En lo que sigue trataremos de sistematizar el panorama actual:

a) Encontramos ya algunos sistemas procesales que han receptado la figura del juez de ejecución; así: el Código Procesal Penal de la Provincia de Salta;<sup>39</sup> la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe;<sup>40</sup> el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires;<sup>41</sup> el Código Procesal

<sup>39</sup> Ley 6345, sancionada el 26 de setiembre de 1985, promulgada el 22 de octubre de 1985 y publicada en el B.O. el 5 de noviembre de 1985.

<sup>40</sup> Ley 10.160 (arts. 103 a 105), sancionada el 26 de noviembre de 1987, promulgada el 10 de diciembre de 1987, y publicada en el B.O. el 15 de enero de 1988 (cfr. ADLA XLVIII-A, pág. 1309 y ss.).

<sup>41</sup> Cfr. Ley 11.922, artículos 25 y 497. En relación al nuevo texto bonaerense, vid. el muy completo trabajo de Marcos Gabriel Salt, "La judicialización de la ejecución penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", publicado en el número especial de "Jurisprudencia Argentina", 27/V/1998.

Penal de la Provincia de Mendoza;<sup>42</sup> el Código Procesal Penal de la Nación y, recientemente, Córdoba, a través de la ley n° 8917.

En relación a la legislación de esta última Provincia (Córdoba), es de advertir que, la precitada ley, ha creado cuatro juzgados de ejecución con asiento en la Ciudad Capital (art. 7). Asimismo, se ha previsto la creación de cuatro fiscales de ejecución (art. 9) y, dentro de la estructura del Ministerio Público de la Defensa, figuran los Asesores Letrados de ejecución penal como un cargo diferente al de los asesores letrados penales, privilegiando, así, la especialización en esta materia (art. 10, modificatorio del art. 6 de la ley 7892, de "Asistencia Jurídica Gratuita").

b) Sin embargo, advertimos con satisfacción que, la preocupación por el tema se ha instalado, a nivel de discusión parlamentaria o de anteproyectos, en otras varias Provincias Argentinas; más concretamente: Neuquén<sup>43</sup> y Santiago del Estero.<sup>44</sup>

c) Por fin, como una situación particular, debemos señalar al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut al prever como "órgano ejecutor", al Ministerio Público.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Cfr. Ley 6730, artículos 506 y 507.

<sup>43</sup> Si bien es cierto que la ley 2153—de reforma parcial al Código de Procedimiento Penal de esta Provincia— no incluyó la figura del juez de ejecución, tal omisión ha sido subsanada en el Anteproyecto de reforma integral de dicho digesto, actualmente en discusión parlamentaria. Cfr. los artículos 70 y 382. Para el texto del Anteproyecto, cfr. "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", Año VI, n° 10, "B", pág. 679 y ss.

<sup>44</sup> El proyecto para la instrumentación del juez de ejecución en esta Provincia se debe al Dr. Mariano Rodríguez. Más datos sobre el perfil del juez de ejecución en ese documento pueden encontrarse en: Luis Marcó del Pont, "El juez de ejecución penal (Una esperanza para el garantismo)", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología n° 83, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, pág. 55, nota n° 35.

<sup>45</sup> Cfr. Ley 4566, art. 231. La Exposición de Motivos, explica esta innovación, sobre la base del siguiente argumento: "Se ha querido, con ello, ser consecuente con el resto del procedimiento y con la función establecida para los jueces, al evitar, también en la ejecución penal, que ellos operen de oficio o directamente, frente al imputado, como defensores del interés

B) *¿Es conveniente que el control jurisdiccional de la ejecución lo efectúe un órgano especializado distinto del que dictó la sentencia condenatoria?*

La pregunta del epígrafe tiene su sentido porque la cuestión que encierra no ha estado exenta de debate.

En efecto, y para circunscribir el tema a lo ocurrido en la doctrina penitenciaria española, un muy destacado autor, cual fue el —recientemente— desaparecido, Profesor Enrique Ruiz Vadillo, se mostró partidario de que el tribunal sentenciador sea el que ejecute y controle lo que él ha juzgado y resuelto. Ello en razón del mayor conocimiento del hecho y de la personalidad del autor, que el juez de mérito adquirió por su contacto con la causa.<sup>46</sup>

que representa la pena estatal (resguardo de su imparcialidad). Los jueces, de esta manera, conservan pura su función principal de decidir conflictos cuya titularidad o protagonismo pertenecen a otros". Para el texto del Código y su Exposición de Motivos, cfr. "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año VI, n° 10- "B", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000, pág. 583 y ss. Pese a lo novedoso, la previsión normativa no debe entendiarse en el sentido de que, la decisión sobre la concesión o revocación de los institutos vinculados con la ejecución, dependa del Ministerio Público. Por el contrario, una lectura atenta del texto legal, permite observar que, tanto para la concesión de la libertad anticipada como para la revocación de la libertad condicional, si bien el Ministerio Público puede promover la incidencia, la decisión siempre estará a cargo de los jueces (artículos 235 y 236, respectivamente).

