

MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL

*Asociación de Magistrados y Funcionarios
de la Justicia Nacional*

VOLUMEN III

DIRECCIÓN

Paula Marisi - Roberto Barabani - Vilma Bisceglia

COORDINACIÓN

María Amelia Expucci - Pablo Ordóñez - Guadalupe Jantus

COMITÉ ACADÉMICO

Marcelo Peluzzi - Jimena Monsalve - Pablo Matkovic









MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL

DIRECTORES

PAULA MARISI
ROBERTO BARABANI
VILMA BISCEGLIA

COMITÉ ACADÉMICO

MARCELO PELUZZI
JIMENA MONSALVE
PABLO MATKOVIC

VOLUMEN III
2023

 EDITORES
FONDO EDITORIAL

Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal / compilación de Paula Marisi ; Roberto Barabani ; Vilma Bisceglia / coordinación general de María Amelia Expucci ; Pablo Ordóñez ; Guadalupe Jantus. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2023. 284 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-631-302-001-0

1. Derecho. I. Marisi, Paula , comp. II. Barabani, Roberto , comp. III. Bisceglia, Vilma, comp. IV. Expucci, María Amelia , coord. V. Ordóñez, Pablo, coord. VI. Jantus, Guadalupe , coord.

CDD 345

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, los Directores ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

DIRECCIÓN:

MARISI, Paula
BARABANI, Roberto
BISCEGLIA, Vilma

COORDINACIÓN:

EXPUCCI, María Amelia
ORDÓÑEZ, Pablo
JANTUS, Guadalupe

COMITÉ ACADÉMICO:

PELUZZI, Marcelo
MONSALVE, Jimena
MATKOVIC, Pablo

COLABORACIÓN DE:

Noelia Matalone

AUTORIDADES DE LA AMFJN

PRESIDENTE:

GALLO TAGLE, Marcelo Luis

VICEPRESIDENTE EST. JUECES:

LLORENS, Mariano

VICEPRESIDENTA MP FISCAL:

LEÓN, Fabiana

VICEPRESIDENTE MP DEFENSA:

LOPEZ PULEIO, María Fernanda

VICEPRESIDENTE FUNCIONARIOS:

DÁVILA MARKS, Agustín

SECRETARIO GENERAL:

PELLUZI, Marcelo

PROSECRETARIA:

MONSALVE, Jimena

TESORERA:

GOMÉZ CONSTENLA, Leandro

PROTESORERA:

CALLIZO, Maximiliano

SECRETARIO DE ACTAS:

CASTRO, Paula

VOCALES:

Alicia Braghini

Diego Stringa

Sergio Pinto

Nadia Sasowsky

Oswaldo Facciano

Manuel Pizarro

Paula Castro

María Fernanda López Puleio

Mónica Cuñarro

Ariel Ovelar

Adriana Valinotti

Rosalía Romero

Jorge Di Lorenzo

Graciela Monseti

Maximiliano Calizzo

Patricia Russo

Enrique Comellas

Gabriel González Da Silva

ÍNDICE

Prefacio

MARCELO GALLO TAGLE..... 11

Prólogo

MARÍA JIMENA MONSALVE | MARCELO ALEJANDRO PELUZZI..... 13

REGLA 1

Las Reglas de Mandela y la actualidad de los derechos de las personas privadas de libertad

FERNANDO FREDDI | JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI..... 17

REGLA 2

El sistema carcelario brasileño y la no aplicación de las Reglas de Mandela y Bangkok

LOURENÇO MIGLIORINI FONSECA RIBEIRO..... 37

REGLA 4

La prisión perpetua argentina en perspectiva con las Reglas Mandela

MARÍA GABRIELA CAPUTO..... 65

REGLA 5

Hacia la consagración del voto universal.

El acceso al voto de las personas condenadas

MARIANA SOLEDAD QUEREJETA..... 89

REGLA 11

Detención domiciliaria. Perspectiva de género. Estereotipos

ROBERTO NELSON BARABANI | MARÍA JIMENA SENDRA..... 109

REGLA 25

Breves reflexiones sobre las funciones de los psicólogos en las cárceles

MARCELA IRASTORZA..... 119

<p>REGLA 24</p> <p>El derecho a la salud extramuros de las personas privadas de la libertad</p> <p>lucas M. Oller.....</p>	131
<p>REGLA 29</p> <p>El interés superior del niño como pauta de decisión de medidas alternativas de privación de libertad</p> <p>INÉS ALDANONDO.....</p>	145
<p>REGLA 36</p> <p>“La palabra del Condenado”.</p> <p>El principio de oralidad en la etapa de la ejecución de la pena privativa de libertad</p> <p>JULIETA IBAÑEZ JORGE PERANO.....</p>	155
<p>REGLA 41</p> <p>Aportes sobre la aplicación de principios del sistema adversarial en la ejecución de la pena. Las reglas Mandela, régimen de disciplina y sanciones a la luz de principios del contradictorio</p> <p>LUISINA TISCORNIA.....</p>	171
<p>REGLA 62</p> <p>Reflexiones sobre la Regla Mandela:</p> <p>Mujeres migrantes, de Jujuy a Buenos Aires</p> <p>MARÍA ALEJANDRA CATALDI MARÍA JIMENA MONSALVE.....</p>	187
<p>REGLA 87</p> <p>“El rol de la víctima dentro del Régimen de la ejecución de la pena: ¿Viraje humanitario al convidado de piedra?”</p> <p>OSVALDO A. FACCIANO TOMÁS E. MALAPONTE LUCÍA DEGIOVANN...</p>	203
<p>REGLA 88</p> <p>Las medidas alternativas a la prisión preventiva como posibles atenuantes de la crisis carcelaria. La importancia del trabajo interinstitucional conjunto</p> <p>ANABELLA PAGOTTO FUHR LAURA GIBERTO.....</p>	219

REGLA 96	
Breve análisis del Derecho al Trabajo de la persona privada de libertad en el ámbito de las unidades del Servicio Penitenciario Federal	
Tristán González Correas Guillermo Roque Gieschen.....	229
REGLA 98	
Prisión domiciliaria, trabajo y perspectiva de género.	
La necesidad de respuestas integrales	
MARIANO PEDRO PICCIONI.....	243
REGLAS DE BANGKOK	
La influencia de las Reglas de Bangkok en la reformulación de las alternativas a la pena privativa de libertad a partir de la reforma legislativa en Cuba	
IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA.....	259
CIERRE	
Justicia de la Ejecución penal: necesidad de su regionalización	
ARMANDO MARIO MÁRQUEZ.....	275



Prefacio

MARCELO GALLO TAGLE*

Como Presidente de la AMFJN, tengo el agrado de presentar una nueva obra colectiva, fruto de un trabajo exhaustivo y dedicado de la Comisión de Ejecución Penal y de la Comisión de Revista y Biblioteca de nuestra Institución.

Esta tercera obra de *“Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal”*, en particular, ha esbozado sus esfuerzos por lograr el análisis y estudio de *“Las Reglas de Mandela”*, a través de una serie de artículos que recopilan, en definitiva, la realidad existente en el fuero de ejecución penal y los diferentes matices que verifican en el día a día quienes trabajan en esa instancia.

En esta edición, no solo contamos con artículos de expositores expertos en la temática de distintos puntos del país de nuestra asociación, sino que, además, contamos con el aporte del Dr. Lourenco Migliorini Fonseca Rivero, Especialista em Derecho Civil por la Universidad Federal de Uberlândia y Juez de Distrito del Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, Brasil y la Dra. Iracema Gálvez Puebla, en su carácter de Profesora Titular de Derecho Penal, Criminología y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, quienes nos acercarán a la realidad existente en sus países.

Quiero agradecer el incansable trabajo que viene haciendo la dirección del libro de la mano de las Dras. Paula Marisi y Vilma Bisceglia, y el Dr. Roberto Barabani, titulares de la Comisión de Ejecución Penal, por su labor en la convocatoria de los autores y en la producción de la presente obra.

A los miembros del Comité Académico, Dr. Marcelo Peluzzi, Dra. Jimena Monsalve y Dr. Pablo Matkovic, por la seriedad con la que han encarado la confección de los referatos de este nuevo tomo 3 de *“Miradas...”*. En especial, quiero agradecer al Dr. Peluzzi, actual Secretario General de nuestra institución, por su rol activo en el impulso de actividades de todas las Comisiones de nuestra

* *Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.*

institución, gestor silencioso de esta y muchas otras obras y actividades académicas que hoy ofrece nuestra AMFJN.

También agradecer por la coordinación de la obra a la Comisión de Revista y Biblioteca, en cabeza de la Dra. María Amelia Expucci, el Dr. Pablo Ordóñez y la Dra. Guadalupe Jantus y, a través de ellos, a sus integrantes, que participan en cada uno de los proyectos con el mismo entusiasmo de siempre.

También, agradecer a IJEditores por acompañarnos en cada travesía que emprendemos desde esta AMFJN.

Como último agradecimiento, no quiero olvidarme de la colaboración invaluable de Noelia Matalone.

Por último, invitar a todos a la lectura de esta nueva obra que, seguramente, será de mucha utilidad a asociados y asociadas en sus tareas cotidianas, pero, además, animarlos a participar activamente en las propuestas académicas que ofrece nuestra institución que se nutre día a día a través de trabajos como este y que fomentan el intercambio de opiniones en la búsqueda de la construcción de una Justicia que busca ser cada día mejor.

¡Felicitaciones y muchas gracias!

Prólogo

MARÍA JIMENA MONSALVE
MARCELO ALEJANDRO PELUZZI*

Tenemos la alegría de presentar el tercer número de “Miradas Interdisciplinarias de la Ejecución Penal”, a tres años del lanzamiento del primero, confiados en este camino de generar conocimiento de acceso gratuito para quienes necesiten acceder a la obra y al conocimiento, desde el objeto social mismo de nuestra Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

El Derecho de Ejecución Penal constituye una rama particular y compleja del Derecho Penal, pues se encarga de la etapa en la que se ejerce la máxima potestad punitiva del Estado sobre las personas. El paso por las cárceles —entendidas como instituciones totales—, la aplicación de penas efectivas y condicionales, las medidas alternativas al encarcelamiento y la interdisciplina como eje esencial de abordaje de los casos requieren de una delicada intervención de todos/as los/as operadores/as que intervienen en la etapa que, sin duda, es la que pone en juego mayores amenazas a los Derechos Humanos y, en forma constante, pulsa las tensiones entre el sistema penal, los justiciables y las víctimas.

Por ser operadores/as directos de la Ejecución Penal, conocemos todas las dificultades y todos los escollos. Sabemos que es una etapa que históricamente ha sido subvalorada, en general con recursos humanos escasos, una cantidad exorbitante de casos por unidad jurisdiccional y un nivel de complejidad completamente alto en cuanto a las problemáticas por resolver. A su vez, es, probablemente, la rama que más interacción presenta con instituciones externas a los poderes judiciales, en tanto requiere de articulación permanente con los poderes ejecutivos que administran las cárceles, con órganos de monitoreo, instituciones

* *Jueces Nacionales de Ejecución Penal*

y programas de desarrollo social, instituciones que trabajan con el consumo problemático, violencia de género, situación de vulnerabilidad de menores, acompañamiento de víctimas, instituciones sanitarias de atención primaria y secundaria, entre muchas otras. De allí que sea imprescindible que se construyan redes eficaces que permitan cumplir adecuadamente la tarea, mediando siempre el ideal de integración social y de restitución de derechos, ambos pensados por y para la construcción de comunidades pacíficas e inclusivas.

Es por ello que, desde la creación de la Comisión de Ejecución Penal en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, nos hemos comprometido a difundir conocimiento y conciencia sobre la materia, así como también convocar no solo a expertas/os con conocida trayectoria, sino también a jóvenes noveles que no han tenido la oportunidad de publicar con anterioridad, personas que trabajan en forma directa en la materia, para que compartan en esta obra su conocimiento y experiencia. Esta obra constituye una materia de consulta accesible y eficaz, que aborda la temática con una mirada integral, atravesada por todas las ciencias, así como también por la perspectiva de género y diversidad.

En esta oportunidad, el criterio editor nos impulsó a trabajar sobre las Reglas Mandela, con el afán de darlas a conocer aún más profundamente: las otrora llamadas “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, que fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1955, luego actualizadas y denominadas “Reglas Nelson Mandela” en el año 2015.

Las Reglas Mandela conforman un plexo rector fundamental para la conformación de los estándares que rigen la privación de la libertad y “enuncian los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria”, según señala la Observación preliminar 1. Consagran principios fundamentales, entre los que se destaca en la Regla 5, la “obligación de procurar reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano”.

Muchos de sus aspectos son desconocidos o ignorados en la conformación de las decisiones judiciales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho expresa mención a las Reglas al expedirse en el Fallo “Verbitsky” del año 2005, ocasión en la que sostuvo que “las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Re-

clusos de Naciones Unidas -si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” y “configuran pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”. Por lo demás, más allá de las distintas posiciones sobre el carácter vinculante o no de estos instrumentos internacionales, lo cierto es que mucho de su contenido se encuentra perfectamente receptado en la Ley de Ejecución Penal No. 24.660.

Se dividen en dos partes o secciones: la primera está relacionada con la administración general de los establecimientos penitenciarios, mientras que la segunda se dedica a señalar las particularidades y los estándares de los grupos especiales de personas presas, tales como las personas con condena firme, las personas con discapacidad o enfermedades mentales, las personas procesadas, entre otras. Consideran las condiciones de especial vulnerabilidad y reafirman los fines de la pena. Propician la identificación de la tortura, la investigación de toda muerte acaecida en encierro y responsabiliza al Estado por la ágil investigación y sanción de estos hechos.

De allí que, para la Ejecución Penal, sea fundamental la difusión y el análisis de las Reglas Mandela, a través de la cantidad de aspectos que abarcan. Es por ello que, en este número, advertirán la particularidad de que el hilo conductor de los artículos presentados es el orden temático que ofrecen las Reglas. Los temas elegidos por autoras y autores se relacionan con los tópicos más controvertidos en esta coyuntura como, por ejemplo, aquellos en los que verificamos compromiso de derechos que deben asistir a los grupos especialmente vulnerables, que requieren un enfoque diferenciado. La situación de mujeres, niños, niñas y adolescentes relacionados a la situación de privación de libertad, migrantes, personas enfermas. Las garantías comprometidas en los procesos acusatorios adversariales y la deseada oralidad en esta etapa también forman parte de la obra, pues impone particularidades que deben ser analizadas ante los avances en este sentido.

En este número, contamos con los aportes de dos jueces extranjeros que fueron invitados a colaborar y que nos ofrecen su mirada sobre la situación de la Ejecución Penal en sus respectivos países. Así, presentamos un análisis profundo sobre la situación en la República del Brasil, que nos hace llegar Lourenco Migliorini Fonseca Rivero, y otro sobre Cuba, de la mano de Iracema Gálvez

Puebla. Es nuestra intención nutrir la obra con referentes que nos permitan realizar análisis comparados, razón por la que esperamos que esta práctica pueda sostenerse en las próximas ediciones de la obra.

Fernando Freddi y Juan Ignacio Pérez Curci nos ofrecen un panorama general sobre las Reglas Mandela, María Gabriela Caputo hará referencia a la prisión perpetua, Mariana Soledad Querejeta nos ilustra sobre el derecho al voto de las personas presas. Luego, contamos con la colaboración de Roberto Barabani y María Jimena Sendra, que se refieren a los aspectos relacionados con la prisión domiciliaria y la perspectiva de género; Marcela Irastorza realiza un interesante análisis sobre las intervenciones del área de la psicología en contexto de encierro; Lucas Oller nos comparte su mirada sobre el derecho a la salud; Inés Aldanondo observa cuestiones relacionadas con las medidas alternativas al encarcelamiento cuando se encuentran en juego derechos de niños y niñas. Por su parte, Julieta Ibañez y Jorge Perano abordan la oralidad en esta etapa tan particular; Luisina Tiscornia realiza sus aportes sobre la adversarialidad; María Alejandra Cataldi y María Jimena Monsalve se encargan de la precaria situación de las mujeres migrantes encarceladas; Osvaldo Facciano, Tomás Malaponte y Lucía Degiovanni formulan el análisis del rol de la víctima, tan vigente en esta coyuntura. Se suman Anabella Pagotto Fuhr y Laura Giberto, quienes nos acercan su propio análisis sobre las medidas alternativas al encarcelamiento; Tristán González Correas y Guillermo Gieschen ofrecen su mirada sobre el trabajo en contexto de encierro, Mariano Piccioni aborda la necesidad de ofrecer respuestas integrales a la prisión domiciliaria analizada desde una perspectiva de género; y Armando Mario Márquez propone la regionalización de la justicia de ejecución penal.

En suma, nos encontramos ante un número muy interesante y completo, que instala los temas de mayor actualidad, con autores/as protagonistas de la ejecución penal, quienes nutren sus apreciaciones con una mirada territorial, pasando por un tamiz lo estrictamente académico, que muchas veces dista de la realidad, en términos de esta materia tan particular.

Esperamos que disfruten de la obra, tanto como lo hemos hecho nosotros en su construcción colectiva. Es nuestro deseo que el Derecho de la Ejecución Penal se posicione en el lugar que merece, se estudie y se racionalice en un modelo que persiga en forma real la integración social y la pacificación de la comunidad.

REGLA 1
**Las Reglas de Mandela y la actualidad de los
 derechos de las personas privadas de libertad**

FERNANDO FREDDI*

JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI**

*“Suele decirse que nadie conoce realmente cómo
 es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles.
 Una nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos
 con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada”*

NELSON ROLIHLAHLA MANDELA

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es ilustrar el estado de situación en el que se encuentra la regulación de los derechos de las personas privadas de libertad, fundamentalmente a la luz de la adopción, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, de las “Reglas de Mandela” y en qué medida estas normas de *soft law* podrán repercutir en modo favorable con el objeto de garantizar un mayor acceso a la justicia y los derechos de los detenidos.

En esta inteligencia argumental, según el principio 1 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de de-*

* Secretario Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Diplomado en Migrantes y Protección de Refugiados por la Universidad de Buenos Aires, Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

** Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza; Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina; Magister en Derecho Internacional por la Pontificia Universidad Lateranense, Roma, Italia; Director de la Especialización en Derecho Penal y co – Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Mendoza; Profesor titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

tención o prisión¹, “toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En este sentido, el Proyecto de *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral; así como destaca la importancia que tiene el debido proceso legal y sus principios y garantías fundamentales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad.

Abonando dicha postura, la Regla 22 de las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* recuerda que la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede suponer un obstáculo de acceso a la justicia en relación con los derechos que no estén limitados o restringidos. De esta manera, la citada Regla señala que dicha circunstancia puede generar dificultades para ejercitar con plenitud los derechos de los que es titular la persona privada de libertad.

Según la Regla 23 del mismo corpus jurídico, “a efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo”. Para terminar, las Reglas recuerdan la especial situación de quienes, estando detenidos, sufren otra causa de vulnerabilidad (último inciso de la Regla 22).

A la luz de esta primera aproximación, analizaremos a continuación el objeto y el contenido de las mencionadas “Reglas Mandela” y veremos de qué manera estas pueden ayudar a las personas privadas de libertad para obtener ciertas prerrogativas del sistema de justicia, sin perjuicio de encontrarse en establecimientos carcelarios.

¹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988

II. De las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos a las Reglas Nelson Mandela

a. *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*

El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente adoptó en 1955 las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, que fueron posteriormente aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

Estas constituyeron los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y han tenido —desde entonces— un inmenso valor e influencia en el desarrollo de políticas públicas y prácticas penitenciarias de los Estados Miembros.

Así las cosas, dentro de sus observaciones preliminares establecieron como objetivo fundamental instituir los principios y las pautas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos y, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, reconocieron que no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo, acordando en consecuencia que debían servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación. Todo ello, en vista de que representan —en su conjunto— las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

Asimismo, este instrumento reconoció que los criterios aplicables a las materias a las que se refieren estas reglas evolucionan constantemente, por lo que no tienden a excluir la posibilidad de experiencias y prácticas novedosas, siempre que estas se ajusten a los principios y propósitos que se desprenden de su texto.

Como afirmación de los avances producidos desde 1955 en materia de legislación internacional y ciencias penitenciarias, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió en 2011 constituir un grupo intergubernamental de expertos², de composición abierta, para examinar y, eventualmente, revisar las

² Al “Grupo de Expertos”, fueron invitadas a participar, también, Organizaciones de la sociedad civil y los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, para contribuir con ese proceso.

Reglas Mínimas aludidas. Organizaciones de la sociedad civil y los órganos pertinentes de las Naciones Unidas fueron invitados también para contribuir en este proceso.

Además, las labores del llamado “Grupo de Expertos” implicaron un proceso que se prolongó durante cinco años y que consistió en consultas preliminares con técnicos y especialistas de las ramas relacionadas con la temática en cuestión, y con reuniones en Viena, Buenos Aires y Ciudad del Cabo (Sudáfrica), donde existió una participación y aportación de los Estados Miembros de todas las regiones.

También, contó con la ayuda de representantes de la red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, y otras entidades de las Naciones Unidas, entre ellas: **a)** la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; **b)** el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; **c)** la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito; **d)** organizaciones intergubernamentales como el Comité Internacional de la Cruz Roja; **e)** organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, como la Organización Mundial de la Salud; y **f)** organizaciones no gubernamentales y expertos a título personal en materia de ciencia penitenciaria y derechos humanos.

Este amplio proceso de consultas, que la UNODC³ acompañó de cerca, culminó con la identificación de las áreas temáticas y reglas específicas —de las Reglas Mínimas— que debían ser revisadas, respetando al máximo los parámetros generales del proceso de revisión determinados por la Asamblea General, que fueron: **a)** ningún cambio en las reglas debería reducir el alcance de los estándares existentes, sino que debería mejorarlo con el objetivo de promover la seguridad y las condiciones humanas para las personas privadas de libertad, y **b)**

³ UNODC: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la UNODC es el guardián de las normas y estándares internacionales en materia de prevención del delito y justicia penal, incluidas las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y, por tanto, ha ejercido de Secretaría durante todo el proceso de revisión de las Reglas Mínimas. En base a su mandato de asistir a los Estados Miembros, bajo petición, para poner en práctica estas normas y estándares, la UNODC ha acumulado una extensa experiencia en proporcionar orientación técnica e implementar programas de asistencia en el campo de la reforma penitenciaria. Más recientemente, la UNODC ha desarrollado una estrategia para abordar los retos globales en materia penitenciaria, que prevé un mayor compromiso en a) reducir el uso del encarcelamiento, b) mejorar las condiciones y la gestión penitenciaria, y c) apoyar la reintegración social de los reclusos tras su liberación. Consultado en: [<http://www.unodc.org/>].

el proceso de revisión debe mantener el ámbito de aplicación del anterior instrumento.

Así las cosas, en la reunión celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) en marzo de 2015, el “Grupo de Expertos” logró consenso en todas las reglas que estaban sometidas a revisión, y en mayo de 2015 la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó las reglas revisadas y las remitió al Consejo Económico y Social para su aprobación y, posteriormente, a la Asamblea General para que fueran adoptadas como las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”.

Como corolario, el 17 de diciembre de 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴ aprobó un texto revisado y actualizado de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos⁵. A partir de ese momento, el instrumento internacional que define los principios mínimos en materia de condiciones de detención de las personas se denomina “Reglas Nelson Mandela”, en homenaje al legado del expresidente sudafricano, Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años encarcelado como parte de su lucha por los derechos humanos, la igualdad, la democracia y la promoción de una cultura de paz a nivel mundial⁶.

b. La fuerza normativa de este instrumento

A diferencia de los tratados —instrumentos cuya obligatoriedad está fuera de discusión para las partes que los ratifican—, este tipo de documentos internacionales no posee carácter vinculante. En tal sentido, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (art. 18), las resoluciones de la Asamblea General son, en principio, recomendaciones⁷.

Sin embargo, su contenido puede ser considerado obligatorio, por un lado, porque puede expresar alguna de las fuentes del derecho internacional, como

⁴ Mediante la Resolución 70/175

⁵ “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁶ Ver fundamentos de la Resolución 70/175.

⁷ Las reglas mínimas, principios básicos, protocolos, directrices o declaraciones internacionales, entre otros, conforman el denominado “*soft law*”: documentos jurídicos sin fuerza vinculante para los Estados, pero con efectos que los tornan relevantes por la autoridad que emanan y por su congruencia con el sistema de garantías internacionales vigente. Estos instrumentos consagran acuerdos o consensos internacionales que repercuten de diferentes maneras en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento de los derechos allí enunciados.

la costumbre internacional o los principios generales del derecho —es el caso, por ejemplo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos—. Por otro, su carácter vinculante deriva del principio general de buena fe del derecho internacional, por el cual los Estados se imponen de manera recíproca a respetar el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos y esperar que los demás Estados se comporten de la misma manera para con él.

Más allá de la discusión internacional sobre el carácter vinculante o no de este tipo de instrumentos, corresponde destacar que, en el caso de la Argentina, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos son obligatorias en tanto se encuentran receptadas expresamente en la Ley de Ejecución Penal⁸.

A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, “las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” y “configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”⁹.

c. Las Reglas Nelson Mandela

El catálogo de las “Reglas Nelson Mandela” se divide en dos grandes secciones. La primera trata sobre la administración general de los establecimientos penitenciarios y resulta aplicable a todas las categorías de personas privadas de su libertad (“reclusos”), más allá de que su situación sea el resultado de un proceso penal o civil, de que se encuentren en espera de juicio o estén cumpliendo condena e, incluso, de que se los haya o no sometido a “medidas de seguridad” o medidas correccionales por orden judicial¹⁰. La segunda parte especifica disposiciones para cada categoría de reclusos¹¹.

⁸ Ley No. 24 660. Sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio de 1996.

⁹ Caso “*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*” (Fallos 328:1146), sentencia del 3 de mayo de 2005, considerando 39 y punto resolutive 2, respectivamente.

¹⁰ Observación preliminar 3.1.

¹¹ Observación preliminar 3.2. Las categorías que establece son: a) reclusos penados; b) reclusos con discapacidades o enfermedades mentales; c) personas detenidas o en espera de juicio; d) personas encarceladas por causas civiles; y, e) personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos.

A su vez, consagran la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y proponen una serie de medidas mínimas que los Estados deben adoptar en materia de condiciones de detención.

En igual sentido, estipulan criterios más estrictos sobre el uso del aislamiento, de las requisas, de las medidas de coerción y de las sanciones disciplinarias; explicitan pautas para la atención de la salud y los derechos de las personas con discapacidad; y exigen la inspección exhaustiva e independiente de los lugares de reclusión, así como la investigación de todas las muertes y posibles casos de tortura o malos tratos en el encierro.

El nuevo texto establece que la finalidad de la pena es la protección de la sociedad contra el delito y —a diferencia de las reglas anteriores— la reducción de la reincidencia, lo que solo puede lograrse con una adecuada reinserción de la persona en la sociedad tras su puesta en libertad¹².

Al mismo tiempo, presenta disposiciones orientadas a regular la investigación de las muertes bajo custodia, la protección y cuidados especiales de los grupos vulnerables y la necesaria independencia del personal médico.

Por último, un avance importante es la existencia de restricciones sobre las medidas disciplinarias; directrices respecto a los registros personales; y regulaciones sobre las condiciones de habitabilidad, trabajo, educación, deporte y contacto con el mundo exterior.

c. i. Los principios fundamentales

En contraste con la versión anterior, las nuevas “Reglas” cuentan con un conjunto de principios básicos que sirven como pauta interpretativa del instrumento y reflejan el compromiso de los Estados con la defensa irrestricta de los derechos humanos de esta población vulnerable.

Así, se incorporaron como principios que:

- Las Reglas se aplicarán de forma imparcial y sin discriminación¹³.
- El sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos que implican la privación de la libertad y el despojo del derecho a la autodeterminación de las personas detenidas¹⁴.

¹² Ver actual Regla 4.1 y Regla 58 de la antigua versión.

¹³ Regla 2.1.

¹⁴ Regla 3.

- Todas las personas detenidas serán tratadas con el respeto que merecen su dignidad y su valor intrínseco en cuanto seres humanos¹⁵.
- Nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁶.
- Se tendrán en cuenta las necesidades individuales de las personas detenidas, en particular, las de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario.
- Se deberán reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad¹⁷.
- Las medidas privativas de libertad tienen por objetivo proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden lograrse si se ofrece a las personas presas educación, salud, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas que brinden herramientas para lograr su reinserción en la sociedad tras su puesta en libertad¹⁸.

c.ii. Los avances más relevantes

Más allá de los puntos destacados en torno a la incorporación de principios que insuflan sistémicamente las Reglas Nelson Mandela, esta revisión y actualización tuvo en consideración progresos de la ciencia penitenciaria y la incorporación de las prácticas internacionales modernas compatibles con estándares de derechos humanos. Así se establecen al régimen disciplinario la aplicación obligatoria de los principios de debido proceso, *ne bis in idem* y proporcionalidad¹⁹, entre otros, y se consolidaron pautas en materia de debida diligencia para la investigación de violaciones de derechos humanos a las personas privadas de su libertad.

En este marco, se agregó una regla relativa al deber de investigar toda muerte en lugares de encierro. En tal sentido se puso en cabeza de los directores de los establecimientos penitenciarios la obligación de notificar de toda muerte,

¹⁵ Regla 1.

¹⁶ Regla 1.

¹⁷ Regla 4.

¹⁸ Regla 39.

¹⁹ Regla 39.

desaparición o lesión grave a las autoridades judiciales²⁰, lo que permite agilizar y profundizar la investigación de la responsabilidad de los funcionarios públicos en estas muertes.

A su vez, se especifica que las investigaciones deben ser urgentes, imparciales y efectivas sobre estos casos. Además, obliga a las autoridades a la cooperación y a la preservación de las pruebas. Tal cambio resulta fundamental, dado que, en muchas de las pesquisas realizadas, la ausencia de preservación del acervo probatorio constituye un gran escollo para arribar a un conocimiento cabal de lo sucedido.

Las nuevas Reglas Mínimas definen pasos inmediatos para remover a las personas implicadas en el proceso de indagación de su responsabilidad con el objeto de evitar que tomen contacto con aquella, con los testigos y con los familiares de las víctimas. Esto es el puntapié inicial para que los operadores de justicia soliciten un programa de protección de testigos y, así, terminar con la impunidad en los institutos penitenciarios.

Por su parte, se contempla que en todo sitio donde haya reclusos habrá un sistema normalizado de gestión de sus expedientes²¹, el que deberá contener información confidencial, detallada, completa y actualizada sobre las razones de la detención, datos del proceso judicial y de familiares cercanos, entre otros²².

En cuanto al régimen disciplinario, se impide que las sanciones estén relacionadas con la alimentación, la vestimenta y las visitas. El nuevo instrumento contiene prohibiciones específicas sobre las sanciones, como el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, las penas corporales, la reducción de alimentos o agua potable, la aplicación de castigos colectivos²³ o la imposibilidad de coartar el contacto familiar²⁴.

Las Reglas Nelson Mandela prohíben enfáticamente²⁵ el aislamiento indefinido y prolongado. Establecen su carácter excepcional y de último recurso²⁶, y determinan que su plazo máximo será de 15 días, a la vez que impiden su aplicación en casos de reclusos con discapacidad física o mental²⁷.

²⁰ Regla 71.1.

²¹ Regla 6.

²² Reglas 7, 8 y 9.

²³ Regla 43.1, c, d y e.

²⁴ Regla 43.2 y 43.3, respectivamente.

²⁵ Regla 43.

²⁶ Regla 45.

²⁷ Regla 44.

Entre otras cosas, las Reglas Mínimas profundizan los deberes estatales en materia de atención sanitaria²⁸ y los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo la salud mental entre la atención que está obligada a prestar la administración penitenciaria en cada cárcel. Por su parte, destacan que el organismo de salud pública es competente para realizar inspecciones periódicas relativas a la alimentación, la higiene y las condiciones de alojamiento en celdas²⁹.

c.iii. Detalle de las reglas concretas que fueron objeto de revisión

Después de un cuidadoso análisis de los avances existentes en materia de legislación internacional, ciencias penitenciarias y buenas prácticas desde el año 1955, el Grupo de Expertos decidió revisar las “Reglas Mínimas” en nueve áreas temáticas concretas. En total, un 35 % de las Reglas fueron revisadas y/o reubicadas.

Específicamente:

- a) Dignidad inherente de los reclusos como seres humanos.
- b) Grupos vulnerables privados de libertad.
- c) Servicios médicos y sanitarios.
- d) Restricciones, disciplina y sanciones.
- e) Investigación de muertes y tortura de reclusos.
- f) Acceso a representación jurídica.
- g) Quejas e inspecciones.
- h) Terminología.
- i) Capacitación del personal.

c.iii.a) Dignidad inherente de los reclusos como seres humanos: (se refiere a las Reglas 1 a 5 de las RM)

La parte I, que es aplicable a todas las categorías de reclusos como ya se mencionó anteriormente, ahora incluye un conjunto de cinco “principios básicos”

²⁸ Reglas 24 a 35.

²⁹ Regla 35

que esbozan el espíritu general en base al cual deben ser interpretadas las reglas. Estos incluyen, en particular, la obligación de:

- Tratar a todas las personas privadas de libertad con el respeto debido a su dignidad y valor inherentes al ser humano.
- Prohibir y proteger a las personas privadas de libertad de toda forma de tortura y malos tratos.
- Velar en todo momento por la seguridad de las personas privadas de libertad, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

c.iii.b) Grupos vulnerables privados de libertad: (se refiere a las Reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2, y 109 a 110 de las RM).

La aplicación imparcial de las Reglas y la prohibición de discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna o nacimiento, incluida en la anterior versión de las Reglas Mínimas, ha sido ampliada para incluir “cualquier otra situación”. Es importante destacar que la puesta en práctica del principio de no discriminación incluye la obligación de:

- Tomar en cuenta las necesidades individuales de las personas privadas de libertad, en particular de los más desfavorecidos.
- Proteger y promover los derechos de las personas privadas de libertad con necesidades especiales.
- Asegurar que las personas privadas de libertad con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión, y sean tratadas de acuerdo con sus necesidades de salud.

c.iii.c) Servicios médicos y sanitarios: (se refiere a las Reglas 24 a 27, 29 a 35 de las RM).

Las Reglas revisadas enfatizan que la prestación de servicios médicos a las personas privadas de libertad es una responsabilidad del Estado y agrega detalles significativos a los principios, el alcance y la composición generales de los ser-

vicios médicos en prisión. Los deberes y prohibiciones de los profesionales de la salud se refuerzan de acuerdo con el principio de que su relación con los reclusos se rige por los mismos estándares éticos y profesionales que se aplican a los pacientes en la comunidad. Más específicamente estos incluyen:

- Garantizar los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad y proveer acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación.
- Evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de las personas privadas de libertad, incluidas las personas que requieren una atención especial.
- Cumplir con los principios de independencia clínica, confidencialidad médica, consentimiento informado en la relación médico-paciente y con la continuidad en el tratamiento y cuidado (incluidos el VIH, la tuberculosis, y otras enfermedades infecciosas y la drogodependencia).
- La prohibición absoluta de participar en actos de tortura y otras formas de maltrato, y la obligación de documentar y denunciar casos de los cuales pudieran tener conocimiento.

c. iii. d) Restricciones, disciplina y sanciones: (se refiere a las Reglas 36 a 39, 42 a 53 de las RM).

Se hace especial referencia al principio de que las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán equivaler a tortura u otros maltratos, y que las condiciones generales de vida se aplicarán a todas las personas presas sujetas a sanciones disciplinarias. Nuevas previsiones definen y restringen el régimen de aislamiento, así como el uso de medios de coerción, regulan los registros de personas y celdas, y especifican el rol de los profesionales de la salud en el contexto de los procedimientos disciplinarios.

En particular, las reglas revisadas:

- Definen el aislamiento (prolongado) como aquel que se extiende por 22 horas o más por día, sin contacto humano apreciable (por más de 15 días consecutivos) y restringen el uso del aislamiento como último recurso para ser utilizado en circunstancias excepcionales.

- Prohíben el aislamiento indefinido y prolongado, el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, la reducción de alimentos o agua potable, así como el uso de instrumentos de coerción física que, por su naturaleza, sean degradantes o causen dolor, como cadenas o grilletes.
- Brindan una detallada guía sobre los registros de reclusos y celdas, así como sobre el uso legítimo de instrumentos de coerción física en línea con la necesidad de garantizar la seguridad en las prisiones y respetar la dignidad inherente a las personas privadas de libertad.
- Confirman que los profesionales de la salud deben prestar particular atención a los reclusos sometidos a cualquier régimen de separación forzada, pero excluyen su participación en la imposición de sanciones disciplinarias.
- Alientan a la administración penitenciaria a utilizar, en la medida de lo posible, la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otro mecanismo de resolución de disputas alternativo para prevenir o resolver los conflictos.

c. iii. e) Investigación de muerte y tortura a los reclusos: (se refiere a las Reglas 6 a 10, 68 a 72 de las RM).

Se prevén investigaciones independientes en todos los casos de muertes en prisión, así como en otras situaciones graves. A efectos de mayor transparencia y rendición de cuentas, la información que se registra sobre las personas privadas de libertad se ha ampliado, al igual que las notificaciones que la administración penitenciaria debe brindar a los reclusos o a terceros en situaciones trascendentales.

Más específicamente, las reglas revisadas:

- Especifican la información que se debe ingresar en el sistema de gestión de expedientes desde el ingreso de cada recluso y durante el periodo de encarcelamiento, y clarifica que esa información debe ser tratada de forma confidencial.
- Detallan el derecho de las personas privadas de libertad o de terceros (familiares o cualquier persona de contacto designada) de ser notificados sobre el encarcelamiento, el traslado a otra institución, enfermedad grave, lesiones o muerte.

- Exigen que toda muerte, desaparición o lesión grave de una persona privada de libertad sea comunicada a una autoridad competente que sea independiente de la administración penitenciaria y que esté facultada para llevar a cabo investigaciones expeditas, imparciales y efectivas de las circunstancias y causas de este tipo de casos.
- Exigen un procedimiento similar en el caso de que en prisión se haya cometido un acto que constituya tortura u otros tratos o penas crueles, independientemente de que se haya recibido o no una denuncia formal.

c. iii. f) Acceso a la representación jurídica: (se refiere a las Reglas 41, 54 a 55, 58 a 61, 119 a 120 de las RM).

El derecho a recibir visitas y a consultar con un asesor jurídico, hecho que estaba restringido en las Reglas Mínimas originales a las personas en prisión preventiva y a los solos efectos de la defensa, ha sido extendido en las reglas revisadas a todas las personas privadas de libertad y sobre cualquier asunto jurídico. El derecho a la asistencia legal fue extendido a los procedimientos disciplinarios. Finalmente, una nueva regla brinda orientación para los procedimientos de ingreso y registro aplicables a las visitas.

En consecuencia, las administraciones penitenciarias deben:

- Informar a las personas privadas de libertad en el momento del ingreso sobre los distintos métodos autorizados para tener acceso a asesoramiento jurídico, incluso por medio de programas de asistencia jurídica.
- Facilitar a todas las personas privadas de libertad oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir la visita de un asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica de su elección, y consultarle sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial sobre cualquier asunto jurídico.
- Conceder el derecho a las personas privadas de libertad a defenderse solos o con asistencia jurídica cuando el interés de la justicia así lo exija, en particular en casos que entrañen faltas disciplinarias graves.
- Abstenerse de procedimientos de ingreso y registro que sean degradantes para los visitantes o, en cualquier caso, menos protectores que los señalados para los registros de las personas detenidas y de las celdas.

c. iii.- g).- Quejas e inspecciones: (se refiere a las Reglas 54 a 57, 83 a 85 de las RM).

Las reglas revisadas fortalecen el derecho de las personas privadas de libertad y de sus asesores jurídicos a presentar de forma segura peticiones o quejas en relación a su trato, las cuales deben ser atendidas con prontitud por la administración penitenciaria y respondidas sin demora. Se ha logrado un importante avance en el ámbito del monitoreo e inspecciones mediante un sistema doble de inspecciones regulares, tanto internas como externas, de los centros y servicios penitenciarios.

Más concretamente, las nuevas previsiones contemplan:

- Extender el derecho de presentar quejas a los familiares de la persona detenida o cualquier otra persona que haya tenido conocimiento del caso cuando la persona privada de libertad o su asesor jurídico no estén en condiciones de hacerlo.
- Exigir la ejecución de salvaguardias para garantizar que las solicitudes y quejas puedan ser presentadas de forma segura y, si es necesario, confidencial, sin riesgo de represalia, intimidación u otras consecuencias negativas.
- Establecer un sistema doble para las inspecciones regulares relativas a las inspecciones internas o administrativas realizadas por la administración penitenciaria central y a las inspecciones externas realizadas por un órgano independiente de la administración penitenciaria.
- Conceder a los inspectores penitenciarios el derecho a asumir sus tareas de forma eficiente, incluido el acceso a los expedientes de las personas privadas de libertad, las visitas no anunciadas por iniciativa propia, así como entrevistas en privado y plenamente confidenciales con los reclusos y el personal penitenciario.

c. iii.- h).- Terminología: (actualizada en la elaboración de las RM).

Revisar el contenido de las Reglas Mínimas también requiere reemplazar la terminología obsoleta, la cual ya no es más aceptable a la luz de los recientes avances en el ámbito de la legislación internacional, y asegurar el uso coherente de la terminología en todo el documento.

En particular las revisiones bajo esta área temática se focalizaron en:

- Actualizar la terminología relacionada con la salud.
- Hacer de las reglas revisadas un documento con enfoque de género.

c. iii.- i).- Capacitación del personal: (se refiere a las Reglas 75 a 76 de las RM).

Las reglas revisadas brindan una guía detallada sobre la capacitación del personal a medida que se distribuirá desde la entrada al centro así como durante el servicio, con la intención de ofrecer a todo el personal penitenciario la capacidad y los medios para llevar adelante sus complejas tareas de manera profesional. El personal penitenciario al que se le han asignado funciones especializadas debe recibir formación con un enfoque específico.

La formación inicial debe incluir pruebas teóricas y prácticas para el ingreso al servicio penitenciario y debe incorporar, como mínimo, los siguientes temas:

- La legislación, los reglamentos y las políticas nacionales pertinentes, así como los instrumentos internacionales y regionales, los cuales deben regir la labor del personal penitenciario y su interacción con las personas privadas de libertad.
- Los derechos y deberes generales del personal penitenciario en el ejercicio de sus funciones, incluido el respeto de la dignidad humana de todas las personas privadas de libertad y la prohibición de la tortura y otras formas de maltrato.
- La seguridad, incluido el concepto de seguridad dinámica, así como el empleo de la fuerza y de instrumentos de coerción física con la debida consideración al uso de técnicas preventivas y de disuasión.
- Los primeros auxilios, las necesidades psicológicas de las personas privadas de libertad, así como los servicios de asistencia y atención sociales.

III. Jurisprudencia

En este apartado, ofreceremos al lector un antecedente judicial³⁰ en donde se

³⁰ CFAM -Sala "A"-, autos FMZ 15.289/2021, caratulados "Ministerio Público de la Defensa s/Habeas Corpus", de fecha 21 de octubre del año 2021, consultado en: [<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>]

abordan algunas de las temáticas aquí planteadas, en particular las exigencias vinculadas al lugar de detención en donde transitan las personas privadas de la libertad, como así también, el *status* legal de las Reglas de Mandela.

a) Hechos

El sumario inicia a partir de la presentación de una acción de habeas corpus en favor de una gran cantidad de personas detenidas a disposición de la Justicia Federal de Mendoza, la cuales se encontraban alojadas en establecimientos policiales de la provincia.

En virtud de ello, indicaron que el alojamiento en una comisaría hacía de imposible cumplimiento el goce de derechos básicos, generando reclamos permanentes por parte de los afectados, a saber: la precariedad o inexistencia de sanitarios adecuados; de provisión de elementos de higiene personal; abrigo; camas; alimentación (toda vez que, si bien el Juzgado ordena que la misma llegue a cada detenido, esto no siempre ocurre); la ausencia de atención médica mínima; la imposibilidad de mantener un contacto fluido con sus defensores, o con sus familiares ya que no se permiten las visitas; el hacinamiento; entre muchos otros.

Ante este escenario, el juez de grado resolvió hacer lugar a la acción en trato, disponiéndose el traslado de los internos a unidades del Servicio Penitenciario Federal, decisorio que fue recurrido por la autoridad requerida. Ello, dado que la orden impartida por el magistrado interviniente confrontaba con una resolución ministerial del S.P.F. –“Condiciones Básicas de Habitabilidad y Capacidad de los Establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal”, referida al cupo de alojamiento de los establecimientos penitenciarios.

b) Holding

Al momento de expedirse, la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza confirmó parcialmente el temperamento recurrido, haciendo hincapié en los siguientes puntos:

Detención en Comisarías

“...la no observancia de la resolución del Sr. Juez a quo con el consecuente mantenimiento de privación de libertad de los solicitantes en comisarías, se presenta como más gravoso.

Dicha consecuencia acarrearía una violación a los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, la cual es el fin perseguido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y también por la misma resolución ministerial venida en crisis, que propende a su protección tal como surge de su propio contenido (página 2 – Resolución 2021517APN-MJ)...”

“En consecuencia, entiendo que corresponde confirmar la resolución del Sr. Juez a quo, a excepción de lo referido en el punto 5 de dicha resolución, por entender que el interlocutorio del instructor es acertado en cuanto hace lugar a la acción de habeas corpus interpuesta, toda vez que el alojamiento de presos federales en comisarías provinciales por tiempos prolongados agrava las condiciones de detención...”

Efecto extensivo de la decisión

“...corresponde ampliar el punto 4 de la resolución del Sr. Juez a quo, toda vez que, al extender el efecto de esta resolución a los detenidos en igualdad de circunstancias y a disposición de los Jueces de Primera Instancia bajo la superintendencia de esta Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, es que corresponde que los demás internos masculinos que no hubiesen ingresado a la U32 por falta de cupos, sean alojados en el Complejo Penitenciario Federal VI, debiéndose acondicionar espacios para su ubicación, conforme el Servicio Penitenciario crea conveniente a tales afectos...”

Status legal de Las Reglas de Mandela

“...las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) establecen que el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona...”

“Cabe indicar que lo aquí resuelto, lejos de ser una intromisión en facultades propias del S.P.F, constituye una herramienta para el funcionario encargado de la administración del Complejo Penitenciario, en cumplimiento de los objetivos propuestos por el art. 1 de la ley 24.660. En tal sentido, el hecho de poder agregar camas a una celda y disponer un alojamiento compartido, puede resultar una opción razonable y ventajosa en determinadas ocasiones, en las cuales, por ejemplo exista riesgo de autolesión del interno...”

“...Por tal motivo, debe disponerse la reubicación inmediata de los presentantes, conforme se expidió el Sr. Juez a quo, sumado a la ampliación que en la presente resolución se resuelve...”

IV. Conclusión

Hemos visto entonces que las Reglas Mandela establecen nuevos estándares para el tratamiento de las personas privadas de la libertad que podrían contribuir – de ser aplicadas plenamente- a resocializar efectivamente a quien se encuentra privado de libertad, tal y como lo prevé nuestra Constitución Nacional o, al menos, a ser tratados con dignidad. Se trata de este modo entonces, de un verdadero cambio de paradigma en el trato no sólo hacia el detenido, sino también en las oportunidades de cambio y de mejora en el sistema penitenciario todo, incluyendo la formación y capacitación del personal penitenciario.

Se ha visto en este breve trabajo el amplio abordaje que realizan las ahora llamadas “Reglas Mandela” acerca de distintas cuestiones de la problemática carcelaria, ofreciendo un piso mínimo de derechos y garantizando diferentes estándares para quienes están privados de su libertad. Teniendo en cuenta esos objetivos, las Reglas deben ser tomadas como un punto de partida a partir del

cual los distintos poderes estatales –tanto provinciales como nacionales- asuman seriamente la conflictiva cuestión carcelaria.

Quienes día a día convivimos con situaciones como las que venimos describiendo en el presente artículo sabemos que las penitenciarías, en las condiciones en que se encuentran desde hace muchos años en nuestro país, no logran acabadamente el objetivo de reinsertar socialmente o reeducar y, por sobre todo, evitar la reincidencia.

Por ello, las Reglas Mandela pueden dar una nueva perspectiva a estos tópicos para que, considerando de manera más profunda y reflexiva los derechos fundamentales de quienes se encuentren detenidos y, a partir de una decisión de los tres poderes del Estado - cada uno en su función-, se alcancen mayores índices de reinserción social, fin principal de la imposición de una pena privativa de libertad.

REGLA 2

El sistema carcelario brasileño y la no aplicación de las Reglas de Mandela y Bangkok

LOURENÇO MIGLIORINI FONSECA RIBEIRO*

I. Introducción

El sistema carcelario brasileño no difiere de la mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo. Presenta un cuadro de hacinamiento, condiciones de higiene precarias, un número bajo de profesionales de la salud, alimentación de pésima calidad, estructuras físicas antiguas y obsoletas.

Constantemente las cárceles brasileñas son noticia debido a los motines, las ejecuciones sumarias de rivales —porque líderes de organizaciones criminales que están presos ordenan acciones delictivas fuera de las cárceles—, por la presencia de drogas y de teléfonos celulares dentro de las unidades penitenciarias.

Lo que más sorprende no son las condiciones actuales, sino el hecho de que el tema se discute desde 1976¹, año en el que se realizó la primera Comisión Parlamentaria de Investigación sobre el sistema penitenciario. Recién en la década de los 2000 se celebraron otras dos, la última en 2015, que en la introducción señalaba lo siguiente:

El Sistema Penitenciario brasileño, como se sabe, desde hace algún tiempo se encuentra en una situación preocupante y que demanda una atención especial por parte del Estado. No es por otra razón, incluso, que esta es la segunda Comisión Parlamentaria de Investiga-

* Especialista em Direito Civil por la Universidade Federal de Uberlândia; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais desde 2006. Formador de la Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJF em ações presenciais e a distância. lourencomfr@hotmail.com

¹ Projeto de Resolução n.º 70 de 1976 (Brasil). Consultado em [https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/235813].

ción creada en el ámbito de esta Casa Legislativa, en un intervalo inferior a 08 (ocho) años, con el objeto de investigar la realidad de este sistema².

La investigación se llevó a cabo, se hicieron recomendaciones, algunas se implementaron, otras avanzan lentamente, y varias ni siquiera han salido del papel.

En este artículo abordaremos muy sucintamente algunas características de este sistema, tales como: a) datos estadísticos sobre la población penitenciaria; b) el tema del encarcelamiento femenino; c) el problema de las visitas y los impactos derivados del encarcelamiento de un ser querido; d) las sucesivas condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a Brasil por violación de los derechos humanos de personas privadas de libertad; e) las respuestas jurisdiccionales a esta situación. Sigamos adelante.

II. Algunos principios importantes en el tema

A partir del abordaje del tema se hace necesario un breve recorrido por los conceptos de algunos principios inherentes a la materia.

II.1. Del principio de la intervención mínima

Este principio indica que el Derecho Penal solo intervendrá cuando los demás fracasen. Esto se debe a que el Derecho Penal *“es una etapa violenta, ya que interviene con la pena y la medida de seguridad”*³ y por eso, *“la sanción criminal debe reservarse únicamente para casos de extrema necesidad, cuando la defensa de un determinado interés o valor no pueda ser posible mediante instrumentos no penales (sanciones civiles, administrativas, etc.)”*⁴.

² Câmara de Deputados. *Ata da Presidência* (Brasil): Satisfeitos os requisitos do art. 35, *caput* e § 4 do Regimento Interno para o Pedido de Instituição da CPI n.º 6 de 2015 do Sr. Carlos Zarattini e outros, esta Presidência comunica ao Plenário a criação da Comissão Parlamentar de Investigação destinada a investigar a realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro. O Comitê será composto por 26 (vine e seis) membros titulares e igual número de suplentes, mais um titular e um suplente, observado o rodízio entre os grupos não contemplados, designados de acordo com os §§ 1.º e 2.º do art. 33 combinado com o § 5.º do art. 35, todos os Regimentos Internos. Brasília-DF, 04 de março de 2015. Presidente: Eduardo Cunha.

³ BUSATO, P. C., *“Direito Penal - Parte Geral”*, ed. Altas, Año 2017, 3º edición, pág. 52.

⁴ ROIG, R. D. E. *“Execução penal: teoria crítica”*, ed. Saraiva, Año 2018, pág. 59.

Derivado de este principio mayor tenemos la **fragmentariedad**, que selecciona los bienes jurídicos que merecerán la protección del Derecho Penal, y la **subsidiariedad**, que determina que la intervención delictiva solo se producirá cuando los demás mecanismos de control fallen o resulten ineficaces.

No nos atreveremos a discutir el abolicionismo penal en este artículo, porque además de que no es el tema central, tampoco habría espacio para ello, dado que la cuestión del fin de las penas privativas de libertad sería tema para todo un libro.

II.2. Del principio de la proporcionalidad

Sin más digresiones, también se podría escribir un artículo únicamente sobre el principio de proporcionalidad, aunque la vertiente usada en este trabajo para este principio es la de evitar los excesos en la creación de normas, en su interpretación o aplicación.

Asimismo, en caso de conflicto entre principios, entre derechos fundamentales —o entre estos y la actividad estatal—, para resolver la controversia también puede usarse el principio de proporcionalidad.

Es importante establecer, con respecto al objeto de este trabajo, que mucho se han utilizado las expresiones “orden público” y “bien común” como argumentos para la supresión de derechos fundamentales cuando se habla de ejecución criminal y de individuos privados de libertad.

Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁵ ya se ha manifestado:

A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o ‘el bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [...] Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre

⁵ DELGADO, M. P. G., “El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Universidad Católica del Uruguay, Año 2016, pág 78.

los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

Por lo tanto, la proporcionalidad no puede convertirse en un principio superficial para justificar abusos y violaciones de derechos ni el endurecimiento de la interpretación y aplicación de las normas vigentes.

II.3. Del principio de la dignidad humana

El primer punto que vale la pena mencionar es que este principio tiene sede constitucional, siendo uno de los fundamentos de nuestra República en los términos precisos del artículo 1 inciso III.

Las personas privadas de libertad siguen mereciendo un tratamiento digno, ya que no pierden su condición de seres humanos.

Sobre este punto, Fernanda Garcia Escane⁶ expone que: *“Desde el momento en que se delega al Estado la facultad de punir, se exige, tanto como, el respeto a los principios y normas que rigen el Derecho, independientemente de lo que haya practicado el reo”*.

Cito la doctrina de Rogério Greco⁷ sobre el tema:

Hay que subrayar, sin embargo, que el preso, por peor que sea el acto que hubiere practicado, no pierde su dignidad; por atroz que haya sido su comportamiento, por mucho que despierte la furia de la comunidad en la que se encuentra, sus derechos aún deben ser preservados. El Estado no puede igualarse a él. No puedes tratarlo con la misma falta de respeto con la que, eventualmente, él haya tratado a la víctima del crimen. El Estado, por lo tanto, no tiene este derecho. Al contrario, hay que tratarlo como el ser humano que es; lo tiene que respetar e imponer únicamente lo que esté previsto en su ordenamiento jurídico como sanción por el hecho que hubiere realizado, es decir, puede privarlo de la libertad, pero no más que eso.

⁶ ESCANE, F. G., “Considerações sobre a Execução Penal: Responsabilidade do Estado na Ressocialização do Sentenciado”, ed. Lumen Juris., Año 2015, pág. 18.

⁷ GRECO, R., “Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas”, ed. Impetus, Año 2015, pág. 74.

Por lo tanto, queda claro que, incluso dentro de la prisión, hay que resguardar la dignidad de la persona.

Cuando se trata de mujeres, la doctrina⁸ también aborda el tema, cuando menciona que:

Sobre el encarcelamiento femenino, históricamente existe la omisión de los poderes públicos manifestada en la ausencia de políticas públicas que consideren a la mujer presa como sujeto de derechos y, muy particularmente, que tomen en cuenta sus especificidades derivadas de las cuestiones de género. Hay una serie de derechos de las mujeres presas que han sido violados de forma acentuada por el Estado brasileño, a través de la desatención de derechos esenciales como salud, educación, trabajo, política de reinserción social y preservación de vínculos y relaciones familiares⁹.

La situación de la mujer, por lo tanto, es especial y específica.

II.4. Del principio de la intrascendencia de la pena

Se expresa en el artículo 5 inciso XLV de la Constitución Federal¹⁰ que “ninguna pena pasará de la persona del condenado, pudiendo la obligación de reparar el daño y el decreto de extinción de bienes, en los términos de la ley, extenderse a los sucesores y ejecutarse contra ellos, hasta el límite del valor del patrimonio transferido”.

El tema en sí mismo ya es importante. Sin embargo, cuando se analiza el principio desde la perspectiva del encarcelamiento femenino, adquiere contornos más importantes.

No se puede negar que, cuando se arresta a un hombre, se produce un choque en la estructura del núcleo familiar. Este golpe es predominantemente financiero, ya que, en la mayoría de los casos, los niños quedarán bajo la custodia de sus madres.

⁸ GONCALVES, B. D., et. al., “Mulheres na prisão: um estudo qualitativo”, ed, Appris, Año 2016, pág. 26.

⁹ Las citas que estaban en su original en portugués se han traducido exclusivamente para esta publicación.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (2023) (Brasil). Consultado em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].

Por otro lado, cuando se encarcela a las mujeres, el impacto va más allá del punto de vista meramente económico: afecta directa y brutalmente a los hijos de la mujer encarcelada.

Sobre el tema consta en la doctrina¹¹:

La vulnerabilidad de los niños ante el encarcelamiento de su madre va más allá de los muros de la prisión. Hagen y Myres (2003) afirman que el encarcelamiento de la madre puede tener consecuencias negativas en la vida de los niños, como sentimientos de pérdida, miedo, vergüenza, rabia, inseguridad y vergüenza. Otro punto planteado por las autoras es el miedo al estigma derivado de tener una madre presa, lo que puede llevar a muchos niños a no comunicar sus sentimientos sobre el encarcelamiento de sus madres, manteniéndolo escondido. Como afirma Stella (2009), parece que la socialización de los hijos de mujeres encarceladas puede incluso verse influida por la criminalidad y el encarcelamiento materno, pero tiende a ser menos intensa si el sujeto tuvo la oportunidad de vivir el maternar con otro cuidador.

Además, también está el impacto que causa el abandono de la mujer encarcelada, ya sea por parte de su pareja, de su propia familia o de la sociedad.

Esto porque, desde una perspectiva sexista y paternalista que, lamentablemente, aún impera, la mujer, al concretar el crimen, defrauda doblemente al medio social: primero, por no cumplir con su rol de mujer, ama de casa, madre y esposa; segundo, por ingresar en un campo mayoritariamente masculino, como es la práctica del crimen, la violencia, el submundo.

Sobre este tema se recoge en la doctrina¹²:

El primer juicio al que se somete a una mujer es el hecho de estar presa. Esta afirmación no trata del juicio legal o social por el crimen, sino del juicio por haber infringido una norma de género, ya que la

¹¹ MATTOS, C. L. G., et. al., “Mulheres privadas da liberdade: vulnerabilidades, desigualdades, disparidades socioeducacionais e suas interseções de gênero e pobreza”, Paco Editorial, Año 2016, 1ª edición, pág. 106.