<sup>46</sup> Cfr. Enrique Ruiz Vadillo, "La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la interacción judicial", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXII, Fasc. I, enero-abril de 1979, págs. 21/28. Sin embargo, se expondría insuficientemente el parecer del autor, si no consignáramos que, diez años después, pareciera verificarse una mutación de su opinión. En efecto, en su trabajo "Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia" (publicado en el volumen misceláneo "Estudios de Derecho Procesal Penal", Ed. Comares, Granada, 1995, pág. 465), el autor expresó: "Por razones pragmáticas me inclino por la solución que consiste en que los jueces de Vigilancia Penitenciaria asuman las competencias correspondientes a la ejecución de las penas privativas de libertad. A cientos de kilómetros, a través de informes escritos, me parece inviable conducir con eficacia el desarrollo y cumplimiento de estas penas. El conocimiento del establecimiento, de sus condiciones y circunstan-

Por nuestra parte, consideramos que, una propuesta de solución como la que acabamos de reseñar, no resulta satisfactoria. Los motivos son muy variados:<sup>47</sup>

a) *En primer lugar, el recargo de trabajo que suele abrumar a los tribunales de sentencia; circunstancia ésta que les impediría ocuparse, en forma seria, de las incidencias de la ejecución.*

b) *En segundo lugar, la formación especializada que se requiere para poder ocuparse, con eficacia, de tales cuestiones; preparación que resulta, en muchos aspectos, disímil de la propia de los órganos sentenciantes.<sup>48</sup>*

c) *Finalmente, la circunstancia muy frecuente, de que el cumplimiento de la pena se lleve a cabo en un lugar geográficamente distante de donde tiene su asiento el tribunal de juicio.*

Por todas estas razones, creemos que resulta conveniente que el control de la ejecución lo lleve a cabo un órgano jurisdiccional diferente de los jueces que dictaron la sentencia condenatoria.

No se nos escapa que la instrumentación de tal magistratura exigirá, de parte de los Estados Provinciales, erogaciones que, aun cuando no muy significativas, podrían afectar sus hoy menguados recursos. Sin embargo, y a pesar de ello, seguimos convencidos de que sólo así la custodia por el respeto de los principios de legalidad y reserva podrá hacerse efectiva. De lo contrario, es muy probable, que las buenas intenciones de la ley 24.660 queden tan sólo en eso.

cias, y el contacto directo con el interno son absolutamente indispensables para que la individualización judicial de la pena en sede de ejecución sea una realidad".

<sup>47</sup> Está de acuerdo con los motivos que se exponen en el texto, Manuel De Rivacoba y Rivacoba, "Función y aplicación de la pena", Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 160. También, comparte este parecer, Manuel N. Ayán, "Ejecución penal de la sentencia", Edición actualizada por Fabián I. Balcarce, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, págs. 28 y 29.

<sup>48</sup> Está de acuerdo con la especialización, María Isabel González Cano, "La ejecución de la pena privativa de libertad", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 129 y ss. Esta autora, pone especial énfasis en la necesaria formación criminológica del juez de ejecución.

Antes de concluir, permítansenos realizar una última observación sobre este tema: Creemos que, en estas épocas, no pueden caber dudas ya, sobre la necesidad de la creación de esta magistratura. Sin embargo, para que este nuevo órgano pueda cumplir (en nuestro país), cabalmente, su cometido, estimamos conveniente puntualizar dos recomendaciones:

a) no solamente hay que tomar la decisión de implementar estos órganos de control sino que, y esto es esencial, hay que hacerlo en un número adecuado. De lo contrario, al poco tiempo de su implementación, es altamente probable que, esta nueva magistratura se vea desbordada por el caudal de legajos en donde interviene, con el consiguiente riesgo de que, con tanta cantidad de trabajo, el control que establece la ley corra el no muy lejano peligro de transformarse en algo meramente virtual; todo lo cual provocará el descrédito y fracaso de una institución que, bien instrumentada, puede rendir excelentes frutos.

b) La otra observación es la siguiente: es necesario que, cuando se creen estos órganos, se tenga en cuenta la ubicación geográfica de los distintos centros de detención. Ello lo decimos así por cuanto, es menester que, los jueces recorran permanentemente esos institutos y estén lo suficientemente cerca de ellos como para hacerse presente frente a cualquier dificultad que pueda ocurrir. De allí que, hay que ser muy equilibrado en esto y no centralizar todos los juzgados en una sola zona (la de mayor concentración de población reclusa) desatendiendo a las otras y convirtiéndolas en una suerte de zonas de control periférico.