¹² LINS, V. M. C., & Vasconcelos, K. N., “Mães Encarceradas e Filhos Abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação”, Juruá Editora, Año 2018 pág. 68.

imagen que la sociedad tiene de la mujer no es acorde con la de una criminal, la mujer presa no cumple con lo que se espera de una mujer. El segundo juicio proviene del hecho de estar embarazada o tener hijos mientras se encuentra privada de su libertad. Rompen así la segunda norma vinculada al género: que deben ser buenas madres, que no abandonan a sus hijos, porque la maternidad, en el imaginario social, tampoco es acorde con la etiqueta de delincuente y presa.

Por lo tanto, ya sea que se trate de hombres o de mujeres privados de libertad, la pena irá más allá de la persona del condenado y afecta directamente a sus familiares.

III. Del cuadro general del sistema penitenciario brasileño

Después de haber pasado la primera etapa de definir algunos conceptos importantes sobre el tema, es importante señalar que el panorama general del sistema penitenciario brasileño es malo.

La última información disponible en la página web del Departamento Penitenciario Nacional¹³ indica una población carcelaria superior a los 671 000 presos en celdas físicas, además de 156 000 en arresto domiciliario.

Sobre este último dato quisiera abrir un paréntesis y señalar que este número es un reflejo directo de la pandemia del COVID-19 y de la determinación del Consejo Nacional de Justicia a través de la Recomendación 62/2020¹⁴, así como varias decisiones de los Tribunales Superiores.

Tratando específicamente de las mujeres presas, la última encuesta DEPEN¹⁵ señala un total de 33 310 mujeres detenidas, de las cuales 25 814 se encuentran recluidas en establecimientos específicamente diseñados para mujeres. Las demás se encuentran en establecimientos mixtos, lo que impide la correcta aplicación de las medidas específicas para el público femenino.

¹³ SISDEPEN – Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário – Período de Janeiro a Junho de 2022. (Brasil). Consultado em [https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepen].

¹⁴ Recomendação n.º 62, de 17 de março 2020. (Brasil). Consultado en: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf.]

¹⁵ SISDEPEN – Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário – Período de Janeiro a Junho de 2022. (Brasil). Consultado en: [https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepen].

Volviendo al análisis de los datos, la tasa de encarcelamiento es de 318,58/100 000 habitantes, lo que genera un déficit de más de 212 000 vacantes.

Aunque la tasa de encarcelamiento está cayendo y se han creado algunas vacantes, hay un número alto de personas en arresto domiciliario, lo que puede dar una falsa sensación de mejora, la cual no se concreta, ya que la situación sigue siendo muy mala.

La doctrina¹⁶, al comentar este cuadro, se manifiesta así:

Los males de la prisión no son privilegio exclusivo de los países del tercer mundo. En general, las deficiencias penitenciarias reunidas en la literatura especializada presentan muchas características similares: malos tratos verbales (insultos, groserías, etc.); de hecho (castigos sádicos, crueldades sin razón y diversos métodos sutiles de que el recluso sufra sin incurrir en una violación evidente del ordenamiento, etc.); el hacinamiento penitenciario, lo que también lleva a una reducción drástica de otras actividades que el centro penitenciario debería brindar (el exceso de población reduce la privacidad del interno, facilita una gran cantidad de abusos sexuales y de conductas inapropiadas); falta de higiene (gran cantidad de insectos y parásitos, suciedad e inmundicias en celdas, pasillos, cocinas, etc.); malas condiciones de trabajo, que pueden significar una explotación inaceptable de los reclusos o una completa ociosidad; deficiencias en los servicios médicos, lo que puede llegar incluso a la inexistencia; atención psiquiátrica inexistente o abusiva (en casos de delincuentes políticos o disidentes la psiquiatría puede ser utilizada como un buen pretexto “científico” para imponer un determinado orden o convertirlo en un “castigo civilizado”); una alimentación pobre; alto índice de consumo de drogas, muchas veces causado por la venalidad y corrupción de algunos empleados penitenciarios, que permiten e incluso realizan el narcotráfico; abusos sexuales reiterados, que normalmente hacen empeorar a jóvenes internos que acaban de ingresar, sin ignorar, por supuesto, los graves problemas de homosexualidad y onanismo; un ambiente propicio para la violencia, donde prevalece el uso de medios brutales, donde siempre se impone el más fuerte.

¹⁶ BITENCOURT, C. R.. “*Falência da pena de prisão: causas e alternativas*”, ed. Saraiva, Año 2012, 4ª edición, págs. 163-164.

Este encarcelamiento masivo acarrea violaciones a una serie de derechos de los sentenciados, en particular el acceso al estudio, al trabajo y al ocio dentro de las cárceles, viéndose también impedidos, no pocas veces, del acceso a la asistencia sanitaria y jurídica.

Estas violaciones contravienen varias disposiciones de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Presos (Reglas Mandela), como las Reglas 1, 4, 11, 13, 17, 24, así como las Reglas de Bangkok 4, 5, 12, 13 y 16, aplicables específicamente a las mujeres.

También encontramos violaciones al artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial, a los artículos 2, 4 y 6.

Loïc Wacquant¹⁷, en su obra “As Prisões da Miséria”, describe perfectamente el cuadro del sistema penitenciario brasileño:

Es el estado aterrador de las prisiones del país, que parecen más campos de concentración para pobres o empresas públicas de depósito industrial de desechos sociales que constituciones judiciales que cumplan alguna función penalógica: disuasión, neutralización o reinserción. El sistema penitenciario brasileño acumula, de hecho, los defectos de las peores jaulas del Tercer Mundo, por su dimensión y la estudiada indiferencia de los políticos y del público: hacinamiento encarcelador de los establecimientos, lo que se traduce en abominables condiciones de vida e higiene, caracterizadas por la falta de espacio, aire, luz y comida (en los distritos policiales, los detenidos, a menudo inocentes, se amontonan durante meses e incluso años en total ilegalidad en hasta ocho celdas destinadas a una sola persona, como en la Casa de Detención de São Paulo, donde se les reconoce por su aspecto raquítico y su tez amarillenta, lo que les valió el apodo de “amarillos”); la negación del acceso a la asistencia jurídica y a la atención básica de la salud, cuyo resultado es la dramática aceleración de la propagación de la tuberculosis y el virus del VIH entre las clases populares; violencia pandémica entre los detenidos, en forma de malos tratos, extorsiones, palizas, violaciones y asesinatos, por el hacinamiento, la falta de separación entre las distintas categorías de delincuentes, inactividad forzada (aunque la ley establece que todos

¹⁷ WACQUANT, L., “As prisões da miséria” (A. Telles, Trad.), Jorge Zahar Editor, Año 2012 pág. 13.

los presos deben participar en programas de educación o de capacitación) y la falta de supervisión.

Por lo tanto, vemos un escenario de constante y endémica violación de las normas internacionales dentro de las cárceles brasileñas.

La doctrina, al comentar este cuadro, se manifiesta así:

Así, la cuestión de la superpoblación carcelaria está presente en el curso de la historia de cada sistema. Las curvas de oscilación consiguen demostrar cómo ese cuadro estadístico puede estar relacionado a experiencias políticas similares, aunque en geografías distintas...La realidad carcelaria brasileña no es diferente en el sentido de la gravedad de su situación. El panorama actual es trágico, acusándose un déficit de vacantes asustador. Muchos condenados cumplen pena en establecimientos impropios y la prisión preventiva es aún practicada sin moderación¹⁸.

Por lo tanto, tenemos una situación grave, que provoca reflexiones dentro y fuera de las unidades penitenciarias.

El informe de la organización Human Rights Watch¹⁹ señala que:

Confinarlos en condiciones humanas es una propuesta cara. Incluso la solución actual —de confinamiento en condiciones de hacinamiento extremo, donde la falta de atención médica y los abusos físicos son comunes— es costosa, considerando el alto costo de vidas arruinadas, en una estrepitosa falta de respeto a las leyes y con altas tasas de reincidencia”.

Abordaremos en el próximo tópico los impactos del encarcelamiento.

¹⁸ GIACOIA, G., et.al., “La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas”, Juruá Editora, Año 2012, pág. 76-77.

¹⁹ Human Rights Watch. (s.d.). *O Brasil atrás das grades*. Consultado en [<https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/prefacio.htm>].

IV. De los impactos del encarcelamiento

Es un punto indiscutible que, cuanto más tiempo pasa una persona dentro de un establecimiento penal, más posibilidades tiene de ser cooptada por organizaciones criminales instaladas en cárceles, penitenciarías y presidios, ya sea para la práctica de actos fuera de la cárcel, el ingreso de objetos ilícitos (celulares, drogas, objetos puntiagudos) a las celdas o para el transporte de drogas hacia el interior de las cárceles (jugando un verdadero rol de mulas, tragándose las drogas o introduciéndolas en sus partes íntimas).

Esta última conducta también es practicada por los familiares de los adictos presos, quienes se ven obligados a realizar depósitos en efectivo con el fin de mantener la adicción de sus seres queridos dentro de la cárcel o para garantizar su integridad física y, en última instancia, su propia vida.

La doctrina extranjera²⁰ aborda el tema así:

De hecho, la cárcel produce, muchas veces, incluso por razones que lleva en su trágica historia, una violencia con el respaldo legal. El tratamiento con ella aplicado es de dudosa eficacia, pues la rehabilitación parece incompatible con el encarcelamiento [...] Los efectos secundarios o colaterales de la restricción de la libertad son muchas veces más graves que la propia pena, especialmente cuando se reflejan o se transfieren a terceros. Así, la estigmatización y el etiquetamiento de los ex-detenidos se vinculan a sus familiares, vecinos y compañeros de trabajo, trayendo graves consecuencias que nunca podrán ser reparadas.

Los familiares sufren directamente los efectos del encarcelamiento de sus seres queridos, especialmente durante las visitas.

La doctrina²¹ ya abordó el tema, describiendo así la situación:

Una escena común frente a las entradas de cada unidad penitenciaria es la interminable cola de familiares presos y presas para la visita

²⁰ GIACOIA, G., et.al., et.al., "La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas", Juruá Editora, Año 2012 pág. 76-77.

²¹ SOARES, B. M., et. al., "Prisioneiras: Vida e Violência Atrás das Grades", ed. Garamond, Año 2002, págs. 38-39.

semanal. Estas colas se forman sin importar el clima, bajo un sol abrasador o una lluvia una torrencial. Están compuestas, en su gran mayoría, de mujeres —madres, esposas, novias—, niños —hijos e hijas—, y parientes de los presos y presas. Lo que más llevan consigo, incluidos los niños, es comida, ropa, artículos de higiene personal, cigarrillos, diarios y revistas. En estas ocasiones se moviliza toda la seguridad de la unidad y se convoca a los agentes más especializados para la “revista” de los visitantes.

A las mujeres se les exigía que se desnudaran y se las registraba en sus partes íntimas en busca de drogas escondidas en la vagina. Se desembalaba toda la comida, se esparcía por el piso y se la pinchaba con instrumentos puntiagudos para comprobar que no había nada escondido dentro de los víveres y bolsas de víveres. Tras la inspección, la gente rehacía los bultos desarmados —con mucha dificultad y prisa, pues se estaba agotando el tiempo de visita—, y se dirigían al interior de las unidades.

Este es el cuadro general que se observa en las prisiones masculinas, en las que las mujeres constituyen la mayoría aplastante de los visitantes²².

Cuando traemos a colación el tema de las visitas en unidades femeninas, tenemos otro cuadro, totalmente distinto, que también aborda la doctrina²³.

No hay hombre que se someta a la vergüenza de la inspección íntima que vaya y mantenga la relación afectiva. Nuestra sociedad es simplemente (todavía) así: la mujer es fiel al hombre y él no es fiel a la mujer. Pronto se consigue otra afuera y deja de visitarla. Para usar el establecimiento, el compañero debe estar legalmente casado con la detenida o acreditar que tiene una relación sólida con ella, certificada por testigos o hijos en común. El que no pueda probar la unión estable se queda sin visita. Después debe ir al lugar y someterse a una revista minuciosa. Tiene que quitarse la ropa, agacharse y, a veces, abrir las piernas sobre un espejo para que vean que no hay drogas en su ori-

²² Sobre las visitas y las dificultades de ingreso a las cárceles, vale la pena leer el libro Reglas de Mandela, de la editorial D' Plácido.

²³ QUEIROZ, N. “Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras”, ed. Record, Año 2019, págs. 233-234.

ficie anal. La presa debe traer su propia ropa de cama. Los dos reciben preservativos y, cuando suben al lugar, todos saben lo que van a hacer. Algunas parejas se sienten incómodas por esto. A la vuelta, la presa tiene que traerse las sábanas y lavarlas ella misma. Algunos hombres —lo que es muy poco frecuente, pero los hay—, visitan fielmente a sus compañeras y pasan por esta rutina una vez al mes, que es lo máximo que se permite en el lugar. El número de presas que tienen esa suerte ronda el 2%.

Se puede ver a partir de las narraciones que la visita de las personas presas es un fenómeno complejo y difícil, además de que causa traumas de diversa naturaleza (psicológica, económica, social). Los familiares sufren los efectos del encarcelamiento de sus seres queridos, no solo desde el punto de vista de la privación de contacto. Muchas veces también se los considera sospechosos, delinquentes, sufren miradas sospechosas.

Volviendo a citar la doctrina²⁴, tenemos que:

Porque, y entrando ahora en esa segunda cuestión, las consecuencias que arroja el fenómeno del encarcelamiento masivo son de muy diversa índole, provocando más daño social difuso y extendido que el pretende contener...Por otro lado, los daños aludidos se proyectan también sobre otro grupo de afectados, especialmente sobre la familias y entornos sociales de las personas presas, no menos perjudicados que éstas en un sinnúmero de cuestiones esenciales de índole personal, afectivo, laboral, económica, asistencial. Y son especialmente las mujeres quienes padecen en sus vidas cotidianas las ausencias de maridos, hijos y padres en privación de libertad, daño cuyo examen requiere una especial perspectiva de género en su consideración.

Es innegable, por lo tanto, que los impactos del encarcelamiento sobrepasan a la persona del condenado, y que la cárcel debería reservarse para los crímenes más graves y para las personas que, efectivamente, necesiten aislamiento y prisión.

²⁴ BEIRAS, I. R., “Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel. (desde un garantismo radical)”, Tirant lo Blanch, Año 2017, pág. 54.

V. De las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constantemente, y desde hace algún tiempo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condena al país por violar los derechos de las personas privadas de libertad.

Todo este proceso comenzó en 2002 con la Penitenciaría Urso Branco, en el estado de Rondônia. Pasó por el complejo de Pedrinhas, en Maranhão, visitó el complejo de Curado, en Pernambuco, estuvo en Araraquara, en el estado de São Paulo, y también en el Instituto Plácido de Sá Carvalho, en Río de Janeiro.

La CIDH, en dos ocasiones, en las Resoluciones que involucran el Complejo Penitenciario de Curado, en Pernambuco, y el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, en Río de Janeiro, ya se expresó en el sentido de que:

La posición de garante del Estado, en lo que respecta a las personas privadas de libertad, en virtud de que las autoridades penitenciarias ejercen sobre ellas un control total, en cuyo caso las obligaciones generales adquieren un matiz particular que obliga al Estado a ofrecerles a los internos, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos a la vida y la integridad personal, condiciones mínimas compatibles con su dignidad, mientras permanezcan en los centros de detención²⁵.

Es decir, el Estado no cumple con sus obligaciones mínimas. En las condenas impuestas se observa la violación de varias Reglas de Mandela y de Bangkok, aplicables en el territorio nacional por ser Reglas contenidas en Tratados Internacionales de los cuales Brasil es signatario.

En todas se puede constatar la narrativa de un cuadro de hacinamiento, la carencia de elementos básicos de salud, higiene, vestuario, un número bajo de guardias penitenciarios, malos tratos y otros elementos que explican mucho de lo que leemos y vemos sobre el sistema penitenciario nacional.

²⁵ *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018- Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho* (s.d.). Sobre as mortes ocorridas no IPPSC (64). https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf & *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018- Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado* (s.d.). Plano de emergência de atenção médica (30). Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf]

Volviendo a citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las Resoluciones en las que condenó a Brasil, encontramos que:

Toda condena privativa de libertad y cualquier privación de libertad, por más que sea preventiva o cautelar, conlleva necesariamente una cuota de dolor o de aflicción inevitable. Sin embargo, este dolor o aflicción se reduce básicamente a las consecuencias inevitables de la restricción del movimiento de la persona, a la necesaria convivencia impuesta por una institución integral, y el respeto a las normas, indispensables para el mantenimiento del orden interno del establecimiento. Cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta el punto de dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la superpoblación y de sus efectos antes mencionados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación preventiva de libertad aumenta hasta el punto de convertirse en ilícita o antijurídica²⁶.

La Corte también expresa su preocupación por las condiciones materiales de detención del establecimiento, tales como la falta de colchones para todos los detenidos, uniformes, calzado, ropa de cama y toallas, así como de iluminación y ventilación adecuadas en las celdas²⁷.

En otras palabras, no disponen de un mínimo existencial para que la persona cumpla dignamente su condena. Tenemos verdaderos depósitos de personas, mazmorras medievales destinadas al cumplimiento de castigos, no al cumplimiento de condenas con posibilidades de rehabilitación.

Según la doctrina²⁸:

²⁶ *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018- Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado* (s.d.). As alternativas propostas em casos como o presente (94-95). Consultado em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf.]

²⁷ *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018- Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho* (s.d.). Sobre a infraestrutura (68). Consultado em [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf.]

²⁸ VASCONCELOS, K. N. “O cárcere: racionalismo da pena e adestramento do corpo na modernidade”, Juruá Editora, Año 2011.

Las prisiones, en lugar de corregir, están fabricando delincuentes... La cárcel solo cumple la función de segregación y exclusión social, no promueve la resocialización, favorece la reincidencia y puede que ni siquiera proteja a la sociedad.

Este encarcelamiento masivo genera, asimismo, violaciones de una serie de derechos de los sentenciados. Ante el reducido número de agentes penitenciarios, los presos no tienen acceso al estudio, al trabajo y al ocio dentro de las cárceles, viéndose también impedidos, no pocas veces, del acceso a la asistencia sanitaria y jurídica.

Además, se los mantiene mezclados en celdas superpobladas, en las que hay presos condenados y provisionales, condenados por delitos atroces y comunes, por crímenes violentos y sin violencia, en fin, sin ningún tipo de separación. De hecho, la única separación que existe, por ahora, es entre hombres y mujeres.

Todos estos hechos también fueron encontrados por Human Rights Watch²⁹, que describió las condiciones físicas de los establecimientos penitenciarios brasileños de la siguiente manera:

Los presos brasileños normalmente se ven obligados a permanecer en pésimas condiciones de vida en las prisiones, cárceles y comisarías del país. Debido al hacinamiento, muchos de ellos duermen en el piso de sus celdas, a veces en el baño, al lado del pozo de la cloaca. En los establecimientos más hacinados, donde no hay espacio libre ni siquiera en el suelo, los presos duermen atados a los barrotes de las celdas o colgados en hamacas. La mayoría de los establecimientos penitenciarios tienen una estructura física deteriorada, algunos de ellos bastante grave.

Vemos que, cuando tuvo lugar la inspección en Pedrinhas³⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que “*observa con especial preocupación la documentación que denuncia los pocos profesionales de la salud disponibles, las precarias condiciones de atención médica [...]*”.

²⁹ VASCONCELOS, K. N. “O cárcere: racionalismo da pena e adestramento do corpo na modernidade”, Juruá Editora, Año 2011.

³⁰ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de março de 2018 - Medidas Provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (s.d.). Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf].

Y ante la ausencia de médicos y, en consecuencia, de falta de atención médica, el interno tiene que ser retirado de la celda y llevado a una unidad de salud externa para ser atendido por un médico de la red pública de salud.

Este hecho fue constatado por Human Rights Watch³¹ y debidamente difundido:

Como parte de su objetivo de rehabilitación y resocialización, la Ley de Ejecución Penal (LEP) determina que los reclusos tengan acceso a varios tipos de asistencia, incluida la atención médica, el asesoramiento legal y los servicios sociales. En la práctica ninguno de estos beneficios se ofrece en la medida contemplada por la Ley, ni siquiera la atención médica, el más básico y necesario de los tres servicios, se ofrece en niveles mínimos a la mayoría de los presos.

Varias enfermedades contagiosas como la tuberculosis y el SIDA han alcanzado niveles epidémicos entre la población carcelaria brasileña. Al negarle a los reclusos un tratamiento adecuado, el sistema penitenciario no solo amenaza la vida de los presos, sino que también facilita la transmisión de estas enfermedades a la población en general a través de las visitas conyugales y la liberación de los presos.

Y este incumplimiento en cuanto a la falta de médicos contraviene la Ley de Ejecuciones Penales en su artículo 14 y la Resolución 14, de 1994, del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, en particular el Capítulo VII, artículos 15 a 20.

El tema de la atención médica también está previsto en las Reglas Mandela (Reglas 24 a 35) y Bangkok (Reglas 6 a 18), y su incumplimiento también es corriente.

Otro punto que tampoco se observa en los establecimientos penitenciarios brasileños es la separación entre los presos.

Como ya se puede ver en diversas rebeliones³² que se produjeron en territorio nacional, el motivo de varias de ellas es la lucha entre facciones rivales por

³¹ *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de março de 2018 - Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (s.d.)*. Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf]

³² <https://fatosdesconhecidos.ig.com.br/7-maiores-rebelioes-ja-ocorridos-em-presidios-brasileiros/>, consultado el 02/09/2020, entre las que destaco las de Alcaçuz/RN, el 25/01/2017; Amazonas en 2017 y 2019; Pedrinhas/MA, en 2016;

el dominio de la unidad penitenciaria y, en consecuencia, el control sobre los demás reclusos y el tráfico de estupefacientes, armas y celulares dentro de las unidades penitenciarias.

Este hecho ya fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución del 14 de marzo de 2018, involucrando al Complejo Penitenciario de Pedrinhas, en Maranhão, a saber:

En primer lugar, la Corte observa que los internos están distribuidos según su presunta pertenencia a una facción criminal y no según el delito cometido. Asimismo, observa, con base en la información presentada, que las personas detenidas provisionalmente no están separadas de las condenadas por algún crimen que están cumpliendo una pena privativa de libertad. Esta Corte ya se ha pronunciado anteriormente sobre la necesidad de la separación de las personas privadas de libertad. Estas dos situaciones generan graves consecuencias para los internos, ya que la separación que atiende a cierta afiliación criminal crea y fortalece una red de poder y, al mismo tiempo, contribuye con la captación de nuevos integrantes.

La organización Human Rights Watch³³ también constató este hecho, al mencionar que:

En Brasil, los reincidentes violentos y los reos primarios detenidos por delitos menores frecuentemente comparten la misma celda, situación esta que, combinada con las difíciles condiciones de las cárceles, la ausencia de supervisión efectiva, la abundancia de armas y la falta de actividad, resulta en situaciones de abuso entre los reclusos. En las prisiones más peligrosas los detenidos poderosos matan a otros reclusos impunemente, mientras que incluso en las prisiones de relativa seguridad, la extorsión y otras formas de violencia más livianas son comunes... Se separa a las mujeres presas de los hombres, a los menores se los suele mantener fuera de las prisiones para adultos, y los expolicías son recluidos en celdas separadas de los demás reclusos;

³³ <https://fatosdesconhecidos.ig.com.br/7-maiores-rebelioes-ja-ocorridos-em-presidios-brasileiros/>, consultado el 02/09/2020, entre las que destaco las de Alcaçuz/RN, el 25/01/2017; Amazonas en 2017 y 2019; Pedrinhas/MA, en 2016;

sin embargo, en la mayoría de las instituciones penitenciarias, poco más se hace para separar las diferentes categorías de presos. Sobre todo, se hace poco esfuerzo por separar a los presos potencialmente peligrosos de sus compañeros más vulnerables.

La ausencia de separación y el dominio de las unidades penitenciarias por facciones pueden generar, como ya reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴, el pago de esta deuda de drogas a través de relaciones sexuales entre los familiares del “deudor” con el “acreedor”, o incluso la asunción de objetos ilícitos por parte del deudor durante una inspección.

Aquí también tenemos una violación flagrante de las Reglas Mandela, en particular, la Regla 11.

Mucho se ha dicho en este artículo sobre el sistema penitenciario, en particular, sobre los problemas que enfrenta día a día, algunos de los cuales solo el Poder Ejecutivo puede resolver, otros que pueden ser solucionados por el Poder Judicial.

En ese sentido, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 2018, que trata sobre el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, afirmó que:

Todos los órganos de un Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos los jueces, están vinculados a la Convención y obligados a velar por el cumplimiento de sus disposiciones, así como por el cumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte.

El Poder Judicial no ha rehuído esta obligación, tema que abordaremos a continuación.

³⁴ *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018- Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado* (s.d.). Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf].

VI. Respuesta judicial a las violaciones de las Reglas de Mandela

La respuesta más contundente del Poder Judicial brasileño, a través de su más alta Corte, fue a través del juicio de la Acción por Incumplimiento del Precepto Fundamental 347, cuyo resumen se transcribe a continuación.

CUSTODIADO - INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL - SISTEMA PENITENCIARIO - ARGUMENTO DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL - ADECUACIÓN. Cabe la alegación de incumplimiento del precepto fundamental, considerando la situación degradante de las penitenciarías en Brasil. SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL - HACINAMIENTO PENITENCIARIO - CONDICIONES INHUMANAS DE CUSTODIA - VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES - FALLAS ESTRUCTURALES - ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURACIÓN. Cuadro presente de violación masiva y persistente de los derechos fundamentales, producto de fallas estructurales y de políticas públicas y cuya modificación depende de medidas abarcadoras de naturaleza normativa, administrativa y presupuestaria, el sistema penitenciario nacional debe ser caracterizado como un “estado de cosas inconstitucional”. FONDO PENITENCIARIO NACIONAL - FONDOS - CONTINGENCIA. Ante la precaria situación de los centros penitenciarios, el interés público orienta la liberación de fondos del Fondo Nacional Penitenciario. AUDIENCIA DE CUSTODIA - CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO. Los jueces y tribunales están obligados, de conformidad con los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, a celebrar audiencias de custodia en un plazo de hasta noventa días, posibilitando la comparecencia del preso ante la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas desde el momento de la detención³⁵.

³⁵ *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, 9 de setembro de 2015 (Brasil). Consultado em [<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>].

De este juicio se extraen relatos alarmantes sobre las condiciones de cumplimiento de las condenas en Brasil.

Las cárceles y comisarías no ofrecen, además del espacio, condiciones mínimas de salubridad. Según informes del Consejo Nacional de Justicia – CNJ, las cárceles no cuentan con instalaciones adecuadas para la existencia humana. Precarias estructuras hidráulicas, sanitarias, eléctricas y celdas inmundas, sin iluminación ni ventilación, representan un constante peligro y riesgo para la salud, ante la exposición a agentes causantes de diversas infecciones. Las áreas para bañarse y tomar el sol comparten el espacio con alcantarillas abiertas, en las que fluyen la orina y las heces. Los reclusos no tienen acceso al agua, para bañarse e hidratarse, ni a alimentos de mínima calidad que, muchas veces, les llegan agrios o podridos. En algunos casos comen con la mano o en bolsas de plástico. Tampoco reciben material básico de higiene, como papel higiénico, cepillo de dientes ni, para las mujeres, toallas higiénicas... Frente a estos relatos, la conclusión debe ser única: en el sistema penitenciario brasileño hay una violación general de los derechos fundamentales de los reclusos en lo que respecta a la dignidad, la higiene física y la integridad psíquica. El hacinamiento carcelario y la precariedad de las instalaciones en las comisarías y cárceles, más que el incumplimiento por parte del Estado del ordenamiento jurídico correspondiente, constituyen un trato degradante, ultrajante e indigno para las personas que se encuentran bajo custodia. Las penas privativas de libertad aplicadas en nuestras cárceles se vuelven crueles e inhumanas. Los reclusos se convierten en ‘basura digna del peor trato posible’, negándoseles todo derecho a una existencia mínimamente segura y salubre”.

Lo más grave, a mi juicio, de esta decisión del Supremo Tribunal Federal, además de que reconoce la calamidad del sistema penitenciario, es su flagrante incumplimiento pues, como se mencionó anteriormente, en 2018, en dos ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había determinado la adopción de medidas que ya habían sido determinadas por el Supremo Tribunal Federal.

A esta decisión del Supremo se le suma la CPI del Sistema Carcelario, finalizada en julio de 2015, que señaló prácticamente los mismos problemas denunciados en la ADPF 347 y, luego de 3 años, en las Resoluciones de la Corte Interamericana.

Y el ministro relator destaca, en su voto, que:

La responsabilidad por la etapa a la que hemos llegado, como argumentó el requirente, no puede atribuirse a un solo y exclusivo Poder, sino a los tres —el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial— y no solo a los del Gobierno Federal, sino también a los de los estados y del Distrito Federal. Hay, en efecto, problemas tanto en la formulación e implementación de políticas públicas, como en la interpretación y aplicación del derecho penal... Si bien muchos de los derechos vulnerados están garantizados en la Ley n° 7.210/84 —Ley de Ejecución Penal (LEP)— y en la Ley Complementaria n° 79/94 —Ley del Fondo Penitenciario Nacional—, se observa una reiterada y persistente omisión por parte de los poderes públicos en el cumplimiento de las obligaciones establecidas a favor de los presos. Se comprueba que existe una situación de fracaso de las políticas legislativas, administrativas y presupuestarias. [...] Podemos citar, por ejemplo, el hecho de que, aun cuando se haya instalado en la Cámara de Diputados la referida Comisión Parlamentaria de Investigación, se hayan constatado las inconstitucionalidades derivadas del sistema penitenciario y se haya notificado a varias autoridades al respecto, no se realizaron gestiones ni se hicieron propuestas para modificarlo.

Vemos la responsabilidad del Poder Judicial por la demora en el juicio de los procesos, el uso abusivo de las prisiones cautelares y la falta de otorgamiento de los beneficios previstos en la LEP en tiempo y forma.

Además de este juicio, que reconoció el Estado de Cosas Inconstitucionales del Sistema Carcelario Brasileño, el Supremo Tribunal Federal dictó otras sentencias relacionadas con el encarcelamiento³⁶ y sus precarias condiciones, que

³⁶ En este sentido, se recoge la edición del Precedente Vinculante 56, así resumido: La falta de establecimiento penal adecuado no autoriza el mantenimiento del condenado en un régimen penitenciario más severo, debiendo en este caso observarse los parámetros establecidos en la RE 641.320/RS. Además de este juicio, existe el HC Colectivo 143.641. Consultado en:

también ganaron protagonismo en los medios sin que, no obstante, solucionara efectivamente el problema.

Asimismo, se tomaron otras manifestaciones, específicamente con respecto al público femenino, como la sentencia de Habeas Corpus 143.641, también del Supremo Tribunal Federal.

Llaman la atención algunos extractos del mencionado juicio, por lo que hago los apuntes a continuación.

HABEAS CORPUS COLECTIVO. MADRES Y GESTANTES PRESAS. RELACIONES SOCIALES MASIFICADAS Y BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIALES VULNERABLES. ACCESO A LA JUSTICIA. FACILITACIÓN. MUJERES EMBARAZADAS O CON HIJOS BAJO SU GUARDIA. PRISIONES PREVENTIVAS CUMPLIDAS EN CONDICIONES DEGRADANTES. INADMISIBILIDAD. PRIVACIÓN DE ATENCIÓN MÉDICA PRENATAL Y DE POSPARTO. FALTA DE GUARDERÍAS. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA CARCELARIO BRASILEÑO. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DEL ENCARCELAMIENTO. NECESIDAD DE SUPERACIÓN. DETENCIONES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZONABLE. INCAPACIDAD DEL ESTADO DE ASEGURAR DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS ENCARCELADAS. OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO Y DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. REGLAS DE BANGKOK. ESTATUTO DE LA PRIMERA INFANCIA. APLICACIÓN A LA ESPECIE. ORDEN CONCEDIDA. EXTENSIÓN DE OFICIO. [...] **VII - Comprobación en los autos de la existencia de una situación estructural en la que las mujeres embarazadas y madres de niños** (entendido aquí el vocablo en su sentido legal como la persona de hasta doce años de edad incompletos, en los términos del art. 2º

[<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>]. Y el problema se agrava a tal punto que ya hay hacinamiento en las unidades de detención de menores infractores, obligando al STF a decidir limitar el aforo al inicialmente proyectado, según el juicio del HC Colectivo 143.98. Consultado en: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>].

del Estatuto del Niño y del Adolescente - ECA) **se encuentran, de hecho, cumpliendo prisión preventiva en una situación degradante, privadas de atención médica prenatal y posparto, sin contar, además, con guarderías para sus hijos.** VIII – “**Cultura del encarcelamiento**” que se evidencia en la imposición exagerada e irrazonable de prisiones provisionales a mujeres pobres y vulnerables, como resultado de excesos en la interpretación y aplicación de la ley penal, así como de la ley procesal penal, incluso frente a la existencia de otras soluciones, de carácter humanitario, amparadas en el ordenamiento jurídico vigente. IX – Marco fáctico particularmente inquietante revelado por la incapacidad del Estado brasileño de garantizar cuidados mínimos relacionados con la maternidad, incluso con mujeres que no están en situación de encarcelamiento, como lo demuestra el “caso Alyne Pimentel”, juzgado por el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. X – Tanto el Objetivo de Desarrollo del Milenio nº 5 (mejorar la salud materna), como el Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 5 (alcanzar la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas), ambos de la Organización de las Naciones Unidas, al proteger la salud reproductiva de las personas del género femenino, corroboran el pleito formulado en la petición. X - **Incidencia de amplia reglamentación internacional relativa a Derechos Humanos, en particular las Reglas de Bangkok, según las cuales se debe priorizar una solución judicial que facilite el uso de alternativas penales al encarcelamiento, especialmente para las hipótesis en las que aún no haya decisión condenatoria en rango de sentencia firme.** XI – Cuidados de la mujer presa que se dirigen no solo a ella, sino también a sus hijos, quienes sufren injustamente las consecuencias de la prisión, en flagrante contravención del art. 227 de la Constitución, cuyo contenido determina que se dé prioridad absoluta a la realización de los derechos de estos. XII – Cuadro descrito en los autos que exige el estricto cumplimiento del Estatuto de la Primera Infancia, en particular la nueva redacción dada por este al art. 318, IV y V, del Código de Proceso Penal. XIII – Recep-

ción del recurso que se impone para superar tanto la arbitrariedad judicial como la exclusión sistemática de derechos de grupos desfavorecidos, típica de sistemas jurídicos que no disponen de soluciones colectivas para problemas estructurales. **XIV - Orden concedida para determinar el reemplazo de la prisión preventiva por el arresto domiciliario - sin perjuicio de la aplicación concomitante de las medidas alternativas previstas en el art. 319 del CPP - de todas las mujeres presas, púérperas o madres de niños y discapacitados [...]** XV - Extensión de la orden oficial a todas las demás mujeres presas, gestantes, púérperas o madres de niños y de personas con discapacidad, así como a las adolescentes sujetas a medidas socioeducativas en idéntica situación en el territorio nacional, observadas las restricciones anteriores³⁷.

Cabe señalar que se hace mención expresa al ADPF 347, así como a las Reglas de Bangkok, indicativos de que el marco declarado en 2016 se mantuvo sin cambios hasta el juicio de este proceso.

En 2021, otro juicio emblemático del STF, esta vez en la ADPF 779, juzgada por el Plenario el 15/03/2021, que prohibió el uso de la tesis de legítima defensa del honor en el delito de femicidio, por perpetuar la cultura de violencia contra la mujer y violar los principios de igualdad de género y dignidad de la persona humana.

El STF también juzgó la ADI 6138/DF el 21/03/2022 y reconoció la constitucionalidad de la determinación del alejamiento del agresor de la casa común de la pareja por la autoridad policial.

Finalmente, existe el amparo otorgado por el Ministro Roberto Barroso, en la ADPF 527/DF, que garantiza el derecho de las mujeres transexuales y travestis a cumplir sus penas en condiciones compatibles con su identidad de género.

El Supremo Tribunal Federal llamado a decidir sobre cuestiones sensibles no ha esquivado su obligación. Sin embargo, y lamentablemente, sus decisiones han sido sistemáticamente incumplidas por las instancias ordinarias de jurisdicción.

³⁷ *Habeas Corpus* 143.641-SP, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, 20 de fevereiro de 2018 (Brasil). Consultado en: [<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>].

VI. Conclusión

Queda mucho por hacer, de eso no hay dudas. Los actores involucrados en el proceso son de lo más variado y tienen intereses igualmente distintos.

Como bien ha manifestado el Ministro Marco Aurélio, durante el juicio de la ADPF 347:

No hay tema ‘campeón de audiencia’ que sea del agrado de la opinión pública. Por el contrario, se trata de una agenda impopular, que involucra los derechos de un grupo de personas no solo estigmatizadas, sino cuya dignidad humana es considerada por muchos como perdida ante el cometimiento de crímenes.

El tema, de hecho, solo ocupa las páginas de las noticias cuando hay motines, ataques a la sociedad y a las fuerzas de seguridad, muertes y masacres en el interior de las cárceles. Las violaciones de derechos se producen todos los días y, muchas veces, son solemnemente ignoradas por quienes tienen la obligación de resolverlas.

Los efectos en la sociedad de este cuadro actual del sistema penitenciario son malos. Este hecho ya fue constatado por la Corte Interamericana en la Resolución del 28 de noviembre de 2018, que involucra el Complejo de Curado, en Pernambuco, según considerando 131, verbis:

Las desviaciones de conducta provocadas por las degradantes condiciones de ejecución de las privaciones de libertad ponen en riesgo los derechos y los bienes jurídicos del resto de la población, porque generan, en alguna medida, un efecto reproductivo de la criminalidad [...].

No se trata de abogar por que las prisiones tengan instalaciones lujosas ni de que haya privilegios. Lo que se espera es el mínimo de dignidad en el cumplimiento de las penas impuestas por el propio Estado.

Mostrar a los condenados a prisión como culpables que merecen castigo alimenta el espíritu de venganza contra ellos. Algunas personas

hablan de la prisión como si fuera un hotel de cuatro estrellas, presentando al preso como una especie de veraneante a expensas del Estado. De ahí surgen las protestas de quienes alzan la voz cuando se propone mejorar las condiciones carcelarias: ¡que los presos paguen por sus errores! ¡Ningún consuelo se puede dar a estos fuera de la ley mientras tanta gente honesta vive miserablemente!... El que ha sido atrapado por el sistema es culpable por el resto de su vida. ¿Es esta nuestra justicia, un mecanismo de exclusión definitiva?³⁸

La situación está planteada para el Estado brasileño.

Altos índices de reincidencia, cárceles superpobladas, creciente presencia de organizaciones criminales dentro de las unidades penitenciarias, bajo número de policías criminales, resocialización ineficaz (por no decir inexistente).

Con respecto a las mujeres, no existe un tratamiento específico vinculado a las especificidades de género, no se respeta la relación madre-hijos dentro ni fuera de la prisión.

Las mujeres tienen especificidades y, por más molesto que sea decirlo, las prisioneras no pierden su característica de mujeres, madres e hijas.

Cito la doctrina de Mayer³⁹ sobre el tema:

Los detenidos no son mis amigos, ¿pero tienen que ser mis amigos para que se les reconozca cada uno de sus derechos? El derecho no se da por compasión, sino porque es un derecho. No necesita ninguna explicación. Es porque decidimos vivir en sociedad, reconociendo a cada uno los mismos derechos, que esta exigencia moral se convierte en una exigencia social, jurídica.

El Estado ya no puede ignorar esta situación, bajo pena de favorecer el crecimiento de las organizaciones criminales, fomentar la reincidencia, que se haga cargo en el ámbito externo e interno y, además, no rehabilitar a las personas que fueron llevadas al mundo del crimen.

³⁸ HULSMAN L., et. al., “*Penas Perdidas: O sistema penal em questão*” (M. L. Karam, Trad.) en *Coleção Percursos Criminológicos*, Editora D’Plácido. Año 2020, vol. 5.

³⁹ MAYER, et. al., “*Mulheres privadas da liberdade: vulnerabilidades, desigualdades, disparidades socioeducacionais e suas interseções de gênero e pobreza*”, Paco Editorial, Año 2016, 1° ed., págs. 146-147.

Termino este artículo con la siguiente cita de un doctrinador extranjero⁴⁰:

En solo una palabra compuesta, ver su imagen, en el interior de la cárcel, no como un objeto, más como sujeto de derecho.

Muchas gracias.

⁴⁰ GIACOIA, G., et. al., “*La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*”, Juruá Editora, Año 2012, págs. 107

REGLA 4 La prisión perpetua argentina en perspectiva con las Reglas Mandela

MARÍA GABRIELA CAPUTO*

I. Introducción

Con este trabajo pretendo analizar si la exclusión social de un condenado a cadena perpetua, tras un encierro mínimo real de 35 años, como uno de los requisitos para obtener la liberación condicionada, inscribe a la Regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (conocidas como Reglas Mandela) —como cuerpo de *recomendaciones* actualizadas y revisadas del documento antecesor sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, elaborado por la Organización de las Naciones Unidas en 1955—, en cuanto dispone que los objetivos de las penas privativas de libertad son principalmente **proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia**, reclamando al Estado de Derecho el aprovechamiento de ese período de privación de libertad para lograr **la reinserción de los exreclusos en la sociedad**.

Para ello, comenzaré analizando brevemente, las distintas teorías que han tratado de brindar una respuesta al ¿por qué castigar? bajo el título “Fines de la pena”. Y luego de plantear si, a la luz de los principios constitucionales y de las Reglas de Mandela, nuestra normativa doméstica y la jurisprudencia nacional se corresponden con el objetivo resocializador en los condenados a prisión perpetua, haciendo además una sucinta reseña de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como legislación comparada al respecto.

**Abogada Universidad Kennedy, Secretaria Ad - Hoc del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2 CABA, Posgrado en Sistema Judicial, Análisis, Observación y Práctica en Stetson University, Tampa, Florida, EE. UU. (año 2009), Posgrado en la Universitat Abat Oliva Ceu, Barcelona, España (año 2010) y Especialización en Derecho Penal en la Universidad Católica Argentina (año 2022).*

II. Fines de la pena

Como proemio, y previo a adentrarme en la cuestión sobre la dicotomía que se presenta entre la condena a prisión perpetua y el fin preventivo especial de la pena dentro de un régimen progresivo penal como el nuestro, en perspectiva con los lineamientos constitucionales vigentes y las Reglas de Mandela, corresponde considerar qué se pretende conseguir con la aplicación de una pena en el caso concreto.

Y en ese sentido, he de sostener que un Estado de Derecho no puede justificar la pena solo ante la presencia de un ilícito culpable, es decir, solo en el principio de *nulla poena sine culpa*, sino que se requiere de un requisito adicional, como lo es la existencia de un fin superador que autorice la injerencia estatal en pos del compromiso social.

Sin embargo, esta cuestión no fue siempre considerada en las teorías que se suscitaron en torno a los fines de la pena y que son ya bastante conocidas. Por ello, brevemente y a modo de síntesis, mencionaré que existen, doctrinariamente, las teorías denominadas “retribucionistas” que, al imponer la pena, no persiguen ningún fin socialmente útil, sino que, mediante la imposición de un mal merecido al condenado, se retribuye, se equilibra y se expía la culpabilidad. Y las teorías *utilitaristas*, ya sean de “prevención especial”, que se orientan a hacer desistir al autor de futuros delitos; o las de la “prevención general” que, mediante la imposición de una pena concreta, envían un mensaje al autor para que se redima mientras que emiten un segundo mensaje dirigido a la sociedad de reafirmación de la norma jurídica quebrantada. Y, por último, las “unificadoras”, “integradoras” o “mixtas”, que intentan conciliar todos o algunos de los aspectos comprendidos en las teorías antes expuestas según una adecuada jerarquía normativa. Esta teoría intenta quebrar el dilema de los fines antitéticos de la pena mediante su distribución, diferenciando etapas de la penalización: prevención general en la amenaza de la pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución de la condena.

En esta pretensión de conjunción de finalidades no puede dejar de citarse la opinión de Roxin quien, más allá de analizar las distintas doctrinas relacionadas con la fundamentación de la pena esbozadas precedentemente —y atento la expresa mención que hace en el texto de la Constitución alemana—, concluye que “la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su mag-

nitudo por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales”¹.

Puedo colegir entonces con lo expuesto que, en todo caso, existen dos momentos: el del juicio de imposición de la pena como “retribución y prevención simbólica”, desalentadora de conductas delictivas a la población en general: quien infringe una norma penal, recibe una sanción proporcional a su culpabilidad. Y, un segundo momento, el de la ejecución, en la que esta se regirá indudablemente por el principio de resocialización del delincuente en busca de que la persona sentenciada a cumplir pena de prisión, una vez liberada, ya no vuelva a delinquir.

III. El fin resocializador a la luz de los principios constitucionales y de las Reglas de Mandela

El artículo 18 de la Constitución Nacional (CN) indica que: “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda otra medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Dicha fórmula hoy se encuentra mejor precisada por los distintos Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más precisamente, por la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), a cuyas cláusulas nuestro país se encuentra sujeto (art. 75 inc. 22 C.N.).

Así el art. 5.2 de la CADH prohíbe la imposición de “penas... crueles, inhumanas o degradantes” y, en su inciso 6, dispone que: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”, mientras que el art. 5.6 dispone que: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En el mismo sentido, el PIDCyP en su art. 7, además de proscribir la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes al igual que la norma expuesta anteriormente en su art. 10 inciso 3, establece expresamente que: “El régimen

¹ ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito”, Año 1997, Tomo I, pág. 103 apartado d.

penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...” mientras que en el art. 14 inciso 4 nuevamente, y en relación a los menores, dispone que cualquier medida deberá tender a *“estimular su readaptación social”*.

Y en la misma línea de las normativas citadas se erigen también las Reglas Mandela, que hoy se encuentran consolidadas en nuestro país como modelos para evaluar normas y prácticas penitenciarias. Así, dentro del acápite *“I. REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL”*, en la primera parte de su Regla 1 explica sobre el trato que debe dispensársele a los detenidos, al indicar que: *“Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario”*.

En lo atinente al fin de la pena y, tal como lo esboqué en la introducción al presente análisis, dichas recomendaciones, en su Regla 4, exponen que: *“1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”*.

Además, en cuanto a la inserción o reinserción al medio libre de un condenado a prisión, expresamente manifiesta en su Regla 87 que: *“Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.”* Y,

en ese sentido en su *Regla 88.1* ratifica dicho objeto al mencionar que: “*En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad*”.

Así también, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (conocidas como Reglas de Tokio) recomiendan que, con posterioridad a la condena, se deberán considerar “*una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social. 9.2 Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes: a) Permisos y centros de transición; b) Liberación con fines laborales o educativos; c) Distintas formas de libertad condicional; d) La remisión...*9.4 *Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad*”.

Si bien estos dos últimos instrumentos internacionales no ostentan la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad, no puede obviarse que, según nuestro Máximo Tribunal, se han erigido por vía del artículo 18 de la CN como estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad (Fallos: 328:1146).

También los postulados del sistema internacional de derechos humanos a los que vengo refiriéndome fueron receptados por el legislador, al dictar la ley 24.660, en donde instituyó que: “*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto*” (artículo 1).

Dicha ley también establece en su artículo 5 que: “*el tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo*” y en su artículo 6 prevé que “*el régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas,*

semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina". Además de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que *"no hay dudas para el Tribunal de que los propósitos de 'readaptación' son de la mayor importancia para el Estado, y que constituyen una de las principales finalidades que el legislador ha depositado en las instituciones carcelarias (Ley Penitenciaria Nacional citada, art. 1; Servicio Penitenciario Federal —arts. 3 y 5, inc. c— según ley 20.416; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.6: 'las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados'; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3: 'el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados')*"².

En conclusión, la finalidad de reinserción social de la pena como derecho humano tiene previsión constitucional y deriva del principio de dignidad humana que consagra la máxima kantiana que ve al hombre como un fin en sí mismo, sin que pueda ser utilizado como medio para lograr una meta ulterior. Ello así toda vez que: *"la finalidad de reinserción social contenida en los pactos internacionales de derechos humanos, no puede ser incompatible con la dignidad humana, los derechos que son inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que, en una sociedad pluralista, la resocialización, como fin de la ejecución penal, no puede destinarse a obtener un cambio en el individuo, en su personalidad, convicciones o actitud intelectual (Muñoz Conde, García Aran, p.489), sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado ("derecho", por lo tanto, de las personas privadas de su libertad) de proporcionar al condenado, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad"*³.

Los antecedentes normativos citados exhiben que tanto el ordenamiento jurídico nacional como el internacional imponen una finalidad de reinserción social de la pena. Dicho propósito se expresa en la práctica, en la adopción de un sistema progresivo en función del cual el penado ingresa a un régimen cerrado de privación de la libertad y va avanzando paulatinamente, en razón de su esfuerzo individual y voluntario, hacia regímenes abiertos. Tal tratamiento se basa en la autodisciplina e, innegablemente, los institutos de libertad anticipada (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida)

² Cfr. Fallos: 318:1894, el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano.

³ ALDERETE LOBO, Rubén, *"La libertad Condicional"*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2016, pág. 177.

cumplen una función primordial e insustituible en la preparación del detenido para su regreso al medio libre.

Es decir, de lo reseñado se condice que el fin resocializador implica que, en algún momento determinado del cumplimiento de una pena privativa de la libertad, se debe tener la posibilidad cierta y material de recuperar su libertad y reinsertarse en la sociedad. Una pena que impida el regreso de un condenado a pena privativa de la libertad, al medio social que niega dicha posibilidad.

Y en ese sentido, ¿la pena perpetua en nuestra legislación doméstica presupone dicha posibilidad real de progresividad conforme las normas internacionales analizadas o, más bien, invoca de forma subrepticia una certera segregación social?

IV. Las penas perpetuas a la luz de la legislación nacional

Si se observan las respuestas penales de prisión contenidas en nuestra legislación doméstica —temporalmente o limitadas o indeterminadas—, se advierte que, desde la redacción original del Código Penal (CP), las penas perpetuas tienen vencimientos supeditados a condiciones fijas y exigencias que obedecen a valoraciones subjetivas, siendo estas últimas las que las tornan imprecisas en su duración.

También corresponde incluir en este grupo punitivo incierto a la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del CP, el caso de los reincidentes sin posibilidad de acceso al régimen de libertad condicional (art. 14 del CP), o aquellos casos contemplados en el art. 17 del CP.

Es decir que las penas perpetuas *de iure* poseen un vencimiento que va a depender de eventuales condiciones que, incluso *de facto*, pueden no acontecer. Estas condiciones que, cuando no suceden las “penas perpetuas”, continúan siendo temporalmente indeterminadas.

Ya la redacción original del art. 13 del Código Penal establecía que:

“El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena...observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento, bajo las siguientes condiciones:

- 1°. Residir en el lugar que determine el auto de soltura.
 - 2°. Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas.
 - 3°. Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.
 - 4°. No cometer nuevos delitos.
 - 5°. Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.
- Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar del día de la libertad condicional”.

Se advierte entonces que en el Código Penal de 1921 se fijaba un límite de mínima de la duración de la pena perpetua en 25 años.

Por su parte, y a diferencia de la pena perpetua, la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP, en su redacción original de 1921, no contempló posibilidad alguna de potencial conclusión.

Dicho artículo exponía:

“La reclusión en un paraje de los territorios del sud será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren las siguientes circunstancias:

- 1.º Dos condenas a reclusión o a una reclusión y otra a prisión por más de tres años;
- 2.º Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos;
- 3.º Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años;
- 4.º Cinco condenas a prisión de tres años o menores.

Se aplicará la relegación como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuvieren fijada pena mayor de tres años de prisión”.

En el sentido de la perpetuidad material e irrevocable de la misma se expedía también la jurisprudencia. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó en repetidas oportunidades la aplicación del art. 13 del CP en los casos de reclusión por tiempo indeterminado sobre la base de que la libertad condicional: “[...] sólo se refiere a las penas de reclusión y prisión temporaria y perpetua, únicas privativas de la libertad cuyo régimen se reglamenta en el título II del Libro I, que no alude en forma alguna ni a las medidas de seguridad del art. 52 ni a ninguna otra sanción de análoga naturaleza”⁴.

En el año 1984 se sancionó la ley 23 057, que entre otras reformas a las que me referiré más adelante, modificó el Título VIII del CP y, en lo que aquí interesa, en el artículo 53 del CP incluyó la libertad condicional para los condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado, más allá de que también atemperó el art. 52 del mismo cuerpo normativo, introduciendo una expectativa de vencimiento de esta pena indefinida, a partir de un período de liberación. Ambos artículos, que hoy rigen en la actualidad, quedaron redactados de la siguiente manera:

“Artículo 52. – Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad siendo una de ellas mayor de tres años.

2. Cinco penas privativas de libertad de tres años o menores.

Los tribunales podrán por una única vez dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26”.

“Artículo 53. – En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido

⁴ C.C.C. causa “Buceta, Celso”, rta. 13/5/1941, J.A., t. 74, p. 693. Similar criterio se sostuvo en la causa “Céliz, Alberto Miguel” J.A., t. 71, p. 79.

buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del Patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional”.

Es decir, se crea un mecanismo de soltura en la modalidad de libertad condicional, pero que se diferencia del art. 13 del CP en cuanto a los requisitos que el condenado debe alcanzar para obtenerla y en la forma en que se logra así su extinción.

Las condiciones de procedencia de esta liberación son:

- a) trascurso de un tiempo mínimo luego del cumplimiento de la reclusión accesoria —cinco años—;
- b) observancia de buena conducta;
- c) demostración de aptitud y hábito para el trabajo; y
- d) ausencia de peligro para la sociedad.

Sin perjuicio del *nomen iuris* “libertad condicional” que comparten tanto el art. 13 del CP como el art. 52 del CP, lo cierto es que, mientras en el primer caso se requiere un informe favorable del organismo técnico criminológico sobre la reinserción social; en el segundo caso, para su acceso, se suman exigencias y valoraciones muy diferentes, fundamentalmente, la necesidad de corroborar la ausencia de “peligro para la sociedad”.

Sin perjuicio de ello, existe una discordancia central en cuanto a la forma de agotamiento de las penas limitadas, perpetuas y reclusión por tiempo inde-

terminado como accesoria de la última condena. Para este último caso, según el art. 53 del CP, la persona condenada puede solicitar su libertad definitiva:

- luego de cinco años de obtenida su libertad condicional,
- se designa a la autoridad judicial para resolver sobre esta solicitud, la que debe decidir según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del organismo de supervisión.

Mientras que, para el vencimiento de las penas perpetuas, conforme el art. 13 del CP, resulta necesario que el condenado agote sus diez años de libertad condicional sin haber transgredido las reglas de conducta impuestas judicialmente.

Es decir, la forma de extinción de la reclusión por tiempo indeterminado constituye una diferencia sustancial respecto del régimen de libertad condicional del art. 13 del CP en donde, para que la pena accesoria se extinga, se requiere una declaración judicial que así lo determine.

Ahora bien, si tomamos como referencia la fecha cierta de obtención de la libertad condicional para fijar el vencimiento de una pena perpetua, como correlato contrario corresponde destacar la existencia entonces de penas perpetuas que no sólo son indeterminadas *ab initio* sino que son indeterminables, a través de disposiciones negativas como la contenida en el art. 14 del CP que prohíbe la obtención de la libertad condicional a quienes fueron declarados reincidentes.

En otras palabras, las personas condenadas a pena perpetua que, además, tengan la condición de reincidentes, no tienen previsto un vencimiento de pena determinable o determinado, sino que su fin puede inferirse, para alguna doctrina, de la disposición máxima de prisión del art. 55 del CP, es decir, a los cincuenta años.

Estos casos de personas reincidentes condenadas a pena perpetua constituyen, en Argentina, lo que comúnmente se denomina prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, es decir, una pena que solo se agota con la muerte de la persona sentenciada.

Sin perjuicio de ello, y lejos de crear políticas penales superadoras, la sucesión normativa de nuestro país nos muestra como el relativamente acotado conjunto de delitos reprimidos con penas perpetuas de 1921 se incrementó en forma sustancial a lo largo de los años.

Así, la ya referida ley 23.097, sumó el delito de tortura seguida de muerte (art. 144 *ter*, inciso 2, primera parte del CP) dentro del catálogo de conductas reprimidas con pena de reclusión o prisión perpetua.

Lo mismo ocurrió en el año 2002, en el que la sanción de la ley 25.601 incorporó el inciso 8 del artículo 80 del CP imponiendo la prisión o reclusión perpetua a los homicidios “*cuando la víctima sea un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición*”.

Luego, en el año 2003, la ley 25.816 incorporó otro inciso al artículo 80 del CP y contempló esta clase de pena indeterminada en los casos en que el homicidio fuese perpetrado por un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, en abuso de su función o cargo (inciso 9). En ese mismo año, a través de la ley 25.742 se agregaron a este listado los delitos tipificados en los artículos 142 bis del CP (secuestro coactivo) y 170 del CP (secuestro extorsivo) cuando, en ambos casos, se cause intencionalmente la muerte de la persona.

Un año después, en el 2004, se sancionó la ley 25.893, por la que se reprimen con reclusión o prisión perpetua los casos de abuso sexual contenidos en los artículos 119 y 120 del CP, cuando resultare la muerte de la víctima (artículo 124 de CP). En el año 2008, mediante ley 26.394, se incorporó al art. 80 del CP, el inciso 10 que creó un nuevo supuesto de homicidio agravado cuando este “*se cometiere contra un superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas*”.

En 2011, la ley 26.679 incorporó el artículo 142 *ter* al CP, que sanciona con reclusión o prisión perpetua la desaparición forzada de personas, si resultara la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada menor de 18 años, mayor de 70 años, o con alguna discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre.

Finalmente, en 2012, la ley 26.791 introdujo figuras específicas de homicidios agravados, sustituyó los incisos 1 y 4 e incorporó los incisos 11 y 12, y reemplazó el artículo 80 del CP *in fine*.

En esta misma línea de ampliación de figuras delictivas reprimidas con penas perpetuas, se agregan dos leyes que resultan determinantes para la descripción de la política criminal a la que viene abonando nuestro país.

En el año 2004, y por ley 25.892, se efectuaron dos modificaciones de relevancia al régimen de libertad condicional. Por un lado, se aumentó a treinta y cinco años el plazo para solicitarla en los casos de penas perpetuas y a diez el tiempo de libertad a observar para que se produzca el agotamiento de la sanción (art. 13 CP). Por otro lado, se modificó el artículo 14 del CP y se agregó como supuestos excluidos de la posibilidad de acceder a la libertad condicional a las

personas condenadas “*en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo*”.

Es decir, a excepción del homicidio en ocasión de robo del artículo 165 CP, todas las restantes figuras delictivas incluidas en el art. 80 del CP en la actualidad se encuentran reprimidas con reclusión o prisión perpetua.

Finalmente, la ley 27.375 sancionada en el año 2017, endureció más aún el cuadro actual, agregando como delitos excluidos de la libertad condicional a todos los homicidios calificados previstos en el artículo 80 del CP.

De todos ellos y gracias a dicha ley, que además modificó el art. 14 del CP, solo se ha mantenido la posibilidad de acceder a la libertad condicional en las penas perpetuas, a las personas condenadas en función de los delitos previstos en los artículos 142 ter, 214, 215 y 227 del CP. De este modo, con excepción de estos casos (que podrían solicitar su inclusión en el régimen de libertad condicional a partir de los 35 años), cuando el Código Penal Argentino hace referencia a la pena de prisión perpetua se está refiriendo a una pena real y efectivamente perpetua.

En resumen, nuestro Código Penal en vigencia reprime con prisión perpetua real todos los homicidios calificados (artículo 80 CP); la pluralidad de delitos contra la integridad sexual descriptos en los artículos 119 y 120 del CP cuando sean seguidos de muerte (art. 124 CP); la privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (142 bis, anteúltimo párrafo del CP); la desaparición forzada de personas, si resultara en la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre (art. 142 ter CP, 2do párrafo); la tortura seguida de muerte (art. 144 ter, Inciso 2, 1er. Párrafo del CP); el secuestro extorsivo seguido de muerte (170, anteúltimo párrafo, CP); los delitos que atenten contra la seguridad de la Nación (arts. 214 y 215 CP); los “traidores a la patria” (en los términos del art. 227 del CP).

Siguiendo esta misma línea de recrudescimiento punitivo, con fundamento en la dañosidad social, no puedo dejar de mencionar las modificaciones introducidas a la ley 24.660 que, si bien escapan al tema de mi trabajo, evidencian la legitimación nacional de un paulatino proceso de aniquilación al derecho de reinserción social de los condenados a ciertos delitos.

Sabido es que uno de los pilares fundamentales en que se sustenta el principio de reinserción social del penado es el de la progresividad en el régimen de

ejecución de la pena, principio recogido en el art. 6 de la Ley 24.660 que, en su redacción original del año 1996, preveía que *“(e)l régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”*, aunado al Reglamento de las Modalidades Básicas de Ejecución No. 396/99 que, bajo el título “Principios Básicos”, en su art. 1 lo define como *“un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos. Su base imprescindible es un programa de tratamiento interdisciplinario individualizado”*. Este precepto se evidencia más nítidamente en el art. 12 de la mencionada norma, que diagrama un sistema que, a través del acceso a distintas fases y períodos del régimen penitenciario, morigera paulatinamente las condiciones de detención de los internos, a medida que estos incorporan las herramientas que les permiten lograr el fin de toda ejecución de la pena: su readaptación al medio libre; y paralelamente aumenta su contacto con el mundo extramuros, de modo previo a su egreso por el agotamiento de la pena impuesta.

En ese sentido, el mencionado art. 12 de la ley 24.660, dispone que *“(e)l régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional” (sin subrayado el original)*. Y en el art. 15 estipula que *“(e)l período de prueba comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de la semilibertad”*.

Y en el art. 15 estipulaba que *“(e)l período de prueba comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de la semilibertad”*.

En el mismo año que se sancionó la ley 25.892 (2004) —modificatoria de los arts. 13 y 14 del CP ya reseñada—, se creó la ley 25.948 que, mediante su art. 2, incorporó el art. 56 bis a la ley 24.660 e introdujo las mismas exclusiones del

CP al Régimen de Ejecución Penal bajo el título “(e)xcepciones a las modalidades básicas de la ejecución” y dispuso que “(n)o podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.- Homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7, del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4. Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

Finalmente, la citada ley 27.375, además, modificó el ya rectificado art. 56 bis de la ley 24660, abriendo aún más el abanico de delitos a los que se les veda el período de prueba al syndicar que: “No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal, 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal, 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal, 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal, 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal, 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal, 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal, 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal, 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal, 10) Delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

Lo que intento hacer notar con lo que vengo reseñando es la magnitud de las repercusiones de estas decisiones legislativas, que dejan como resabios casos excepcionales de delitos cuya pena no será materialmente perpetua.

V. Breve reseña jurisprudencial en el derecho comparado y nacional

La solución adoptada por algunos países europeos fue establecer tiempos razonables de privación de libertad —que van desde los 15 años hasta los 25 años, pudiendo, en algunos casos, reducirse—, lapsos proporcionales a los hechos cometidos aunados a pautas claras y precisas para determinar las posibilidades de libertad en el caso concreto, lo que han llamado la “Prisión Permanente Revisable” (PPR), con pautas claras de tiempo de detención determinado “*ab initio*” y mecanismo de revisión claros sobre la conducta del justiciable durante su encierro en pos de la reinserción social del condenado.

En ese alcance, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) rechazan el fundamento de que una pena perpetua o indeterminada constituya en sí misma una violación de la prohibición de penas inhumanas y degradantes en el sentido del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) en cuanto refiere que: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Y sus reflexiones viran en torno a: 1) las condiciones bajo las cuales se prevé la posibilidad cierta de su revisión o agotamiento, y b) los tiempos mínimos que la ley prevé para evaluar la cesación del encarcelamiento.

Si bien el TEDH no se ha involucrado en la elección de un sistema de revisión de las penas y/o los acuerdos de liberación para el caso de penas “de por vida” por considerar que esta decisión es discrecional de los Estados contratantes y que está fuera del alcance de su supervisión; no obstante, señaló que la imposición de una sentencia de por vida solo puede implicar una afectación al art. 3 de la CEDH si la sentencia no es reducible *de iure* y/o *de facto* tomando en consideración “*la peligrosidad del autor para la sociedad*”. Así, se ha manifestado en los fallos: “*Vinter y otros vs. Reino Unido*” —sentencia del TEDH del 9 de julio de 2013— “*Bodein vs. Francia*” – sentencia del TEDH del 9 de julio de 2013- “*T. P. y A. T. vs. Hungría*” —sentencia del TEDH del 4 de octubre de 2016—; “*Hutchinson vs. Reino Unido*”, sentencia del TEDH del 17 de enero de 2017; “*Petukhov*

vs. *Ucrania*”, sentencia del TEDH del 12 de marzo de 2019; “*Marcello Viola vs. Italia*”, sentencia del TEDH del 13 de junio de 2019, entre otros.

La cuestión de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido discutida también en nuestro país.

En este sentido, indicó el Dr. Zaffaroni en el considerando 7° de su voto en el fallo “Estevez”⁵ que *“podría discutirse en casos particulares si la cuantía de la pena implica directa o indirectamente la cancelación total de la vida de la persona conforme las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como la reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente...”*. Y agregó en el considerando 33° que, *“Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5°, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos el término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización”*.

Y que: *“Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por inocuización. No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, lebenslange o ergastolo sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente a la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional...”* *“La pena de prisión de cincuenta años sería en el código vigente una pena más grave que la perpetua o eventualmente inferior en modo no significativo, y la posibilidad de liberación superaría en muchísimos casos las expectativas de vida de la persona y en todos los casos las de su vida laboral, de forma tal que caería en la inconstitucionalidad en que nunca cayó nuestra tradicional pena perpetua”* (Fallos 329:2440”).

⁵ CSJN, Fallos: 333:866

Por su parte, el Dr. Petracchi en el caso “Gramajo”⁶ dispuso que “...el nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad” y que: “el Tribunal Constitucional Alemán sostuvo que una custodia de seguridad de larga duración, en casos de peligrosidad permanente, es compatible con la dignidad del hombre en la medida que se respete la autonomía del individuo, y se oriente la ejecución penitenciaria hacia la creación de los presupuestos para una vida responsable en libertad. Dicho Tribunal legitimó la “indeterminación” del plazo máximo de duración de la custodia, pero bajo la exigencia expresa de que el juicio acerca de la necesidad de subsistencia de la privación de libertad sea fundado cada vez con mayor cuidado a medida que la detención se extiende en el tiempo” (consid. 30 y 31).

Asimismo, el Dr. Petracchi, como fundamento a su postura, citó jurisprudencia del TEDH sobre el particular, en la que ese Tribunal internacional confirmó la constitucionalidad de encierros perpetuos, pero siempre que se asegure un control judicial de las condiciones para la liberación o fundamentos del encierro y de que haya existido un examen concreto de la situación del afectado (consid. 44).

También el Dr. Fayt en el mismo fallo, y luego de analizar el origen de las penas eliminatorias a lo largo de la historia de la humanidad y en nuestro país, afirma que “...la idea de un Estado de Derecho que imponga penas por hechos delictivos es clara, pero la de un Estado que “elimine” a las personas “molestas” o “peligrosas” no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, por cuanto contradeciría la naturaleza del Estado de Derecho; como tampoco el objetivo denominado de “aseguramiento” frente a la presunta “peligrosidad” puede ser la razón que habilite la imposición de una medida de estas características” (refiriéndose a la reclusión accesoria por tiempo indeterminado).

⁶ CSJN, Fallos: 329:3680.

En el caso “Giménez Ibáñez”⁷, la CSJN mencionó como “acertada” la alegación de que *“la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional”*.

Por último, en “Álvarez Ordoñez”⁸, el juez Zaffaroni manifestó en su voto: *“La pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado. Una pena de prisión que irremisiblemente solo se agote con la muerte del condenado, no cumple ni nunca puede cumplir con este objetivo, pues la naturaleza de las cosas impide sostener que la muerte importe una reincorporación a la sociedad, por mucho que se quiera especular en otro sentido. Una pena de esa naturaleza es violatoria de las mencionadas disposiciones constitucionales y, como resultado de la simultánea violación del derecho internacional, es susceptible de llevar la República ante los estrados internacionales”*.

De lo expuesto, puede aseverarse que la pena de prisión perpetua en nuestro país no es jurisprudencialmente inconstitucional, siempre y cuando exista una posibilidad razonable de liberación anticipada.

Al respecto señala doctrinariamente el Dr. Zaffaroni que *“...toda pérdida o afectación de derechos proveniente de una consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica imborrable durante toda la vida de un sujeto. De aceptarse lo contrario, la ley estaría creando una capitis diminutio o la muerte civil, con la consecuencia que de ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados de por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible. Esta posibilidad es inadmisibles incluso en los delitos más graves, cualquiera sea la teoría de la pena que se sostenga, puesto que por grave que sea el delito siempre es indispensable prever un momento en el cual, después del cumplimiento o extinción de la pena, la huella jurídica del delito se extinga definitivamente”*⁹.

En el fallo “Álvarez” —hoy en consideración ante la CIDH— la CSJN confirmó el criterio ya sentado en “Gramajo” en cuanto a que las penas indeterminadas no son inconstitucionales, como mínimo, cuando se imponen por homicidios calificados.

⁷ CSJN, Fallos 329:2440

⁸ CSJN, Fallos 336:19

⁹ ZAFFARONI, Eugenio, et. al., *“Tratado de Derecho Penal”*, Buenos Aires, ed. Ediar, Año 2000, págs. 911 y 912.

Si bien el caso tiene innumerables aristas que exceden los objetivos de este trabajo, haré una breve reseña del caso. A Álvarez se le había impuesto una pena perpetua más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Su defensa planteó ante el juzgado de ejecución que se “fijara” un vencimiento a la pena perpetua, a lo que la autoridad judicial hizo lugar, estableciendo como límite de pena el de treinta y siete años y seis meses de prisión.

La defensa recurrió el decisorio, en la pretensión de que el límite de la prisión perpetua fuera de veinticinco años y no de treinta y siete años y seis meses, tal y como lo había resuelto el juez de ejecución en primera instancia. El 17 de diciembre de 2015, la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso y consideró, tal y como lo postuló la defensa, que el límite de la pena debía ser de veinticinco años de prisión, conforme la ley que regía al momento del hecho.

De esta manera, la pena perpetua impuesta a Álvarez se transformó en una pena temporal de veinticinco años de prisión y se declaró la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, dándose por purgada con el tiempo de detención sufrido.

El caso llegó a la CSJN, por el recurso del Sr. Fiscal de Cámara, quien cuestionó la conversión de la pena perpetua en una temporal. Insistió con que no debió individualizarse la pena perpetua, sino solo la fijación del término en que podría otorgársele la libertad condicional a ese condenado y siempre que este reuniera los demás requisitos subjetivos exigidos por la ley.

Sin embargo, la CSJN no abordó la cuestión, al considerar la transformación de la pena perpetua en una temporal, al entender que esa cuestión ya había quedado firme en la instancia anterior y porque la única parte recurrente del fallo de primera instancia había sido la defensa. Por ello, consideró que esa cuestión ya había quedado fuera de su revisión y limitó su competencia a tachar de arbitrario el monto de veinticinco años establecido por la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y reclamó que fuese fijado en treinta años de prisión, conforme el tope que infirió de la ley 26.200 que aprobó el Estatuto de Roma. Además, consintió expresamente la declaración de inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

La primera conclusión que puede extraerse de la lectura del fallo es la confirmación de que, para la CSJN, la recepción legal de penas perpetuas (indeterminadas) está dentro de las atribuciones de política criminal del Congreso

Nacional y que no parece haber disposición constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos que expresamente conduzca a negar de plano esa facultad. Y la segunda es que pondera la existencia de mecanismos que permitan la liberación y eventual posterior extinción de este tipo de penas indeterminadas.

Del fallo se extrae que el camino para solucionar el problema debe centrarse en la obtención de un mecanismo de libertad anticipada creado por el legislador como vía de agotamiento de las penas indeterminadas (perpetuas y de reclusión accesoria por tiempo indeterminado) y que la jurisdicción debe, en cada caso, remover los obstáculos legales que impiden, de manera general, el acceso a esos institutos y evaluar su procedencia en cada caso concreto.

Esta primera conclusión nos obliga a repensar desde dónde puede abordarse el problema de las penas reales o potencialmente perpetuas —de por vida— en nuestro contexto particular. En nuestro país cuestionar su ilegitimidad simplemente sobre la base de su indeterminación no parece el camino, dados los pronunciamientos de la CSJN y el análisis comparado reseñados. Y hasta tanto exista una decisión de política criminal para eliminar este tipo de respuestas penales del ordenamiento, la clave indudablemente parece estar en pensar formas que permitan la revisión de la pena en plazos acordes con los estándares internacionales.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a la fecha solo se ha pronunciado en un caso al respecto, y lo hizo analizando, en particular, si era válido imponer penas perpetuas a personas condenadas por delitos cometidos por menores de edad.

Me refiero al caso “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, sentencia del 14 de mayo de 2013,¹⁰ en el cual la CIDH reconoció la validez de la prisión perpetua, pero rechazó en forma terminante su compatibilidad con el principio de reinserción social cuando se aplica a niñas, niños o adolescentes, sin emitir consideraciones precisas y contundentes respecto de la invalidez o no de su imposición a personas adultas.

Es decir que, desde la perspectiva comparada y de los precedentes nacionales, existe una evidente coincidencia en reconocer la existencia de penas indeterminadas y en no considerarlas, en sí mismas, ilegítimas. En otras palabras, la indeterminación en la fecha de liberación y/o vencimiento de la sanción no

¹⁰ Corte IDH, caso “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, sentencia del 14 de mayo de 2013.

parece ser *per se* una causal que invalida este tipo de sanciones desde una mirada comparada y constitucional. Por el contrario, indica que el análisis de validez debe sujetarse al estudio de su proporcionalidad (al momento de su imposición) y de las perspectivas reales de liberación que contemple la legislación.

VI. Conclusión

Por todo lo anteriormente desarrollado y más allá de las consideraciones que realicé en cada apartado, resulta claro que la resocialización parte de la dignidad humana, y su objetivo no es otro que el eficiente regreso de un privado de la libertad a la sociedad, es decir, que la cárcel debe devolver a la comunidad un ser social.

Así lo disponen las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos**, en cuanto establecen los dos objetivos que se busca lograr con una pena privativa de la libertad: a) *proteger a la sociedad contra el delito* y b) *reducir la reincidencia reclamando al Estado de Derecho el aprovechamiento de ese período de privación de libertad para lograr la reinserción de los ex-reclusos en la sociedad*.

Entonces, el concepto central es el desarrollo superador, de la persona en encierro, de su propia individualidad; un derecho que puede o no ejercer, con sus debidas consecuencias.

De lo analizado debería considerarse si resulta proporcionado a ese fin resocializador de la pena que reclaman las Reglas de Mandela, el lapso extenso de prisión perpetua —45 años como mínimo, ya que son 35 años de encierro cierto y 10 años mas de libertad condicional—; es decir, si en la práctica carcelaria argentina dicho aislamiento se condice con un real “*aprovechamiento de ese período de privación de libertad para lograr, la reinserción de los exreclusos en la sociedad*” (y así evitar la reincidencia) o tan sólo refiere a “*la protección social*”, primando un objetivo por sobre otro.

Ahora bien, si se recuerda que el cómputo para determinar el vencimiento de la prisión perpetua lo sienta la posibilidad de acceso a la libertad condicional, resta destacar entonces que nuestro sistema penal incluye penas perpetuas reales o, de por vida, para los condenados con aquella, a la que se adiciona la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del CP, también

el caso de los reincidentes sin posibilidad de acceso al régimen de libertad condicional (art. 14 del CP), o aquellos casos contemplados en el art. 17 del CP, cuyo régimen liberatorio anterior haya sido revocado.

Creo que lo expuesto en el párrafo anterior deja al desnudo el fin de inculcización presentado por las penas perpetuas reales, lo que necesita, a mi parecer, ser reinterpretedado de un modo que no vulnere ningún principio constitucional o, en su caso, se deberán realizar las declaraciones que se entiendan necesarias y superadoras.



REGLA 5
Hacia la consagración del voto universal.
El acceso al voto de las personas condenadas

MARIANA SOLEDAD QUEREJETA*

I. Introducción

Con motivo del dictado del fallo “*Orazi*” de la CSJN se escribe un nuevo capítulo de una historia que ha atravesado, y continúa atravesando, un arduo camino en orden a lograr el reconocimiento de los condenados como integrantes del sistema democrático y, con ello, la real consagración del voto universal concebido por nuestra Carta Magna.

Partiendo del rol del voto universal como pilar del fortalecimiento de la democracia y el reconocimiento de la pluralidad de integrantes de las sociedades modernas y, junto con ello, la condición de posibilidad de realización del Estado de Derecho Constitucional, excede la presente de una temática exclusivamente de ejecución de condena, para demostrar aristas propias del Derecho Constitucional y la consagración de los Derechos Humanos.

La evolución del sistema democrático moderno ha permitido la expansión del sistema político, lo que dio pie al reconocimiento de los derechos básicos que deben ser resguardados más allá de los límites de los propios estados. En este sistema se ha reconocido el derecho al voto como uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia, y garantizar la plena participación política implica que los ciudadanos puedan elegir en condiciones de igualdad a los representantes¹.

Junto con esta expansión de la civilidad en orden a garantizar la dignidad humana, coexiste una expresión de los más arcaicos instintos sociales como lo

* *Fiscal Federal Interina. Secretaría efectiva de primera instancia. Fiscalía Federal N°1 de Neuquén.*

¹ Corte IDH, caso “*Yatama vs. Nicaragua*”, sentencia del 23 de junio de 2005.

es la muerte civil para todos aquellos que incumplan los valores o pautas sociales, expresada como la marginación en asuntos civiles, políticos y jurídicos de todos aquellos que infringen el mínimo de ética en la convivencia social.

Este sistema de regulación emparentado con el castigo y marginación ha sido implementado sistemáticamente en diferentes culturas a lo largo de la historia de la humanidad. A modo de ejemplo, la muerte civil en el Derecho Romano estaba emparentada con la *capitis diminutio* medi y se vinculaba con la pérdida de los derechos privados y públicos por la comisión de algún delito, lo que acarrea la tacha de infamia, lo que afectaba el honor del ciudadano, a quien se consideraba incapaz desde el punto de vista moral.

En esa puja entre el avance de la civilidad y la protección a la dignidad humana, y la persistencia de comportamientos sociales básicos de castigo y marginación, nos encontramos con el ejemplo en el reconocimiento o la falta de reconocimiento del derecho a votar de los condenados. A lo largo del presente intentaré aproximarme a la idea de que, en la actualidad, la prohibición de sufragar de las personas condenadas constituye un trato discriminatorio que no se basa en pauta objetiva que justifique tal recorte de derechos.

Sin duda esto atraviesa muchos de los aspectos del abordaje, del pensamiento y la opinión pública sobre diversas problemáticas relativas a las personas detenidas y/o condenadas por el sistema penal. A raíz de esta lógica, se explica el hecho de que hoy en día sea una de las grandes deudas en términos de consagración de derechos humanos.

Así, desde el inicio del sistema democrático en nuestro país, camino que no estuvo libre de avances y retrocesos, lo cierto es que puede apreciarse un fenómeno de expansión del cuerpo de electores. Desde el dictado de la Constitución de 1853 hasta la aplicación de la ley Sáenz Peña en el año 1916 no hubo orden democrático. Así, esta ley 8.871 es el primer gran hito de la historia electoral de nuestro país. A partir de allí, Argentina tuvo voto con las características por todos conocidas de universal, obligatorio y secreto.

La inicial caracterización del voto como “universal” no era tal, porque seguía siendo exclusivo para nativos o naturalizados argentinos, exclusivamente masculinos y mayores de 18 años. Ha de recordarse que el gran logro democrático que se persiguió con esta norma fue la erradicación del fraude y las presiones que resultaban herramientas utilizadas para sostener un régimen de características oligárquicas.

El siguiente gran hito de expansión llega más de treinta años después, con el reconocimiento del derecho del voto femenino con la promulgación de la ley 13.010, en 1947 y, con ella, un marcado avance en la extensión del carácter universal de nuestro voto. El camino a esta consagración no fue fácil y había comenzado a andarse ya a fines del siglo XIX. El contexto fue la marcada extensión del reconocimiento de derechos durante la presidencia de Juan Domingo Perón, de la mano de la figura de Eva Duarte de Perón. Sin duda grabado en los capítulos de nuestra historia el momento en el cual, en su lecho de muerte, emitió su voto una mujer clave para la concreción de este derecho. Ello, además de constituir un gran hito en relación con la reivindicación de los derechos de género, implicó la expansión del cuerpo electoral en los siguientes términos; Art. 1: *“Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos”*.

En el camino del crecimiento del cuerpo de electores se dictó la ley 24.007, que consagró el derecho a votar en los comicios nacionales a los argentinos residentes en el exterior. Este hito, más que un reconocimiento de derechos, tiende a establecer una modalidad que permite la concreción del derecho a voto ya consagrado para aquellos argentinos que residan en el exterior.

Hasta aquí permanecían excluidos todos los detenidos por orden de juez competente, tanto los condenados como los no condenados. A esta altura nos encontramos con el inicio del camino del reconocimiento del derecho a voto de los detenidos sin condena, hito que será desarrollado en extenso posteriormente, pero corresponde sintetizar que inicia en el año 2002, con el fallo *“Mignone”*², de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A fin de dar cumplimiento a dicho fallo, en diciembre del año 2003 se promulgó la Ley 25.858, que derogó la prohibición de voto a las personas procesadas con prisión preventiva e incorporó el art. 3 bis al CEN, que establece el mecanismo para su implementación. Su reglamentación llegó tres años más tarde con el decreto 1291/2006; los detenidos sin condena pudieron ejercer su derecho ciudadano en las elecciones del 28 de octubre del 2007.

Posteriormente, con el dictado de la ley 26.774, se determinó el reconocimiento al voto a partir de los 16 años de edad en la llamada ley del “voto joven”. En ciertas jurisdicciones se reconoce el derecho al voto de los extranjeros que

² CSJN, Fallos: 325:524

residan en el lugar, exigiendo un tiempo de antigüedad en esa residencia, y la inscripción voluntaria previa en los padrones, como por ejemplo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la ciudad de Neuquén, entre otras.

Puede destacarse que, con el cambio del Código Civil, se genera una expansión de la posibilidad de voto a personas con discapacidad que antes resultaban excluidas.

Como también han de destacarse los programas especiales para comunidades indígenas desarrolladas por la justicia electoral mediante la elaboración de manuales y lengua autóctona sobre derechos políticos y electorales³.

La síntesis precedente resume el avance expansivo que ha tenido la conformación del cuerpo de electores y, con ello, la extensión del concepto “voto universal” hasta la configuración actual del cuerpo de electores.

II. Lo que aportó el fallo “Mignone”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el fallo “Mignone” el 9 de abril de 2002. Su génesis se dio en una acción de amparo contra el Estado Nacional realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.), cuyo objeto era que se adoptaran las medidas necesarias para garantizar el derecho constitucional a votar de las personas detenidas sin condena.

Entre los argumentos se encontraban la necesidad del respeto a las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos que prevé que los ciudadanos tienen derechos a votar, en elecciones realizadas bajo sufragio universal y voto secreto que garantice la libre expresión de los electores⁴, remarcó la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 3 inc. d CEN, por afectar el sistema republicano de gobierno, la expresión de la soberanía del pueblo y el normal funcionamiento democrático del sistema (arts. 1, 33 y 37 de la ley fundamental).

³ DALLA VIA, Alberto Ricardo, *“Derecho Electoral. Teoría y Práctica”*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2021, Pág. 55.

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En orden a demostrar que la reglamentación del derecho a voto implicaba una extralimitación a los estándares trazados por la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, en tanto establece que los derechos políticos solo pueden ser reglamentados en función de razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal⁵. Y que la disposición impugnada del Código Electoral Nacional, demostraba una franca contradicción con una norma de rango superior al excluir del padrón electoral a los “*detenidos por orden de juez competente mientras no recupere su libertad*”⁶.

En primera instancia, el planteo fue rechazado por entenderse que la habilitación de mesas especiales en las unidades penitenciarias podría facilitar la coacción de la comunidad carcelaria, que se vería apremiada a votar en un sentido determinado. También entendió que existían razones materiales y de seguridad que tornaban impracticable la posibilidad de permitir el traslado de detenidos a los lugares de votación.

Dicha norma fue dejada sin efecto por la Cámara Nacional Electoral, previa presentación de *amicus curiae* por parte del Procurador Penitenciario, quien fundó su interés de intervenir en la posible violación por parte de nuestro país de pactos internacionales de derechos humanos, lo que aparejaría su eventual responsabilidad internacional.

La Cámara Nacional Electoral declaró la inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 3 inc. d CEN y dispuso que ya no pesará sobre aquellos un impedimento jurídico para emitir el voto. Sin embargo, aclaró que de ello no se sigue que podrían sufragar “efectivamente”, en tanto los poderes competentes, el Legislativo y el Ejecutivo, no dictaran la necesaria reglamentación.

El CELS solicitó que se aclare la sentencia, al considerar que la Cámara omitió pronunciarse sobre un aspecto esencial, ello es que se adoptasen las medidas necesarias para garantizar el derecho al sufragio de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos carcelarios y que el fallo omitió dar respuesta a este esencial punto.

Así, el sentenciante desestimó el pedido porque consideró que restableció la titularidad de ese derecho, manifestó que las medidas necesarias para su goce

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 23.2.

⁶ Código Electoral Nacional. Artículo 3°- Quienes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral...d) Los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad. (Ley 19.945, artículo derogado por Ley 25.858)

consistían en reformas legales y se abstuvo de exigirle a los demás poderes del Estado, amparándose en la necesidad de preservar el principio de separación de poderes.

Al intervenir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de una sólida postura relativa a que reconocer un derecho y negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo. Como consecuencia, otorgó el plazo de seis (6) meses al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para adoptar las medidas necesarias con el fin de hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados. Sin profundizar argumentos sobre cómo esta decisión podía o no vulnerar la separación de poderes, logró imponer su decisión y lograr el cumplimiento de su sentencia.

Como resultado, en el año 2003 el Congreso derogó el artículo 3 inciso d) del Código Electoral a través de la Ley 25.858 y, pasados tres años, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó ese derecho mediante el decreto 1291/06, y pudieron emitir sufragio por primera vez el 28/10/2018.

Este antecedente constituye la antesala para emprender la lucha en pos de lograr el reconocimiento del derecho a votar de las personas condenadas, sin que hasta la fecha ese derecho este instaurado.

III. Sobre el voto de las personas condenadas

Nuestra Constitución Nacional no contiene mención expresa, como así tampoco contenía ninguna mención sobre las características del voto. Sin embargo, se lo consideraba contenido en el art. 33, como derecho no enumerado que también se extraía de manera implícita del art. 1, como condición para sostener la forma de gobierno representativa de gobierno, y del art. 22, en tanto sostiene que el pueblo delibera y gobierna a través de sus representantes, también del art. 14⁷. El voto se encuentra íntimamente relacionado al principio de soberanía popular, que se sostiene por el voto individual, conformando la voluntad colectiva.

Con la reforma constitucional de 1994 se introdujo la actual redacción del art. 37 de nuestra Constitución Nacional, el cual garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las

⁷ DALLA VIA, Alberto Ricardo, *"Derecho Electoral. Teoría y Práctica"*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2021, pág. 30.

leyes que se dicten en consecuencia, y consagra el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio, receptando de manera expresa lo establecido por la Ley Sáenz Peña y otorgando rango constitucional a la forma ya adoptada legalmente en el año 1912.

Por otro lado, esta misma reforma constitucional introdujo notas fundamentales en lo que hace a la extensión del cuerpo de electores, ello con la introducción del artículo 75 inciso 22 de la CN, mediante el que incorporó el llamado bloque constitucional. Entre los que contienen previsiones sobre derechos políticos se encuentran la “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”; la “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”; el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”; la “*Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*”; la “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*”; y la “*Convención Interamericana de Derechos Humanos*”. Estos instrumentos contienen diversas normas, como por ejemplo: DUDH art. 21; PIDCP art. 25; CADH art. 23, que garantizan la participación política, la periodicidad de los mandatos y las elecciones que deben realizarse por sufragio universal, igual y secreto.

Entre los mencionados tratados se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 23.2 establece: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos (...) b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual(...) 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia (...) o condena por juez competente, en proceso penal”. Una primera lectura veloz de esta norma nos llevaría a afirmar que en este sistema americano sí podría resultar válida una limitación del voto cuando media una condena por juez competente, sin embargo, como se analizará, esta resulta una interpretación inadecuada del texto.

Es así que la determinación del cuerpo de electores se realiza a través de leyes dictadas por el Congreso y, en este punto, resulta oportuno recoger cuanto establece el art. 19 de la Constitución Nacional, en el marco del principio de legalidad, en cuanto a que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Según Bidart Campos, nuestra CN no exige solo una ley formal, sino una ley constitucional compatible con sus valores. Sostiene que “*no basta la ley: es menester que el contenido*

de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficiente...dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o principio de razonabilidad, afirmando que la ley que manda o que prohíbe debe ser intrínsecamente justa, lo que en derecho constitucional equivale a ser razonable”⁸.

En cuanto a la reglamentación de los mandatos constitucionales, el poder legislativo tiene la función de dictar las normas que realicen los mandatos constitucionales, de manera que los recortes de dichos mandatos sean proporcionales y ajustados al fin tenido en miras. Al respecto, Angélica Gelli, en relación con la razonabilidad de la legalización de derechos constitucionales expresa que “*cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se lo pueda alcanzar*”⁹.

Refuerzan estas pautas tanto las normas de la CADH, como así la interpretación que de ellas ha hecho la Corte IDH, concretamente en la Opinión Consultiva 5/85, mediante la cual afirmó que las restricciones de derechos deben perseguir una finalidad legítima, ser proporcionales al fin que persiguen y que no debe existir otra vía menos gravosa para lograr el mismo fin. De ello surge que las restricciones a los derechos son válidas siempre que guarden proporcionalidad respecto del fin tenido en miras y solo como alternativa excepcional.

Ahora, en lo atinente a los Derechos Políticos y concretamente en relación con el derecho al voto “universal”, ahora si ya receptado por la CN, cabe destacar que el concepto de voto universal es la contracara del concepto de voto calificado. Este último se caracteriza por habilitar la posibilidad de voto o elección a determinadas categorías de ciudadanos y que históricamente estuvo vinculado con un elemento de tinte clasista que apoyaba la posibilidad de acceder al voto solo a parte de la ciudadanía con cierto grado de educación, situación patrimonial, cierto estado familiar, raza o género. Y en esta conceptualización cabe preguntarse si conforme a la redacción del art. 23.2 de la CIDH podrían los Estados miembros legislar algún sistema de voto “calificado” sin incurrir en responsabilidad internacional, lo que se encuentra descartado de plano, al advertir que, previo a habilitar recortes, la consagración es del voto “universal”, por lo que

⁸ BIDART CAMPOS, German, “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Año 1975, 4ta. Edición, pág. 197.

⁹ GELLI, María Angelica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, Año 2006, 3era edición ampliada y actualizada, pág. 329.

está claro que los recortes reglamentarios adoptados por los países, habilitados por la misma convención, no pueden conllevar la implementación de sistema de voto calificado, lo que violentaría a los derechos humanos.

En relación con otros instrumentos que conforman el bloque constitucional, nos encontramos con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que declara que: *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”; por su parte el artículo 2, prevé que estos derechos se gozan “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 21, prevé que: *“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos (...) 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.*

Así, puede afirmarse que el juego armónico del art. 37 CN y del art. 25 del PIDCYP reconocen el derecho al sufragio de modo más generoso que la CADH. Y es aquí donde cobra relevancia el llamado principio *“pro homine”* del art. 29 CADH, que establece que debemos optar siempre por las normas que reconocen el derecho con mayor amplitud. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“... si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”*¹⁰.

En este marco constitucional nos encontramos con la legislación vigente en nuestro país, concretamente prevista en el Código Nacional Electoral, que en el artículo 3 dice quiénes están excluidos. *“Están excluidos del padrón electoral:(...) e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena”.*

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 5-85, *“La Colegiación Obligatoria de Periodistas”*, del 13 de noviembre de 1985.

En este punto surge la duda que sobrevuela el tema sobre la razonabilidad, la validez ajustada a un fin legítimo tenido en miras al restringir el derecho al voto en Argentina.

IV. Derecho comparado

En el resto de los países democráticos tampoco resulta un tema libre de controversias, sino más bien parece comprobarse un camino zigzagante. Hay países que permiten votar a los condenados, otros que restringen la votación a determinados tipos de condenados, y otros en los que hay una prohibición más bien genérica, similar a la de nuestro ordenamiento.

Así, entre los países que permiten el voto a los condenados se encuentran Canadá y Sudáfrica. Entre aquellos que limitan la posibilidad de votar a determinados condenados se encuentra Australia, que permite votar a los condenados con una pena menor a cinco años. Alguna versión más amplia se encuentra en China, en donde se prohíbe votar únicamente a los condenados a pena de muerte.

Como ejemplo de países que impiden el voto a los condenados de modo indiscriminado se encuentran Rusia y el Reino Unido.

En Estados Unidos no hay una tendencia uniforme; así nos encontramos con estados que pueden ubicarse en cada una de las categorías antes enumeradas. Esta diversidad de posturas encuentra apoyatura en lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1974, mediante el cual confirmó el derecho de los Estados a prohibir que los condenados votaran¹¹.

Existe una variante que no solo no prohíbe el voto de los condenados, sino que, por vía legal, se estimula a que los condenados voten, siempre que la condena no tenga relación con la vulneración del orden democrático. Ello sucede en Alemania.

En lo que hace a los procesos de incorporación de los condenados al cuerpo de electores, podemos enumerar algunos procesos demostrativos de la discusión en el ámbito internacional, entre los que hallamos el antecedente emitido por la Corte Suprema de Canadá en el caso "*Sauvé v. Canadá*". Adoptado con mayoría ajustada, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohibía votar

¹¹ U.S Supreme Cort. "*Caso Richardson v. Ramírez*", 24 de junio de 1974.

a los condenados. Dentro de las razones enumeradas para justificar la existencia de la norma, el gobierno indicó que se pretendía incentivar la responsabilidad cívica e instar al respeto a la ley, reconociendo que esto imponía un castigo adicional a la condena. Ante ello, la Corte entendió que no se cumplía con la obligación estatal de demostrar que esa restricción respondiera a un fin aceptable y proporcional. No solo eso, sino que remarcó el impacto negativo que la norma generaba era mayor a los beneficios pretendidos y contrario a la dignidad humana¹².

En cuanto al Sistema de Protección de Derechos Humanos europeo conformado por cuarenta y siete estados, diecinueve de sus miembros no imponen restricciones al derecho al sufragio de los detenidos. Los restantes aplican restricciones en diversos grados, once de ellos exigen que un tribunal penal se pronuncie caso por caso.

Entre los países más restrictivos se encuentra el Reino Unido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una sentencia condenatoria a dicho país en el caso "*Hirst v. United Kingdom*"¹³. Para así decidir, la Corte afirmó que el hecho de que un recluso condenado esté privado de su libertad no significa que pierde la protección de otros derechos fundamentales. Ello no implica que los restantes derechos no deban ser atemperados por la propia situación de encierro. Sin embargo, no halló una lógica y directa relación entre ello y la pérdida del voto. Destacó que Gran Bretaña era el único país del Convenio Europeo de Derechos Humanos que poseía una legislación que restringía automáticamente el voto durante la condena. Al respecto, el organismo consideró que la prohibición general no es compatible con los derechos humanos, aclaró que los países miembros tienen entera soberanía para decidir en qué casos y condiciones los condenados pueden ser restringidos en su derecho al voto, pero no de manera general y automática por el solo hecho de la condena.

El mencionado Tribunal europeo volvió a abordar la temática en el caso "*Frodl v. Austria*"¹⁴, en el que analizó la legislación de Austria y determinó que la misma resultaba incompatible con la Convención. Continuando con la línea adoptada en "*Hirst*", el Tribunal reiteró la posibilidad que tienen los estados de limitar los derechos electorales, aunque no de manera absoluta y de carácter ge-

¹² Supreme Court of Canada. "*Caso Richard Sauvé v. Canadá*", 31 octubre de 2002.

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "*Caso John Hirst v. United Kingdom*", 6 de octubre de 2005.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "*Caso Frodl v. Austria*", 8 de abril de 2010.

neral para los condenados, sino cuando es prevista para un grupo definido que posea una relación directa entre los hechos motivadores de la condena y el recorte del derecho político. Sumó como exigencia que la decisión sobre dicha limitación deberá ser preferentemente establecida por un juez, en un procedimiento judicial, ello a fin de ponderar las circunstancias particulares y verificar una línea causal entre el delito cometido y los temas relacionados con elecciones y las instituciones democráticas.

El tema fue nuevamente tratado por la Corte Europea en el caso “*Scoppola v. Italy*”¹⁵, en este caso la Corte revisó la extensión exigida respecto de los recortes del derecho a votar realizadas por los estados miembro, relativizando la necesidad de que el recorte sea realizado por un juez. Así, declaró que el margen de apreciación dado a los estados contratantes debe ser amplio en relación con el derecho de voto, al igual que cada Estado debe ser libre de adoptar su propio sistema legal y escoger qué poder del estado (legislativo, ejecutivo o judicial) debe tener la atribución de decidir sobre el recorte del derecho a votar de los condenados. Concluyó que, si bien la intervención de un juez resulta deseable para garantizar la proporcionalidad de la restricción, no necesariamente debe ser dicho mecanismo, ya que las circunstancias de dicha negación pueden ser detalladas en una norma dictada acorde a los procedimientos internos, previendo una aplicación de recortes y delimitando los factores relevantes para su aplicación¹⁶.

He de destacar que esta temática no solo resulta importante a la luz de la Corte Europea de Derechos Humanos por la cantidad de veces que ha tratado el tema, sino porque el tratamiento de este derecho, junto con la revisión del alcance de la extradición, ha sido causal de tensión marcada con el Reino Unido, el cual pidió la revisión del funcionamiento de dicho organismo.

Abordando otros sistemas internacionales, ha de destacarse lo resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica¹⁷ que, al evaluar la responsabilidad de Sudáfrica, entendió que las restricciones a cualquier ciudadano deben responder a razones claras y razonables, y, cuando un gobierno pretende restringir dere-

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “*Caso Scoppola v. Italy*”, 22 de mayo de 2012.

¹⁶ GÓMEZ, Elena Isabel. “*Protección supranacional de los derechos humanos: el derecho al voto de los condenados*”, en Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet a. 4, n°2. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Cátedra Jean Monnet. Consultado en: [http://repositorioubas.sisbi.uba.ar/gsd/collect/integra/index/assoc/HWA_5141.dir/5141.PDF]

¹⁷ Constitutional Court of South Africa. Caso Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) & Others, 3 de marzo de 2004.

chos a un grupo de personas, debe presentar información que permita revisar los objetivos de esa restricción y la idoneidad de los medios empleados.

El Estado sudafricano manifestó que permitir el voto de las personas condenadas a pena privativa de la libertad significaba un incremento de los costos y solución de problemas logísticos que implicaría privilegiar la posibilidad de voto de los condenados por encima de otras personas cuya posibilidad de voto exigía abordar costos mayores (entre ellos, personas con discapacidad, embarazadas o ciudadanos residentes en el extranjero). Agregó que decidir usar los recursos para el voto de los privados de la libertad acarrearía que la ciudadanía considerase que el gobierno era indulgente con los condenados.

La Corte consideró que no se encontraba probado este escenario de elección de unos votantes sobre otros. Afirmó que podía presumirse que el voto de los privados de la libertad no representaría un excesivo aumento del gasto, dado que el gobierno ya garantizaba el voto a los no condenados. Dejó en claro que una supuesta mala imagen gubernamental no resulta una causa legítima para justificar la vulneración de derechos individuales.

Como corolario a lo que está aconteciendo a nivel internacional, el derecho a voto de los privados de la libertad constituye un derecho humano cuyo reconocimiento está siendo progresivamente reconocido y resguardado con distintos niveles de avance. Todo indica que en América es un asunto que aún no tiene el ímpetu suficiente, pero que poco a poco comienza a estar en la agenda de derechos humanos.

V. Situación actual en Argentina

De lo hasta aquí expuesto pareciera que, en derecho comparado, el voto resulta un derecho humano que reviste el carácter de pilar básico para las democracias modernas. Está permitido restringir el derecho al voto siempre que dicha limitación este razonablemente justificada para obtener fines válidos. En ese contexto el derecho a voto de los condenados puede ser reglamentado y restringido, pero no con carácter automático e indiscriminado para todos los casos de condenas. En ese sentido es interpretado el alcance del art. 23.2 de la CADH, y ese es el sentido delineado por la Corte Europea de Derechos humanos en sus antecedentes y por la Corte Africana.

En cuanto a Argentina, no hay una mención constitucional clara, más allá del reconocimiento de la adopción del voto universal. Luego esa previsión fue reglamentada a través del Código Electoral Nacional art. 3, incs. e, f y g. En el estado actual de cosas, resulta ser que este artículo se encuentra vigente, no ha sido derogado, aunque sí su vigencia ha sido cuestionada y su inconstitucionalidad ha sido reconocida judicialmente.

Entre los antecedentes judiciales específicos en el asunto nos encontramos con el fallo de la Cámara Nacional Electoral en “*Procuración Penitenciaria de la Nación y otro C/ Estado Nacional Ministerio del Interior y Transporte S/ amparo - Acción de Amparo Colectivo*”¹⁸. Esta acción de amparo fue interpuesta por la Procuración Penitenciaria (PPN) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), con el fin de que se incorpore a las personas condenadas en los padrones para que, de esta manera, puedan sufragar. Junto con ello, se requirió la inconstitucionalidad de los artículos 12 y 19, inc. 2 del Código Penal de la Nación y 3, inc. e, f y g del Código Electoral Nacional. La acción fue rechazada en primera instancia, posteriormente la Cámara Nacional Electoral resolvió declarar la inconstitucionalidad de las normas mencionadas, determinó que una aplicación general y automática del impedimento de ejercer el sufragio resulta contrario a los tratados internacionales que constituyen el bloque constitucional. En palabras del tribunal: “*Lo que en el caso se reputa inconstitucional es la denegación del derecho a voto como pena accesoria automática, sin vinculación alguna con la situación del condenado. Una limitación de este carácter, con las particularidades mencionadas, implica una restricción indebida al derecho al sufragio que este Tribunal no puede cohonestar, pues...el sufragio es ejercido en interés de la comunidad política -a través del cuerpo electoral- y no en el del ciudadano individualmente considerado (cf. Fallos 310:819 y Fallos CNE 3054/02; 4026/08 y 4887/12)*”.

De este modo, se reconoció un derecho indebidamente conculcado y, en cuanto al modo de hacer efectivo el derecho reconocido, la Cámara se remitió a la metodología implementada por la Corte Suprema en el caso “*Mignone*” antes analizado, en el que el Tribunal Supremo sujetó el ejercicio de ese derecho a la reglamentación que debía dictar el poder político, la Cámara ordenó: “*Requerir al Congreso de la Nación que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar la reglamentación vigente en atención a lo aquí expuesto, a la mayor brevedad posi-*

¹⁸ Cámara Nacional Electoral. “*Caso Procuración Penitenciaria de la Nación y otro C/ Estado Nacional Ministerio del Interior y Transporte S/ amparo - Acción de Amparo Colectivo (Expte. N° CNE 3451/2014/CA1)*”, 24 de mayo de 2016.

ble”. La sentencia no fue recurrida, por lo que no fue abordada por la CSJN, quedando firme la inconstitucionalidad dispuesta.

El fallo no fue cumplido por el Congreso de la Nación, los condenados continúan sin poder votar.

El último capítulo escrito de esta historia hasta la actualidad es el fallo “*Orazi*”¹⁹; la acción es individual, en la que un condenado solicitó que se asegure su derecho a voto, la Cámara Nacional Electoral, por los argumentos ya esgrimidos en el fallo “Procuración General de la Nación”, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 3, inc. e, f y g, Código Electoral Nacional en virtud de recortar un derecho político de manera automática, indiscriminada y sin un motivo razonable, y ordenó al poder legislativo que “a la mayor brevedad” dicte la legislación que posibilite realizar el derecho a votar por parte de los condenados.

La actora se agravió por diversos argumentos e interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido exclusivamente en relación con la cuestión federal planteada alegada y denegado respecto de los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia, ante ello la jurisdicción de la Corte Suprema se encontró limitada a la materia federal debatida que consistió en evaluar si el remedio ordenado por la cámara tutela de modo efectivo el derecho al voto del recurrente. Así entendió que el remedio adoptado por la Cámara Nacional Electoral resulta un remedio adecuado y útil para restituir el derecho a votar, afirmando que la realización del mismo requiere de la implementación de una normativa general que disponga los mecanismos para que las personas condenadas puedan votar, lo cual en principio no es competencia del Poder Judicial.

El actual panorama indica que ya no es un tema de opinión, sino que existen dos sentencias firmes de trascendencia, una en un amparo de naturaleza colectiva y otro de naturaleza individual, que declaran que las normas nacionales que establecen la prohibición de votar de los condenados resultan irrazonables, ilegítimas e irreconciliables con las disposiciones de nuestra Carta Magna. El bloque legal que regula el artículo 3 incisos e, f, y g del CEN y el inciso 2 del artículo 19 del CP, en función de lo dispuesto en el art. 12 del mismo cuerpo, no persiguen un fin legítimo.

¹⁹ Corte Suprema de la Nación. “*Caso Orazi, Martín Oscar s/ inhabilitación (art. 3 CEN) CNE 3995/2015/CS1*”, 10 de febrero de 2022.

Tanto es así que ni la lectura del Código Electoral ni las leyes de índole electoral permiten apreciar cuál es la finalidad del impedimento a votar, tampoco lo hace el Código Penal. Cuando se intenta determinar aquellos motivos no consignados en una norma, resulta de rigor analizar el origen de la prohibición y los antecedentes parlamentarios y sus discusiones. Así se observa que Ley 8.871 llamada “ley Sáenz Peña” y que data del año 1912, expresamente excluía del sufragio a los “*detenidos por orden judicial, a los reincidentes condenados por delitos contra la propiedad por 5 años, a los penados por falso testimonio o delitos electorales también durante 5 años, y a todo aquel que se encontraba cumpliendo una pena temporal, hasta que fuera cumplida*”. Los antecedentes parlamentarios de dicha norma fueron objeto de análisis y tratamiento en el voto de dos miembros de la CSJN, jueces Petracchi y Fayt en el caso Mignone²⁰, determinando que los mismos no arrojan luz sobre los motivos para limitar el derecho a voto de los detenidos, tampoco aportan respecto del recorte de derechos de los condenados.

Por otra parte, el texto original del CEN adoptado por la Ley 19.945 en el año 1972 no contenía un motivo que lo justifique. Nótese que dicha norma fue adoptada durante un gobierno de facto presidido por el General Lanusse, por ese contexto no existió un debate parlamentario. Las posteriores reformas introducidas a este texto no tocaron esta articulada y tampoco se verifica en esas reformas una discusión sobre el asunto.

Este panorama permite afirmar que ningún poder del Estado, hasta los antecedentes judiciales reseñados, se ha ocupado de argumentar sobre la finalidad perseguida al vedar indiscriminadamente el voto de los condenados, existen muchísimos argumentos a favor y en contra de permitir el voto a los condenados, los que, sin ánimo de resultar una enumeración exhaustiva, serán expuestos. Sin embargo, está claro que estos argumentos no fueron objeto de análisis y tratamiento previo a adoptar una decisión de recorte de derechos humanos.

Algunos argumentos que han sido esgrimidos a favor de la restricción, son que el derecho a votar resulte un costo negativo que sea tenido en miras al momento de cometer un delito como un elemento de disuasión. Otro consiste en que la condena demostrativa de la violación de las pautas de convivencia revela una incapacidad intelectual o moral para opinar y contribuir a la toma de decisiones de índole democráticas. Otro argumento gira en torno a la promoción

²⁰ CSJN, Fallos325:524, cons. 14 del voto de los ministros Fayt y Petracchi.

de la responsabilidad cívica que genera esa restricción, lo que coadyuvaría a reflexionar sobre la importancia del respeto a la ley. Otra sostiene que este tipo de restricción constituye una protección del orden electoral, indicando como valor defender a las urnas del posible fraude electoral y que podrían desarrollar aquellos con poco apego al cumplimiento de las restantes normas organizativas de la convivencia social. Un argumento fuerte para continuar vedando este derecho resulta ser los supuestos costos que les requieren a los estados realizar la posibilidad de voto de las personas condenadas que se encuentran en cárceles.

Por el contrario, existen múltiples argumentos de peso que permiten demostrar el valor que contiene el voto de los condenados de modo general, no se ha demostrado que las sociedades en las que se prohíba de manera general el voto a los condenados tengan una incidencia directa con la tasa de reincidencia o menor índice de delictividad, parece más bien ser un punto no tenido en cuenta por aquellas personas que delinquen, por lo que difícilmente pueda resultar un estímulo disuasivo.

Con la adopción de estas limitaciones se genera una especie de voto calificado, el cual fue descartado en las democracias modernas por ser violatorio de derechos humanos. Se agrava esa calificación cuando este dato se junta con el de selectividad del sistema penal, en los cuales las personas condenadas son grupos vulnerables, con una marcada concentración sobre sectores en condiciones socioeconómica desventajosas, con niveles educativos bajos, sin empleo estable lo que potencia aún más la desigualdad.

Al ser tan marcado el perfil de los condenados, termina recayendo en una prohibición selectiva y antidemocrática, se invierte el principio de voto universal, y se cae de forma indirecta en un criterio de restricción de derechos vedados por la CADH, esto es el recorte de derechos por la *condición social o económica* del grupo.

Así, permitir el ejercicio de este derecho político fundamental, acompañado de un trabajo de educación en valores democráticos, no solo de los condenados sino de la sociedad entera, permite a los ciudadanos percibirse como factor indispensable, útil, confiable en la construcción de la convivencia social. Por el contrario, la separación que genera la exclusión del voto implica profundizar la distancia social entre el condenado y la comunidad, colaborando en la imposibilidad de una real reinserción posterior.

En este punto puede dimensionarse que esta problemática no es menor y, sí aún invisible o escasamente visibilizada en las sociedades modernas, es uno

de los tantos lugares en los que aún se esconden los resabios más primitivos de castigo y segregación. Ante la falta de conciencia de este derecho violentado millones de personas en todo el mundo no participan en la vida democrática.

Fuera está de discusión que cuanto mayor y más diverso es el electorado, la democracia se nutre de los distintos puntos de vista, y eso mejora la calidad de los sistemas democráticos. Así la incorporación de las opiniones básicas de quienes son captados por el sistema punitivo del estado podría aportar valiosas perspectivas sobre decisiones en relación con las penas, situación de encierro, y modos preventivos útiles de recurrir a dichas herramientas que son de uso restrictivo por parte de los estados modernos.

Ahora bien, retomando la situación actual en Argentina, podemos afirmar que las leyes aún vigentes restrictivas del derecho a votar de los condenados son inconstitucionales, que no fueron precedidas del más mínimo análisis respecto de los fines o beneficios de tales limitaciones. Nuestra Constitución y bloque constitucional consagran este derecho como un derecho humano básico, permite su reglamentación y limitación por razones fundadas orientadas a fines superiores, la actual reglamentación no posee esas características; de allí su inconstitucionalidad. Además, el estado de situación riñe con el concepto de voto universal consagrado a partir de la reforma de 1994 en la Constitución.

En los fallos “Procuración Penitenciaria” y “Orazi”, cuyas sentencias de Cámara datan de varios años, el poder judicial ordenó que el poder legislativo dicte un acto estatal propio de sus funciones en orden a establecer la realización del derecho al voto de los condenados o, en su caso, reglamentar limitaciones acordes con las exigencias constitucionales y convencionales. El Congreso recibió múltiples proyectos de ley que no fueron si quiera tratados, demostrando falta de interés o imposibilidad de instalar el tema en la agenda de prioridades del órgano.

Entre los proyectos de ley ingresados al Congreso podemos mencionar el 159-D-2016 presentado por la PPN en marzo de 2016, los expedientes 5735-D-2016, 0955-D-2018, 1310-D-2017, 1349-D-2019 y 0268-D-2021. Ninguno de ellos prosperó, incurriendo así en la mora del legislador, en dar solución a este problema. Nótese que en el año 2019 se adoptó una reforma integral en materia electoral que incluyó diversas reformas del CEN, a través de la ley 27.504. En dicha reforma no se incorporó este tópico.

Ahora en “Orazi”, en oportunidad de ser resultado por la CSJN, el Procurador, al emitir su dictamen y que la Corte hizo propio, expresó allá por el año en 2017 que: *“Para el supuesto de constatarse la renuencia o inacción del Poder Legislativo, el plazo estimativo dispuesto en la sentencia facilita la tarea judicial de supervisar su cumplimiento en el marco del proceso de ejecución, de modo de evitar que la situación actual de afectación del orden constitucional se prolongue irrazonablemente en el tiempo”*.

Pues bien, está claro que el plazo estimativo impuesto por la Cámara Nacional Electoral se ha prolongado irrazonablemente, sin que el poder legislativo haya dictado la norma en cuestión. Corresponde preguntarse si la única solución a este problema es aguardar indefinidamente el dictado de una ley; la respuesta a mi entender debe ser negativa. Ello no solo porque ante derechos concretos conculcados, el Poder Judicial debe dar respuesta, sino que dilatar esta situación expone a nuestro país a incurrir en responsabilidades internacionales.

Al estar este derecho reconocido pero no en vigencia, se ve afectado el derecho a la tutela judicial efectiva y plazo razonable, por consagrar un derecho y no velar por su cumplimiento efectivo en plazo razonable.

Respecto al art. 1 de la Convención Americana se ha aclarado que el deber positivo de los estados en orden a los derechos humanos “implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”, y que es “deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²¹. En ese contexto los estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

De allí se desprenden una serie de obligaciones sobre el Estado Nacional que impactan en el marco de acción no solo de los poderes ejecutivo y legislativo, sino también judicial, no siendo excusa aceptable la omisión por parte de alguno de los poderes del Estado Nacional. Por ello, el poder judicial, como última instancia, debe instrumentar una solución para evitar la frustración del derecho reconocido.

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 11-90, “Excepciones al Agotamiento de Recursos Internos”, 10 de agosto de 1990.

De estos principios surge la necesidad de desprenderse de las concepciones clásicas del producto del poder judicial, excluye la actividad de legislar, y allí se genera toda una serie de resoluciones judiciales que, en palabras de Néstor Sa-güés²², podrían denominarse monogénicas, y son definidas así por implicar una actividad creadora de normas, inferidas del texto constitucional.

Entre la actividad monogénica se encuentran las sentencias exhortativas que, si bien a nivel comparado el método anoticiador a los restantes poderes del estado no resulta del todo eficaz, reviste una alternativa prudente para instar a los demás órganos del estado a emitir actuación que les es natural. La elección de estas sentencias presenta numerosos desafíos, que no tienen previstos en nuestro ordenamiento una solución expresa, por ejemplo, cómo proceder ante un incumplimiento por parte de otro órgano del estado. Un ejemplo de los recursos desarrollados por la CSJN en caso en que la sentencia exhortativa no generó el efecto deseado resulta ser el caso “Badaro”²³. Lo que exige la creatividad y uso asertivo del poder del sentenciante.

Así, concluyo que la encerrona generada en la consagración de este derecho puede y debe encontrar soluciones que no conduzcan al único callejón sin salida de aguardar que el poder legislativo tenga en agenda una temática que esta negada por la mayoría de la sociedad.

En el contexto actual los sistemas regionales reclaman un potenciamiento jurisdiccional que invita, y a veces exige, la adopción de pautas tuitivas y efectivas. Máxime cuando se tiene a mano la existencia de una ley y reglamentación, y su aplicación de manera extensiva y analógica, permitiría resolver los problemas de índole logísticos de la realización del voto, como lo es la ley 25.858 y decreto 1291/2006 para el voto de los detenidos no condenados.

Si bien aún alejados de la consagración del voto de los detenidos, lo cierto es que nos encontramos en un camino de avance en la protección de tal derecho humano y en extender la universalidad del voto, lo que permitirá asegurar la pluralidad de ideas y de votantes que refuerce la realización plena del sistema democrático. Aún frente a la vigencia de la antigua convicción de que a quienes rompen con el contrato social les corresponde la muerte civil y la imposibilidad de ser reintegrados a dicha socialidad, que riñe con la dignidad humana.

²² SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, L.L. 2005 F 1461.

²³ CSJN, Fallos 329:3089

REGLA 11

Detención domiciliaria. Perspectiva de género. Estereotipos

ROBERTO NELSON BARABANI*

MARÍA JIMENA SENDRA**

I. Objeto

El presente artículo tiene por finalidad establecer si la detención domiciliaria de la mujer madre, en conflicto con la ley penal establecido en el art. 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal se condice con los estándares internacionales en materia de protección de derechos de las mujeres o si la misma contiene estereotipos de género y, en su caso, cuáles.

A tal efecto, se procederá a examinar la naturaleza jurídica del instituto, a partir de su regulación legal y suprallegal; posteriormente se analizarán estereotipos de género y la forma de abordarlo, garantizando el derecho de este colectivo, sin discriminación.

* *Abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Profesor Superior Universitario. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Secretario de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Rosario a cargo desde el año 2007 de la Secretaría de Ejecución Penal de dicho Tribunal.*

** *Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Prosecretaria letrada de la Defensoría Pública Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro.3 de Rosario. Desde el 2008 es Defensora Pública Coadyuvante de las Defensorías Públicas oficiales ante los Tribunales Orales de Rosario. Participó en "Itinerario formativo de especialización en violencia de género e intrafamiliar y constitución de una red de especialista de género. XXV edición 2022. Organizado por consejo judicial del España. Fue becada para la participación. Participó del "IX cohorte del programa de actualización de género y derecho" organizado por la Facultad de derecho, de la UBA (2022) Aprobó la diplomatura en abordaje de conflictos jurídicos con perspectiva de género. De la Universidad de San Isidro. (2022)*

II. Normativa aplicable: internacional y nacional

Los estándares generales de derechos humanos aplicables a las mujeres privadas de libertad establecen deberes estatales en la materia, entre ellos, la necesidad de transversalizar, la normativa penitenciaria y las resoluciones judiciales con perspectiva de género, como así también aplicar estrategias orientadas a obtener medidas alternativas a la privación de la libertad.

La prisionización de mujeres tiene efectos devastadores sobre este colectivo y su familia, que pueden generar, en el caso puntual, grandes violaciones a los derechos humanos.

Así se relevó que: *“Los efectos de incluso un período relativamente corto en prisión son por lo común devastadores para una mujer que aún no ha sido juzgada particularmente si es única cuidadora de sus hijos/as. Una mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios para mantener a los/as niños/as”¹.*

Si bien la referencia es sobre mujeres procesadas, claramente, es aplicable a aquellas que se encuentran condenadas.

A raíz de la visibilización de género y del impacto diferencial que tiene la cárcel se fueron gestando, a nivel internacional, una serie de estándares, observaciones y recomendaciones que brindan un marco de protección de las mujeres encarceladas, tendientes a que se establezcan medidas alternativas a la prisión.

Estos estándares se encuentran regulados en:

- *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos;
- *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio);
- *Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok);

¹ BASTICK, M. y TOWHEAD, L., *“Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos, Representación Cuáquera ante Naciones Unidas”*, Año 2008, pág. 121-122

*Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas);

* La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y su Protocolo Facultativo² y

* La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) —en el sistema regional—.

Lamentablemente, nuestro país no estableció medidas alternativas a la prisión de las mujeres madres, pero sí la posibilidad de la detención domiciliaria a *mujeres embarazadas, madres de niño menor de 5 años o con discapacidad a su cargo*; a través de la ley No. 26.472.

La legislación nacional amplía los supuestos en los que se puede solicitar la sustitución del encarcelamiento en prisión por la detención domiciliaria. De esta manera se modifica, el artículo 10 del Código Penal de la Nación, los artículos 32, 33 y 35 de la ley No. 24.660 de Ejecución de la Pena, y el artículo 502 del antiguo Código Procesal Penal de la Nación.

Siendo esta, hoy, la única herramienta útil para que el sistema de administración de justicia adopte una respuesta sensible a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra este colectivo y, en consecuencia, entendemos debe ser reconocida como un avance a favor de la protección de los derechos de las mujeres detenidas y de sus hijas e hijos.

Esta regulación legal debe ser interpretada en el marco de la obligación de protección calificada que los tratados internacionales atribuyen a las mujeres y a la infancia y de las obligaciones de los Estados de legislar y realizar acciones positivas en su favor.

La importancia del instituto radica en ser *una “modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de la libertad en la que, con la finalidad de garantizar el predominio de la tutela de principios jurídicos distintos de la adecuada reinserción social del condenado a través de su encierro en un establecimiento penitenciario y en los supuestos expresamente previstos por la Ley, el juez puede disponer la pena impuesta en la casa del interno o en un lugar de residencia sustituto”*³.

² Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

³ AROCENA, Gustavo A. – CESANO, José D, “*Instituciones de derecho penitenciario*”, Buenos Aires,

Por lo expresado, las medidas alternativas a la prisión, como el arresto o prisión domiciliario, son una herramienta, menos lesiva o intensa, desde el punto de vista punitivo, dado que, en caso de aplicar una privación penitenciaria de la libertad, se violaría un valor superior y, de este modo, se evita la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Convención Americana de Derechos Humanos artículo 5.2, 10 Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 25 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre)

III. Los estereotipos de género y la ley 26472

La ley 26.472, como ya expresamos, si bien constituyó un avance en el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres embarazadas y madres encarceladas y de las niñas y niños que se encuentran a su cuidado, ha recibido numerosas críticas, entre ellas, y en lo que aquí importa, por establecer en su redacción estereotipos de género.

¿Qué son los llamados estereotipos de género?

Se entiende por estereotipos a aquellas construcciones sociales y culturales sobre las personas a partir de sus distintas condiciones físicas, sociales o culturales.

Será de género cuando se trata de una visión generalizada o una idea preconcebida sobre *los atributos, características o funciones específicas, únicamente por su pertenencia al grupo social masculino o femenino*⁴.

En el caso “*Campo Algodonero*”⁵, la Corte IDH definió el estereotipo de género como la situación de subordinación de las mujeres se vincula con prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, “*condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial*”. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales.

ed. Hammurabi 1° edición, pág. 26.

⁴ Concepto de estereotipos de géneros, extraído de la página del Alto Comisionado de Naciones Unidas desarrollado. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/women/gender-stereotyping>

⁵ Corte IDH, “*Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

Un estereotipo de género es perjudicial cuando limita la capacidad de las mujeres y los hombres para desarrollar sus capacidades personales. Ya sean abiertamente hostiles (como “*mala madre*”) o aparentemente benignos (“*buena madre*”), los estereotipos perjudiciales perpetúan las desigualdades. Por ejemplo, la visión tradicional de las mujeres como cuidadoras significa que las responsabilidades del cuidado de los niños suelen recaer exclusivamente en ellas.

Es decir que estos perjudican a las mujeres cuando les asignan roles subordinados en la sociedad, y devalúan sus atributos y características.

La normativa internacional trabaja por la eliminación de los estereotipos de género en las leyes y en las prácticas estatales. Así, tanto el artículo 5.a) de la CEDAW como el artículo 8.b de la Convención de Belém do Pará, exigen modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar los prejuicios y las prácticas, pero lamentablemente difíciles de erradicar y, en el caso que nos ocupa, es perpetuado en la ley y en las sentencias judiciales.

El estereotipo que establece es el de asignar a la mujer el rol de cuidar, la mujer como una ama de casa, siendo esta una herramienta para excluirla y limitar sus oportunidades en la vida pública.

La ley en estudio no escapa al androcentrismo que caracteriza al derecho en general, por cuanto este sistema patriarcal supone que las características naturales de la mujer conllevan a asignarle este rol, impropio para las características naturales del hombre. La mujer resulta acreedora a este trato más benévolo del sistema judicial cuando su situación personal responda a las expectativas de comportamiento femenino.

Si bien este estereotipo sitúa en una posición más favorable a las madres encarceladas, no puede soslayarse que solo habilitan la concesión del arresto domiciliario en su función reproductora, en su rol de madre o de encargada del cuidado de otras personas.

Reiteramos que, aunque la realidad social indica que las mujeres son las responsables de la crianza y cuidado de terceros, lo cierto es que este trato legal diferenciado refuerza aquellos estereotipos que asignan a las mujeres un rol en la esfera doméstica, aunque a corto plazo implique una medida que mejora su posición.

La dificultad para abordar este tipo de casos se basa en la necesidad de erradicar esos estereotipos con la obligación de atender a las necesidades específicas que presentan este colectivo.

En el caso “*Artavia Murillo*”⁶, la Corte Interamericana analizó el modo en que los estereotipos de género identificados —vinculados con la maternidad y con la paternidad— afectaron de modo diferencial a varones y mujeres, es decir, los reconoció y visibilizó para precisar el impacto desigual de la prohibición de los tratamientos de fertilización asistida en Costa Rica, que habían afectado desproporcionadamente a las mujeres.

Sobre este tema se entiende que podrá evaluarse su aplicación a un varón que ejerza las tareas de cuidado y, de esta manera, se evitará que la norma reforce el estereotipo de las mujeres como responsables del cuidado familiar.

La solución al caso la deben aportar los principios de derechos humanos tales como el de protección de la familia, la dignidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el de trascendencia mínima de la pena, la protección especial al embarazo y la maternidad, el interés superior del niño o niña.

Esta equiparación no implica a nuestro criterio un perjuicio a los derechos de las mujeres; por el contrario, superador en la medida que equipararía a hombres y mujeres con hijos e hijas en cuanto a sus responsabilidades parentales.

Este criterio fue sostenido, por ejemplo, en el Tribunal Oral No. 3 de Rosario, que en el marco de la causa 2749/2020, mediante Resolución No. 2021/21, concedió, en forma provisoria la detención domiciliaria al señor Panatore para el cuidado de sus hijos, quienes estaban al cuidado de un familiar.

Lamentablemente, el incidente de detención domiciliaria estuvo signado por el estereotipo de “...*la madre como la única responsable del cuidado de los niños...*”, ya que después de casi dos meses tratando el juzgado de requerir a organismos provinciales y municipales sobre la posibilidad que estos acompañen a la misma en el cuidado de ellos, debieron dar la detención domiciliaria al señor Panatore.

Asimismo, este mismo Tribunal dispuso, en el marco de la causa Fro. 9190/2013 la detención domiciliaria del señor Herrera para que acompañara a su mujer, en un embarazo de riesgo y ayudarla con el cuidado de su hijo.

En idéntico sentido se pronunció la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, Causa No. 15.656, “*Rossi, Maximiliano s/ recurso de casación*”, voto del juez Cabral, al que adhirieron los jueces Madueño y Borinsky.

⁶ Corte IDH, “*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrs. 294 y 302.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación, concedió la detención domiciliaria a un hombre por entender que *“Si bien se trata del “padre” de los menores de edad, las edades de los niños en cuyo interés superior se solicita la prisión domiciliaria, se condicen con el límite etario establecido por la norma en cuestión. Además, tal como lo expresa la defensa en su escrito, la CDN reconoce en su artículo 9 que los Estados Partes deberán velar porque el niño no se encuentre “separado de sus padres”, así como también en su artículo 18.1 establece que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño...”*⁷.

Este proceder no hace más que demostrar que la distribución estereotipada de los roles de crianza y cuidado son persistentes y difíciles de erradicar.

Ahora, en líneas generales, si bien la sanción de la ley 26.472 constituyó un avance en el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres embarazadas y madres encarceladas y de las niñas y niños que se encuentran a su cuidado, presenta falencias en su técnica legislativa que ponen en peligro el efectivo respeto a los derechos que le dan fundamento.

De la lectura de fallos sobre la materia se desprende el concepto de buena o mala madre, es decir, concepciones estereotipadas acerca del comportamiento que se espera de una buena madre.

Existe un prejuicio común, según el cual las mujeres en conflicto con la ley penal son malas madres, prejuicio que se ve reforzado por medio de prácticas judiciales y penitenciarias, ya que sus operadores perciben la situación como una ruptura de la imagen idílica de la madre dedicada.

En estos razonamientos es fácil observar cómo influyen los prejuicios de las operadoras y operadores jurídicos, ya que de los delitos imputados o cometidos por las mujeres (salvo aquellos dirigidos contra sus hijas o hijos) no resulta sencillo derivar su aptitud como madres.

En otro caso, el Tribunal Oral No. 3, en el marco del incidente de prisión domiciliaria de Juárez, Pamela (Expediente con FRO 6779/2019/TO1/14), rechazó la detención domiciliaria de una mujer pese a tener un hijo al cuidado de su abuela, por entender que *“... su salud emocional ha sido, cuanto menos, alterada en el momento en el que residía con su madre, Pamela Juárez...”*.

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 10.036, *“Martínez Escobar, Gustavo s/ recurso de casación”*. Consultado en: https://www.mpd.gov.ar/users/capacitacion/Mart%C3%ADnez_Escobar.pdf

Aquí el juez reproduce expresiones y razonamientos que cristalizan aquello que debe entenderse por “mala madre” basándose, en consecuencia, en un prejuicio que carece de sustento racional y jurídico.

La referencia a la alegada calidad de madre, la Cámara Federal de la Plata sostuvo que: “*Carece de raigambre constitucional y legal negar el encarcelamiento domiciliario con arraigo en la clase de ilícitos, los bienes jurídicos tutelados o el presunto “mal ejemplo” de la progenitora, en razón de que tales criterios importarían delegar aquel a las valoraciones morales del juez, estrictamente subjetivas, y no a pautas más objetivas, como son los principios de derecho internacional...*”⁸.

IV. Conclusión

Si bien la legislación nacional no establece para las mujeres medidas alternativas a la prisión, la ley 26.462 ha establecido como forma de morigerar la detención, la posibilidad que cierto grupo de mujeres obtengan la detención domiciliaria. Si bien la normativa en análisis presenta estereotipos de género, al permitir la detención domiciliaria a mujeres madres, asignando a estas un rol de cuidado, lo cierto es que, en el contexto actual, las detenciones domiciliarias deben ser conjugadas con otros principios, a saber: el de intrascendencia de pena a terceros, el interés superior del niño, y la necesidad de protección de la familia, cualquiera sea su conformación.

El colectivo de mujeres detenidas reviste la condición de doblemente vulnerables, conforme *Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia* por lo que los operadores del sistema de justicia deben tenerlos en cuenta al momento de hacer intervenciones propias de sus funciones, por lo que, a la hora de analizar estos planteos, es importante conocer la situación de cada mujer en particular, indagar en su historia de vida y así conocer los factores de vulnerabilidad.

Es dentro de estos contextos que deben analizarse las detenciones domiciliarias de mujeres madres, deconstruyendo aquellos estereotipos sexistas.

En el avance de la evolución de derechos de las mujeres en conflicto con la ley penal, es inconcebible la utilización de conceptos de “*mala madre*”, “*buen madre*”.

⁸ Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa N° 1406/2012/5, “*Costa Ponce Rodríguez s/ incidente de prisión domiciliaria*”. Consultado en: <https://www.mpd.gov.ar/users/capacitacion/Costa%20Ponce%20Rodriguez.pdf>

En consecuencia, cuando la judicatura rechaza una solicitud de arresto domiciliario en función de estos estereotipos de género, se produce una discriminación prohibida que, hasta puede constituir, a su vez, una forma de violencia institucional.

Y es allí donde radica la importancia de analizar los casos a estudio con perspectiva de género.

La ley 26.485 de Protección Integral tiene como objetivo promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, la erradicación de la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art. 2). Para ello, sus disposiciones son de orden público (art. 1), por lo que compromete a los tres poderes del Estado (art. 7). Especialmente, los obliga a adoptar medidas necesarias para obtener en cada una de sus actuaciones el respeto de los fines de la norma, para lo cual deberán garantizar la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres (art. 7 inc. a).

Por lo dicho, los estándares internacionales han reconocido que el principio de no discriminación requiere que los Estados tengan en cuenta los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal (Asamblea General Naciones Unidas, Reglas de Bangkok, Regla 60).

En este sentido, corresponde, para finalizar, citar las palabras de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en los autos “*O.B.N. c/ Estado Nacional (Agencia Nacional de Discapacidad) s/ amparo ley 16.986*” y recalcar la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género ya que ello no puede resultar “*...una opción y mucho menos una cuestión que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se queda sólo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto...*”.



REGLA 25

Breves reflexiones sobre las funciones de los psicólogos en las cárceles

MARCELA IRASTORZA*

I. Introducción. Planteo del problema

En este trabajo me propongo reflexionar sobre las distintas funciones que cumplen los psicólogos en relación con las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios, así como también repensar si esas múltiples funciones deben ser cumplidas por un mismo profesional.

Esta inquietud me surgió al momento de recibir en audiencia a los internos porque muchos me contaban que las entrevistas con las y los psicólogos se realizaban en presencia del personal de requisa, o situaciones en las que estos profesionales de la salud les preguntaban al comenzar la entrevista si ‘venían a cumplir con el área’. También me han explicado que en general las ‘sesiones’ son muy breves (15’ aproximadamente en algunos casos). Por otra parte, he percibido —a modo intuitivo, ya que no soy psicóloga ni tengo conocimientos médicos— que gran parte de los privados de libertad padecen sufrimiento o malestar psíquico. Algunos de ellos necesitan incluso tratamiento psiquiátrico. Otros, en cambio, solo asistencia psicológica.

En el medio de estas necesidades y dificultades, además, se les pide a los privados de libertad que avancen en la progresividad para acercarse a la posibilidad de tener algún tipo de egreso anticipado. El problema se presenta también porque al momento de fundamentar las calificaciones o en los informes de libertad se les pide ‘mayor compromiso’ o se les sugiere ‘que participen más de los espacios que brinda el área de psicología’, cuando esos mismos espacios son insuficientes o deficitarios.

* *Abogada, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales UNCo, Secretaria Delegada de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal.*

Desde otra perspectiva, todos sabemos de la escasez de recursos y de personal que tiene el Servicio Penitenciario Federal. Así como también, el esfuerzo que hacen los profesionales para poder atender la gran demanda vinculada a los padecimientos mentales que existe en las cárceles.

En función de lo expuesto, en este trabajo intentaré analizar las distintas funciones que la ley 24.660 pone a cargo de los psicólogos, las dificultades de la superposición de funciones a cargo de los mismos profesionales, el perjuicio que se deriva de ello y quién lo padece.

II. Funciones que cumplen los psicólogos de los Establecimientos penitenciarios

Los psicólogos cumplen diferentes funciones que se encuentran contempladas en la Ley 24.660, en relación con los privados de libertad. Me focalizaré, a los fines del presente trabajo, en las siguientes:

a. funciones relacionadas a la asistencia en salud mental: son aquellas en las que los psicólogos abordan problemáticas relacionadas a la salud mental, como ansiedad, angustia, problemas originados por el contexto de encierro. Por ejemplo, en el marco de las audiencias muchos internos me cuentan que padecen insomnio, que se sienten mal por estar encerrados en un pabellón oscuro todo el día (como los de la Unidad 5 de General Roca), que no le pueden contar a sus hijos que están presos, o tienen ideas suicidas, o padecen/padecían adicciones. En este caso, los psicólogos intervienen tratando de dar un cauce al malestar emocional, psicológico. Podemos decir que este es un rol que cumplen en el marco de lo dispuesto por el art. 143 LEP que establece: “El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral...” en consonancia con lo que dispone la ley 26.657 en su art. 7: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud...”. Esta ley define a la **salud mental** como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.” A su vez, el decreto No.

603/2013 reglamentario de aquella, define al **padecimiento mental** como “todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes...”. Es importante destacar que algunas circunstancias que producen padecimiento mental son anteriores a la privación de libertad, pero muchas otras surgen como efecto de las penas que se cumplen en prisión.

b. funciones vinculadas al Programa de Tratamiento: en este caso, el psicólogo trabaja vinculado con las restantes áreas treatmentales para coadyuvar a que el interno pueda trabajar reflexivamente en el respeto de la ley, la gestión de los conflictos sin violencia y la vida en sociedad y convivencia pacífica. Por eso, propondrá los objetivos del tratamiento psicológico dentro del área médica a la que pertenece y trabajará junto al interno para su avance en la progresividad.

Esta función se vincula con el principio de reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de libertad contemplado en el art. 1 de la ley 24.660 que dispone que: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada” (texto según ley 27.375).

Arocena¹ explica que hay dos modelos principales de readaptación social que se presentan: resocialización para la moralidad y resocialización para la legalidad. El primero de ellos se enmarca en los paradigmas resocializadores máximos en los que el objetivo es que “el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse”. Por el contrario, los paradigmas resocializadores mínimos o para la legalidad aspiran a que “el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley”.

¹ AROCENA Gustavo, “Las directrices fundamentales de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el derecho argentino”, artículo aceptado el 22-10-2007, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 572. Consultado en: [http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012201.pdf]

Este último, más acorde a los principios de un Estado democrático de derecho y que respeta el principio de autonomía, es el adoptado por el ordenamiento jurídico argentino.

El trabajo de los psicólogos, en este caso, como parte del tratamiento y junto con las restantes áreas, estará orientado a fortalecer la capacidad de autoconducción de los internos y de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción².

c. funciones orientadas a evaluar al interno: en este caso, los psicólogos desempeñan un rol muy diferente a los dos anteriores, ya que cumplen funciones periciales, actúan como auxiliares de la justicia. Junto a las restantes áreas califican trimestralmente a los internos, evaluando los resultados del tratamiento realizado por estos, asignándoles por ello una nota de concepto, y se expiden también en cada incidencia de libertad planteada. Son funciones que se encuentran contempladas en la LEP. Así, el art. 101 establece que: “El interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. 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 el 104, dispone que: “La calificación de concepto servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto.” Además, el art. 102 del dec. 396/99 dispone que: “Los dictámenes que emita el Consejo Correccional, en los casos de salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, indultos o conmutaciones de pena deberán contener como mínimo: ...e) Informe Médico: estado general psicofísico actual, antecedentes clínicos, mención de patologías de especial significación, atención médica en curso y necesidad y posibilidad de su continuación; ... h) Conclusiones: evaluación de los informes producidos por cada uno de los integrantes del Consejo Correccional, del tratamiento y sus resultados, el pronóstico de reinserción social y la opinión concreta sobre la cuestión en examen”.

El psicólogo Vitalich Sallán, integrante de PRISMA (Programa Integrante de Salud Mental Argentino), explica sobre las variadas funciones asignadas a los psicólogos en los establecimientos carcelarios que: “2. ..., hay funciones institucionales distintas que asumen profesionales de la salud mental, que en la

² CESANO José, “*Estudios de derecho penitenciario*”, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 177, cit. por ARO-CENA, ob.cit. pág. 574.

práctica tienden también a confundirse y superponerse -y en esto creo que la confusión es generalizada-: hay funciones periciales, orientadas a proveer de información de relevancia a lo largo de un proceso judicial, funciones de las áreas de criminología del SPF asociadas al llamado tratamiento penitenciario y funciones de tratamiento en salud mental, cuya función es ofrecer espacios para elaborar el padecimiento psíquico, interrogar sus condicionantes y producir e inventar resoluciones más felices”³.

III. Cuestiones problemáticas que se presentan por la superposición de funciones

a. Principios que rigen las diferentes funciones

En primer lugar, es necesario destacar que las diferentes funciones que cumplen los psicólogos de los establecimientos carcelarios se rigen también por principios distintos.

Es así que cuando estos profesionales atienden a los internos por razones de salud mental deben respetar las normas éticas que regulan la profesión, entre las que están incluidas el deber de secreto profesional.

Así lo establece en forma genérica la ley de salud mental en su art. 7: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: ... c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos...”. El deber de secreto profesional está expresamente contemplado en la Ley de derechos del paciente No. 26.529 (art. 2 incs. c y d) en la Ley de ejercicio de la medicina No. 17.132, art. 11 y en las respectivas reglamentaciones del ejercicio profesional de las disciplinas intervinientes.

En particular, respecto de las personas privadas de libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)⁴ mencionan el deber de confidencialidad de la actuación médica en varias reglas, pero vale destacar la No. 31: “... Todos los exámenes médicos se llevarán a cabo con plena confidencialidad”. Y la Regla 32: “1. La relación entre el médico

³ VITALICH SALLÁN Pablo Antonio, “Comentarios preliminares a la cuestión de la salud mental y la cárcel a la luz de la experiencia del PRISMA”, en Miradas interdisciplinarias sobre la Ejecución penal, IJ Editores, pág. 383.

⁴ Consultado: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf]

u otros profesionales de la salud y los reclusos estará determinada por las mismas normas éticas y profesionales que se apliquen a los pacientes en la comunidad exterior, en particular: ... c) la confidencialidad de la información médica, a menos que mantenerla pueda dar lugar a una situación de peligro real e inminente para el paciente o para terceros; ...”.

En sentido coincidente, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, en su Recomendación IV/2014 sobre Derecho a la Salud⁵, indicó que debe garantizarse el acceso a la salud a las personas detenidas, debiendo asegurar la “confidencialidad de todas las intervenciones en salud” (punto I. e).

Por el contrario, cuando los psicólogos intervienen evaluando a los internos para calificarlos o dictaminar en una incidencia de libertad, lo hacen como auxiliares de la justicia y hay quienes opinan que actúan bajo las reglas de la prueba pericial. En esos casos, por el contrario, se utiliza la información obtenida con motivo o en ocasión de las funciones.

En el BPN año 28 No. 735⁶ se explica que: “Si bien es sabido que, en el campo pericial en general, y en particular en la tarea que atañe a los Servicios Criminológicos, el profesional del área está relevado del secreto profesional, debe tenerse mucha precaución con aquello que se incluye en los informes y documentos producidos”.

Por este motivo, se ha señalado que existe incompatibilidad entre la función de atender la salud mental o actuar en el marco del PTI para lograr la reinserción social del condenado, y aquella consistente en evaluar al interno y opinar si se encuentra en condiciones de regresar anticipadamente al medio libre.

Sobre la temática, Vitalich Sallán ha destacado la importancia de “... Constituir un ámbito de tratamiento en salud mental resguardado por el secreto profesional. Esto es que se distinguiera franca y realmente de las funciones periciales o criminológicas con la que tendía a confundirse por cómo está instalada la circulación de información —lo cual incluye las historias clínicas— entre las agencias del poder judicial y el servicio penitenciario. ¿Por qué? Por la sencilla, casi obvia razón de que un espacio de orientado al tratamiento del dolor psíquico requiere como condición de posibilidad que alguien pueda decir sin que ese decir se vuelva objeto de una transcripción valorativa que tiene consecuencias

⁵ Consultado:[<https://sistemacontrolcarceles.gob.ar/recomendaciones/>].

⁶ Consultado en: [<https://boletines.spf.gob.ar/PublicSPF>].

directas sobre su libertad o cualquier otra cosa en la que pudiera haber un interés. Aun cuando estén dadas las condiciones dicho ámbito es una conquista: de manera general, nadie confía en que puede ser escuchado sin que eso que se escucha resulte en alguna suerte de calificación o un juicio que pudiera tener consecuencias tanto formales como informales...es difícil, en un ámbito así, que alguien pueda abstraerse de la sensación de que está constantemente bajo evaluación”⁷.

En esa dirección, creo que se afecta la confidencialidad del tratamiento de salud mental no solo cuando las ‘sesiones’ o audiencias con los psicólogos se realizan en presencia del personal de requisa —como ocurre en la Unidad Residencial I del CPF V por razones de seguridad y por falta de locutorios especiales— sino también cuando se usa información o impresiones personales obtenidas en el marco de la atención en salud mental, para luego utilizarlas en las evaluaciones que se hacen de los internos.

La Procuración Penitenciaria, en diversos documentos, ha expresado que: “...de acuerdo con los monitoreos que se realizaron en relación con la modalidad de las entrevistas psicológicas, en algunas Unidades no se verifica el debido cuidado de la *confidencialidad* durante las mismas, las cuales muchas veces se realizan en salas que carecen de puertas y ante la presencia de personal de seguridad. Prácticas de ese tipo ciertamente entran en conflicto legal con el derecho básico en la asistencia de la salud mental, como es el resguardo de la intimidad en los tratamientos que se brindan”⁸.

Y, en el mismo documento, han señalado que: “existe una paradoja en la presencia de la variable psicológica en lo que hace a la progresividad del régimen, así como hay una contradicción interna en la idea misma del psicólogo “evaluador”... Habría que señalar, además, los obstáculos y vicisitudes que en la actualidad resultan del hecho de que los psicólogos deban, entre sus demás funciones, evaluar y calificar a los internos a quienes, a su vez, asisten desde el punto de vista de la salud mental: fundamentalmente, la cuestión de las calificaciones hace de tope, de obstáculo a la labor “terapéutica”. En primer lugar, se trata de algo que genera roces y resquemores entre los detenidos y los profesionales que deben asistirlos. De esa manera intercede en el trabajo terapéutico y lo obsta-

⁷ VITALICH SALLAN, op. cit., pág. 388-389.

⁸ PPN, Buenas prácticas en salud mental en contextos de encierro, del 14-09-2017, pág. 5. Consultado en: [<https://www.ppn.gov.ar/index.php/component/k2/item/1005-informe-sobre-las-practicas-en-salud-mental-dentro-del-ambito-del-servicio-penitenciario-federal>].

culiza, ya que impide que se pueda aprovechar el espacio terapéutico como un espacio de la palabra. Por ello mismo resulta, por lo general, éticamente cuestionable; y no solo éticamente, ya que legalmente no se puede obligar a alguien a realizar un tratamiento psicológico, tal como lo señala la Ley Nacional de Salud Mental⁹.

b) Garantía contra la autoincriminación y juzgamiento de autor

Otra de las cuestiones que advierto como problemática en relación a esta superposición de funciones, tiene que ver con que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (art. 18 CN, 14 inc. g del PIDCyP) y con el principio de reserva que surge del art. 19 CN que da origen a la garantía del hecho: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Recojo para el presente análisis las reflexiones del Instituto de Criminología —órgano técnico criminológico del SPF— en el BPN año 28 No. 735 en relación con la necesidad de exigir a los internos que expresen arrepentimiento por el hecho cometido que, si bien se refieren a una cuestión diferente, son parcialmente aplicables al objeto de este trabajo.

En primer lugar, es importante atender a la finalidad de las entrevistas con los psicólogos. Para explicarlo sencillamente, podemos decir que si el interno cuenta situaciones personales en el marco de una sesión de psicoterapia eso nunca podría ser usado para generar un concepto o una imagen del interno que lo perjudique en sus calificaciones o incidencias de libertad. Pongo un ejemplo para que se entienda: si le cuento a mi psicóloga que tengo muchas dificultades para reaccionar con tranquilidad cuando me encuentro frente a situaciones que me parecen injustas o que no corresponden, y la terapeuta me ayuda a intermediar entre el pensamiento y la acción; no podría luego la profesional describirme como una persona que “no controla sus impulsos”, porque se lo conté bajo las reglas del secreto profesional. Me parece lógico que, cuando uno sabe que será evaluado, se prepara de una forma diferente y tiene quizás más cuidado con las propias expresiones.

⁹ Idem art. cita nro. 7, pág. 6-7.

Entiendo que usar la información obtenida en el marco de una sesión de psicoterapia para calificar o dictaminar sobre la libertad anticipada de un interno afecta por un lado la garantía contra la autoincriminación porque se está utilizando esa información con fines diferentes para los que fue obtenida. Creo que si el interno sabe que “lo que le diga al psicólogo puede ser usado en su contra”, quizás adoptará otros recaudos. Y, por otra parte, también se afecta la garantía del acto porque solo pueden valorarse los hechos o actos que la persona realiza mientras se ejecuta su pena y no sus características personales, ya que, si así fuera, estaríamos juzgando a la persona y no lo que ella hace (juzgamiento de autor). Pablo Vacani explica que, por el principio de culpabilidad de acto “sólo pueden ser castigados ‘hechos’, respecto de actividades realizadas por el interno y el contenido de éstas conforme los presupuestos definidos por el organismo penitenciario y no un cierto ‘carácter’, ni una determinada ‘personalidad’ o la errónea ‘conducción de la vida’¹⁰.”

Insisto. No es lo mismo hablar con un psicólogo para trabajar un malestar de salud mental, o para trabajar aspectos conflictivos de nuestra personalidad —que todos tenemos— o algún malestar ocasionado por el encierro, que presentarse a una entrevista donde sabemos que vamos a ser evaluados y que está en juego nuestra libertad.

Por eso, comparto las reflexiones del Instituto de Criminología en cuanto a que “es necesario que el detenido conozca y sepa los motivos por los cuales será entrevistado en cada una de las instancias de tratamiento, los límites de la confidencialidad, las consecuencias de sus respuestas y las personas y ámbitos con las que se compartirá la información relevada. Con todo, el profesional de Criminología como aquel que se desempeña en las áreas de tratamiento no está exento de cuidar la intimidad del interno/a (artículo 19 CN). Esta modalidad de trabajo forma parte de una posición ético-profesional basada en una razonable expectativa de confianza entre entrevistado-entrevistador, donde la información que en ese ámbito surja quedará exenta del conocimiento generalizado y no será objeto de intromisiones arbitrarias”.

¹⁰ VACANI Pablo, “Reformulación de los principios de la Ejecución Penal a través de la noción de acto o hechodel proceso”, Revista de derecho penal y criminología/ Número: 2019 (2 Mar.) (Revista)

c) Autoevaluación del tratamiento

Por último, también puede ocurrir que no exista 'transferencia positiva' entre un interno y un determinado profesional. Pero si el profesional que evalúa al interno es el mismo que atiende su demanda en salud mental, es probable que se atribuya esa falta de compatibilidad exclusivamente a la personalidad del interno. O también puede pasar que el trabajo del psicólogo esté fallando, porque tiene mucho trabajo, es muy estresante, no tiene tiempo de capacitarse, y esa falta de resultado se atribuya exclusivamente al privado de libertad.

Esto es lógico porque es el interno el que corre con desventaja: él es el sujeto de evaluación y, además, es el condenado por un delito. Pero acá, una vez más, será necesario ser prudentes con la mirada que se tenga con estos dictámenes de los profesionales de la salud mental que le brindan un tratamiento al interno, pero, al mismo tiempo, evalúan los resultados de ese mismo tratamiento que ellos brindan.

IV. Conclusión y propuestas

Este breve desarrollo no tiene por objeto hacer una crítica del trabajo que hacen los psicólogos de los establecimientos carcelarios.

Tengo profundo conocimiento de las adversas condiciones en las que trabajan, la sobrecarga de tareas, la multiplicidad de funciones que deben asumir, lo ingrato y estresante que es trabajar en contextos de encierro. Además, entiendo como razonable que se adopten dispositivos que resguarden la seguridad del profesional cuando entrevistan internos agresivos o violentos. La propuesta es que esas medidas que garantizan la seguridad del profesional al mismo tiempo resguarden la intimidad de los pacientes, lo que seguramente favorecerá la relación de confianza que debe existir con el terapeuta.

El análisis realizado tiene que ver, en realidad, con una cuestión funcional: el psicólogo que trabaja en el tratamiento o que atiende el malestar en salud mental del privado de libertad no puede ser el mismo que evalúa al interno.

Los principios que rigen las diferentes intervenciones son contrapuestos: en un caso, es imperioso preservar la confidencialidad y secreto profesional de las declaraciones del paciente, mientras que cuando la persona es evaluada, o

sujeto de una pericia, la materia prima del informe es justamente la información obtenida en el marco de la entrevista. En segundo lugar, el *psicólogo evaluador* se forma una opinión de su paciente y puede terminar juzgando su personalidad más que los hechos que realiza durante la ejecución de su condena, circunstancia que está vedada por el principio de reserva. Por último, el psicólogo que evalúa, también está juzgando la eficacia y los resultados del tratamiento que realiza como profesional de salud mental. Y creo que todas las falencias de ese tratamiento quedarán imputadas al interno, porque nadie puede juzgar el propio trabajo. Es difícil que el profesional pueda decir que el interno no mejora porque él no ha utilizado las herramientas correctas.

Está claro que la sanción de una ley como la de salud mental no modifica automáticamente las prácticas y tradiciones. Y creo que el tratamiento de salud mental que se brinda en las cárceles del sistema federal continúa bajo el paradigma del modelo tutelar. Vitalich Sallan explica que el modelo tutelar que es paternalista, asistencialista, punitivista, normativista y asume como normal la asimetría entre quien asiste y quien es asistido, tiende a focalizar la trasgresión en la personalidad del individuo. Por el contrario, el cambio de paradigma que implicó la sanción de la ley de salud mental busca dejar de pensar cómo son las personas para "...instalar y problematizar qué cosas afectaban y producían malestar en estas personas y qué hacíamos y que creíamos había que modificar para elaborar el dolor. No pensar en términos de quién es alguien, sino en términos de qué padece alguien...".

Y lo que en general afecta a quienes están privados de libertad son las propias condiciones de detención, las dificultades de la vida carcelaria "... la cultura tumbera, las condiciones de co-habitabilidad, el hacinamiento, la gestión de la carencia, el tiempo muerto y el encierro, la dificultad para sostener los afectos, la burocracia que dilata el acceso a derechos como salud, educación y trabajo..." Por eso, es importante no cargar estas circunstancias exclusivamente en la cuenta del interno.

Sabemos que la atención psicológica que se brinda en las cárceles ya sea por la escasez de personal y el exceso de trabajo, porque continúan trabajando con el modelo tutelar, es deficiente. Pero eso no puede redundar en perjuicio de los privados de libertad.

Creo que es necesario no solamente desdoblarse las funciones de los psicólogos en los establecimientos carcelarios, poniendo a cargo de un psicólogo im-

parcial la evaluación del interno en instancias calificadoras e incidencias de libertad, sino también ser prudentes al momento de la valoración de esos informes y poder ver si realmente son elaborados por un psicólogo neutral, así como también analizar a conciencia cuáles han sido los resultados del tratamiento efectivamente recibido por los privados de libertad.

REGLA 24

El derecho a la salud extramuros de las personas privadas de la libertad

LUCAS M. OLLER*

I. Introducción

El ingreso a prisión no despoja a la persona de la protección de la Constitución Nacional y las leyes, la dignidad humana importa que las personas encarceladas continúan siendo titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso¹.

El conjunto de las personas privadas de su libertad resulta un colectivo especialmente vulnerable conforme lo consagran las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad². La fuerte restricción de su libertad ambulatoria, la sujeción a controles estatales intensos y la obligada cohabitación hacen que las deficiencias inexorablemente comprometan el ejercicio de derechos de todo el colectivo, y solamente las soluciones estructurales pueden satisfacer el interés de cada uno y de todos.

En el presente analizaremos el derecho de los internos a acceder a los servicios de salud pública, abarcando no solo lo atinente a la atención en las áreas médicas obrantes en los Complejos y Unidades Penitenciarias del sistema federal a lo largo del país, sino particularmente en su interacción con los sistemas de salud de las provincias donde se emplazan.

* Secretario Primera Instancia de la Defensoría Oficial Federal nro. 2 de Neuquén.

¹ Ver en este sentido: CSJN, Fallos: 318:1894; 327:388; 328:1146, entre otros.

² Las “Reglas de Brasilia”, incorporadas por la acordada 5/09 de la CSJN, tienen como objetivo “*garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial*”, y dentro de los beneficiarios se encuentran los privados de la libertad pues afrontan “*dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad...*”.

La totalidad de los establecimientos penitenciarios federales cuentan con divisiones de salud que se encargan, en líneas generales, de la atención primaria de patologías de baja complejidad, poseen algunos especialistas y salas de internación, siendo muy diversa la situación de acuerdo al Complejo o Unidad que se trate³.

Sin embargo, existen muchas enfermedades que, por su gravedad, tratamiento complejo, o bien, necesidad de intervenciones quirúrgicas, no pueden satisfacerse con los profesionales, la infraestructura y el instrumental con los que cuentan los establecimientos carcelarios, requiriéndose la atención en nosocomios del medio libre, más precisamente en hospitales públicos⁴. Ello importa una constante interrelación con los sistemas públicos de salud de las distintas provincias donde se ubican aquellos, evidenciándose importantes tensiones en torno a los deberes y obligaciones de ambos actores.

Por tales motivos, en el presente artículo proponemos abordar el alcance del acceso a la *salud integral* por parte de los internos y analizar si desde el plano normativo media una corresponsabilidad entre las autoridades penitenciarias federales y los funcionarios de las carteras provinciales, para lo cual examinaremos los estándares internacionales y la legislación interna acerca del mentado derecho y la jurisprudencia más resonante en la materia.

II. El acceso a la salud de los privados de libertad. Extensión

Hasta la reforma constitucional del año 1994 no existía en el texto de nuestra Constitución artículo expreso sobre el derecho a la salud. Sin embargo, su reconocimiento y amparo se esgrimía desde su vinculación con el derecho a la vida y a la integridad.

³ Puede consultarse el servicio con el que cuenta cada lugar de alojamiento en [www.argentina.gob.ar/spf/establecimientos]. Cabe apuntar, que los establecimientos que cuentan con servicios más complejos son el C.P.F. nro. 1 -Ezeiza, donde funciona el Hospital Central Penitenciario I, con 50 plazas distribuido en dos plantas y el Hospital Psiquiátrico de Varones (Unidad 20), y en los C.P.F. nro. II y IV donde funcionan unidades médico asistenciales que cuentan con especialidades tales como traumatología, psiquiatría, infectología, odontología, nutrición y psicología, Mientras que por el contrario, el C.P.F. nro. V -Senillosa- y en general en el resto de las Unidades solo poseen servicios de atención primaria y algunas especialidades indispensables, como psiquiatras, psicólogos y clínica médica.

⁴ También los internos pueden “requerir, a su exclusivo cargo, la atención de profesionales privados”, conforme lo regula el artículo 148 de la ley 24.660.

A partir de la introducción del art. 75, inc. 22 en la Ley Fundamental, se otorga jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, con lo cual el Estado Nacional se compromete con los principios y derechos que emanan de la dignidad de toda persona humana y la consiguiente obligación de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Concretamente los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADU) y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) proclaman que nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Idénticos principios se observan en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

En la misma tesis cabe reafirmar que el derecho a la salud está íntimamente vinculado con el derecho a la vida y el principio de autonomía personal, expresamente reconocido en los tratados internacionales aludidos. En ese orden, y en cuanto a la extensión del mandato, obsérvese que el art. 12, inc. c del PIDESC. determina que *“Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*; el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*; mientras que el art. 25 de la DUDH, en su primer párrafo, afirma que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

De allí que la protección de la salud de acuerdo con la dignidad y valor inherentes al ser humano también corresponde respecto de las personas privadas de la libertad, tal como fue reconocido específicamente en los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵, donde se sostuvo que la condición de detención de las personas no sig-

⁵ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

nifica en modo alguno la supresión de los derechos y garantías que hacen a la dignidad de las personas, entre ellos, el derecho a la vida y la salud.

Los estándares mínimos establecidos en la normativa internacional han sido fijados en Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos⁶ y reafirmados en su última revisión plasmada en las “Reglas Nelson Mandela”⁷. En lo que nos concierne, la regla 24 establece la responsabilidad del estado en la prestación de servicios médicos, quienes “gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas y la drogodependencia”.

En igual sentido, la regla 27 prevé que “1. Todos los establecimientos penitenciarios facilitarán a los reclusos el acceso rápido a atención médica en casos urgentes. Los reclusos que requieran cuidados especiales o cirugía serán trasladados a establecimientos especializados o a hospitales civiles”.

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes “Reglas de Bangkok”⁸ añade a las reglas aludidas principios vinculados con la atención de salud orientada expresamente a la mujer. Así, en la regla 10 expone que: “1. Se brindarán a las reclusas servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad”; mientras que en materia de salud mental, la regla 12 resalta que “Se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas”.

⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁷ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en diciembre del 2015.

⁸ El 21 de diciembre de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) sancionó 70 reglas, que tienen como objetivo instar a que responsables de políticas, legisladores, operadores del sistema de justicia penal y personal penitenciario, elaboren sugerencias para mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de libertad.

Por su parte, la Resolución n° 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*” estableció en el Principio X que “*El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad...*”.

La Observación n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ determinó la obligación que tienen los estados de respetar el derecho a la salud, “*en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, (...); y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.*”

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido reiteradamente que toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal¹⁰.

En lo atinente al objeto del presente análisis se destaca el fallo de la Corte en el caso “*Hernández vs. Argentina*”¹¹, oportunidad en la que declaró la responsabilidad de nuestro país por violaciones a diversos derechos en perjuicio de la víctima por las condiciones de su detención y la falta de atención médica adecuada. Allí, el Tribunal enfatizó: “*76. Esta Corte ya ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.*”

⁹ La Observación nro. 14 denominada “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*” (artículo 12 del Pacto), fue aprobada por el CDESCR en su 22° período de sesiones, celebradas del 25 de abril al 12 de mayo de 2000.

¹⁰ En este sentido ver el fallo de la CIDH; en el caso “*Neira Alegría y otros vs. Perú*”. Sentencia de 19/1/1995,

¹¹ C.I.D.H.; caso “*Hernández vs. Argentina*”. Sentencia de 22/11/2019. Serie C No. 39513..

En el ámbito interno, el artículo 18 la Constitución Nacional reconoce el principio de humanidad a las personas privadas de libertad, el derecho a un trato digno y humano, como así también a la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento en primer lugar de la vida y, en consecuencia, también de la salud.

La ley 24.660 establece que el régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos (art. 58), en el capítulo sobre asistencia médica reconoce el derecho a la salud de los internos bajo una asistencia oportuna, integral y gratuita (art. 143) y al traslado a un establecimiento penitenciario especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico “o a un centro apropiado del medio libre, cuando la naturaleza del caso así lo aconseje” (art. 147).

Por último, en la Resolución n° 11/2021 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Nación -emitida el 28/6/2021-, que aprobó el “Plan Estratégico de Salud Integral en el Servicio Penitenciario Federal 2021-2023”, los ministros consideraron que en virtud de los principios anteriormente enunciados, *“el Estado es el principal responsable del cuidado y la protección del derecho a la salud de las personas privadas de su libertad. Que en ese sentido, corresponde al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL asegurar y promover la salud de las personas privadas de la libertad de acuerdo a los artículos 2, 58 y 143 de la Ley 24.660. Que a tal fin, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL cuenta con la DIRECCIÓN DE SANIDAD Y EQUIPOS ASISTENCIALES en todas las unidades penitenciarias federales del país, que se organizan según complejidad de infraestructura y profesionales, quienes son responsables de tareas de cuidado, prevención y atención de la salud de las personas privadas de libertad.”*

En dicho Plan Estratégico se admite la necesidad de una *“articulación ente distintas instituciones, niveles de complejidad y jurisdicciones, para lograr un sistema de referencia y contrarreferencia para interconsultas y estudios complementarios. En ese sentido, es preciso rubricar acuerdos con los efectores que se encuentran próximos a cada establecimiento para agilizar la respuesta del sistema”*.

III. De federalismos y derechos sociales

La fórmula constitucional nos indica que la Nación es el resultado de la unión y la voluntad de las provincias que le confieren un conjunto de atribuciones,

mientras que se reservan todas las demás (art. 121 de la C.N.). Entre tantas otras, la facultad de dictar sus propias constituciones y elegir sus autoridades (art. 122), aunque esas constituciones deben ajustarse a ciertas pautas (art. 5), incluso, en caso de incumplimiento, el gobierno central tiene la posibilidad de intervenir la provincia (art. 6). Asimismo, la Constitución Nacional tiene la máxima jerarquía, prevaleciendo sobre las normas provinciales que se le opongan, lo que se denomina “principio de supremacía federal” (art. 31).

En síntesis, cada Constitución provincial se subordina a la Carta Magna y los tratados de igual jerarquía previstos en los incisos 22 y 24 del art. 75, a las leyes nacionales y a las normas del gobierno federal dentro de sus competencias¹².

Como consecuencia de ello, existe acuerdo en que median tres tipos de facultades: 1) las exclusivas del gobierno federal (como la defensa exterior, la emisión de moneda y la sanción de los códigos de fondo —civil, penal, laboral, etcétera—); 2) las exclusivas de las provincias (darse su propia organización política dentro de ciertos márgenes, adoptar códigos de procedimiento judicial); y 3) las concurrentes, esto es, áreas donde tanto la Nación como la provincia pueden actuar (especialmente, en la promoción social y el fomento económico)¹³.

El principio de concurrencia en materia de derechos sociales, entre los que encuentra el de salud, tiene una doble fuente: en el orden nacional las cláusulas de la Constitución Nacional que no realizan recortes temáticos y garantizan a las provincias el ejercicio de “poderes no delegados” y en el orden provincial las cláusulas de las constituciones locales que incluyen el derecho a la salud en su catálogo de derechos y, consecuentemente, lo asumen como una responsabilidad del Estado local.

En efecto, las constituciones provinciales, en consonancia con cuanto dispone la Carta Magna, establecen expresamente que es una obligación ineludible de las provincias velar por la salud e higiene pública, estableciendo una clara responsabilidad en la prestación del servicio de salud para todas las personas que habiten el territorio sin distinción alguna¹⁴.

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, t. 1, Buenos Aires, Ediar, Año 1996, pág. 440.

¹³ En ese sentido ver ETCHICHURY, Horacio Javier; “El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales”, año 2019. Consultado en: [www.redalyc.org/journal/3873/387361141026/html/].

¹⁴ A modo de ejemplo, observamos tales principios en las constituciones de la las provincia de Bue-

No puede soslayarse que, además, existe un factor deontológico que tracciona a favor de una concepción nacional: la asunción de que el derecho a la salud consiste en un derecho de ciudadanía, con vocación de universalidad y equidad, a cuyo acceso debería asegurarse a todos los habitantes por igual.

En esa inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el antecedente “Campodónico de Beviacqua”, expresó *“que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También, ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”*¹⁵.

En la misma tesis, el Máximo Tribunal puntualizó que: *“las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito”*¹⁶.

En una primera aproximación, podemos observar que los estados provinciales deben garantizar el acceso a la salud de sus habitantes por mandato constitucional, por lo que están sujetos a ciertos deberes hacia las personas bajo su jurisdicción y no pueden renunciar a su función supletoria, exclusiva o concu-

nos Aires (1994) -art. 36 inc. 8- , CA.B.A. (1996) -art. 20-, Córdoba (1987) -art. 19-, Chaco -Art. 36-, Chubut (1994) -art. 18-, Río Negro (1988) -art. 59-, Neuquén -art. 21 y 134-, entre otras.

¹⁵ C.S.J.N., Fallos: 323:3229, autos “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, rta. 24/10/2000. Los mismos parámetros fueron sentados en los varios casos que siguieron: Fallos: 324:677, “Etcheverry, Roberto Eduardo”; Fallos: 324:754, “Hospital Británico”; Fallos: 324:3569, “Monteserín, Marcelino”; entre otros muchos otros.

¹⁶ C.S.J.N., nro. interno I248XL, autos: “I., C. F c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 30/09/08.

rente con otras entidades —públicas o privadas— cuando la asistencia médica no resulta cubierta suficientemente por ellas. En otras palabras, si bien luce acertado sostener que el Servicio Penitenciario Federal es responsable de asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos alojados en un establecimiento a su cargo, esta situación no anula que el abordaje médico integral sea una obligación tanto del Estado Nacional como de los diferentes estados provinciales.

IV. La recepción jurisprudencial del derecho a la salud en el sistema carcelario y su interacción con el sistema público

En primer término, no está de más recordar que el estado argentino y, por tanto, todos los actores de relevancia en el proceso penal, cuando privan a una persona de su libertad en un establecimiento carcelario como consecuencia de un proceso penal en su contra, tienen la obligación de brindarle un trato digno y humanitario.

Al respecto, la Cámara Federal de Casación ha indicado que: *“Este imperativo, fundado en numerosa legislación internacional, tiene sustento también en el principio fundamental de que el Estado se encuentra en una posición de garante frente a las personas privadas de su libertad, y como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas, particularmente el derecho a la vida y a la integridad personal, cuya realización es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la resocialización de los condenados. Así, el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos. Ello así, toda vez que el Estado al privar de la libertad a una persona asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos, y de la que deriva una fuerte presunción de responsabilidad internacional del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentran bajo su custodia”*¹⁷.

¹⁷ C.F.C.P., Sala IV, causa No. 26296/2014, rta. 17/07/14.

Ahora bien, ante el Juzgado Federal No. 2 de Neuquén¹⁸ tramitó un habeas corpus colectivo promovido por la Defensa Pública Oficial contra la Dirección del Complejo Penitenciario Federal No. V —Senillosa, Neuquén— y las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de Neuquén, que tenía por objeto corregir las deficiencias del servicio médico brindado a los internos que padecen enfermedades complejas y requerían atención por profesionales extramuros. Específicamente se cuestionaba que el método utilizado para obtener turnos en hospitales públicos, a través del ecosistema Andes, brindado por la provincia, exigía una urgente revisión y mejora, toda vez que, en resumen, importaba que nunca se obtengan o importantes demoras no acordes con la urgencia requerida. En un primer momento el juzgado rechazó la legitimación pasiva de las autoridades provinciales, al entender que *“extender una posible responsabilidad de la salud de los internos alojados circunstancialmente en la cárcel federal ubicada en esta Provincia a las autoridades de salud locales lo encuentro excesivo e inadecuado. Excesivo, puesto que —aun cuando la Provincia garantice el acceso a la salud de sus habitantes por mandato constitucional— arts. 21 y 134 de la Constitución Provincial- la obligación de velar de la salud de los internos recae, en primer término, e independientemente de la provincia en donde se encuentre el interno, en el SPF”*.

Sin embargo, apelaciones mediante, intervino la Cámara Federal de General Roca que revocó tal decisión al considerar que *“...las deficiencias planteadas por los accionantes que vulnerarían el derecho de acceso a la salud de quienes se alojan en el Complejo V de Senillosa se vinculan con la atención extramuros, la cual es provista, prioritariamente, por el servicio de salud pública de la provincia de Neuquén, en razón del lugar en donde se emplaza ese establecimiento penitenciario. A lo que se suma que de impedirse accionar contra ese organismo del Estado provincial la pretensión no podría, de ser admitida, ejecutada quedando la condena como meramente declarativa, supuesto totalmente ajeno a la naturaleza del habeas corpus correctivo entablado”*¹⁹.

¹⁸ J.F.N. nro. 2 de Neuquén, causa FGR nro. 8864/2021 caratulada *“SOLICITANTE: DEFENSORÍA OFICIAL N° 2 DE NEUQUÉN, EN FAVOR DE INTERNOS ALOJADOS EN EL CPF V Y OTROS s/HABEAS CORPUS”*, rta. 14/07/22.

¹⁹ C.F.G.R., “Legajo de Apelación de Defensoría Oficial N°2 de Neuquén en favor de internos Alojados en el CPF V; A., L. A.; Comisión de Cárceles; Complejo Penitenciario Federal V Senillosa en autos: *‘Defensoría Oficial N°2 de Neuquén en favor de internos Alojados en el CPF V; A., L. A.; Comisión de Cárceles sobre habeas corpus’* (Expte. N° FGR 8864/2021/4/CA1), rta. 9/06/22.

Finalmente, se hizo lugar a la acción incoada, se declaró el agravamiento de las condiciones de detención de los internos respecto de la atención de su salud extramuros, y se ordenó, entre otras medidas, que en el término de sesenta 60 días se confeccione “...un convenio de colaboración específico de atención de la salud de los internos (...) que contemple -entre otras- las particularidades del sistema de salud interno del complejo, la capacidad de alojamiento, la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad, las especialidades medicinales no satisfechas internamente, la posibilidad de ampliación de los posibles efectores de salud a los que pueda recurrir, la posibilidad de utilizar el sistema de telemedicina, médicos itinerantes, y la concreta realización de un protocolo específico que fije pautas claras y realizables con facilidad para la utilización del sistema Andes o cualquier otro dentro del sistema de salud provincial” y “La creación, en el mismo plazo, de una comisión mixta integrada por el SPF -servicio general-, las autoridades del programa de salud en contexto de encierro del Ministerio de Salud de la Nación, y autoridades de la Provincia, para que realice un seguimiento del funcionamiento del protocolo (...)”.

Entre los fundamentos relevantes, el magistrado argumentó que “si bien se determinó la inexistencia de una desigualdad violatoria de la Constitución Nacional, en el sentido de no discriminación, algunos autores han propuesto una visión superadora, vinculada a la verificación contextualizada de desigualdades fundadas en diferencias de hecho de ciertos grupos -especialmente vulnerables- respecto de quienes se han impuesto “acciones afirmativas” que podrían considerarse en conflicto con el principio de igualdad ante la ley, frente a supuestos distintos a los enumerados por el art. 75, inc. 23, de la CN. El objetivo, en este caso, tiene que ver con la finalidad que el principio de igual ante la ley persigue que no es otro que la de evitar la exclusión de un grupo sobre otro, como consecuencia de una desigualdad estructural, basada en razones prohibidas por no ser de tipo funcional o instrumental y, por tanto, inconstitucionales (Saba, Roberto, “(Des)Igualdad Estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (cords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007)”.

Asimismo, aunó que “a fin de evitar inmiscuirme indebidamente en el sistema de salud de la Provincia de Neuquén, las medidas que se adoptarán encuentran sustento normativo en los acuerdos previos y en el Plan Estratégico de Salud Integral, con la convicción -más allá de la responsabilidad del Estado federal como

principal responsable del cuidado y protección del derecho a la salud de los internos dentro del sistema federal- de la corresponsabilidad que emana de tales acuerdos para asegurar integralmente la salud de sus habitantes, entre los que se encuentran los internos alojados en el CPFV (Fallos 329:2737). Ello es así, puesto que sin el auxilio y prestaciones que brinda la Provincia, resulta imposible garantizarle el acceso a la salud integral, tal como exigen los instrumentos internacionales y la dignidad de toda persona humana”.

Por último, se rechazaron los reparos presupuestarios alegados por la Subsecretaría de Salud provincial, invocando al Dr. Hornos, en cuanto sostuvo que: *“En línea con la situación descrita, se encuadran las observaciones preliminares formuladas por Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU quien luego de su visita en misión oficial a distintos lugares de detención de personas afirmó que no existe justificación económica, política, jurídica o de otra índole, respecto de cualquier acción u omisión de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, que deliberadamente exponga a los seres humanos a estas condiciones intolerables (Observaciones preliminares y recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Nils Melzer en la visita oficial a la Argentina entre el 9 y el 20 de abril de 2018)”.* (Sala I, Cámara Federal de Casación Penal, “UNIDAD RESIDENCIAL 1, PABELLÓN A-2 del CPF V Senillosa s/recurso de casación”, FGR 9506/2021/CFC1, Reg. 104/22, del 22 de febrero de 2022”).

En otras acciones de habeas corpus también se han ordenado internaciones en hospitales extramuros ante las limitaciones del HPC del C.P.F. No. 1 al hallarse comprometida la salud del interno²⁰, o bien para cumplir con la rehabilitación indicada por el Cuerpo Médico Forense, ya que las características estructurales de la habitación de la Unidad se lo impedían²¹.

V. Conclusiones

Como pudimos observar a lo largo del recorrido propuesto, la privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones

²⁰ C.F.A.L.P., Sala integrada por los Dres. Reboledo y Compareid, causa 5783/1 “González Cristian Fernando s/su presentación”, rta. el 17/5/2011.

²¹ Juzgado Nacional de Instrucción a cargo del Dr. Ernesto Raúl Botto, causa nro. 1266/2011, “Matías Ezequiel García Vautrin”, rta. El 19/1/10.

de instituciones públicas, requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos, en tanto un deficiente acceso a la salud de las personas detenidas compromete la prestación efectiva de esa obligación genérica.

El estado nacional está sujeto a ciertos deberes hacia las personas bajo su jurisdicción respecto al derecho a la salud, debe garantizar el acceso a la *asistencia médica de manera integral*, prestando un tratamiento médico eficiente y de calidad en los establecimientos penitenciarios y, cuando la complejidad de la enfermedad lo aconseje, recurrir a nosocomios públicos sin que medie ningún obstáculo relacionado con la situación de detención en el que se encuentra el paciente, ni cuestiones de carácter administrativo o de logística.

Por su parte, cada provincia argentina está obligada a respetar, proteger y satisfacer un amplio espectro de derechos sociales a todos los habitantes del territorio, tanto los consagrados en la constitución nacional y en tratados internacionales de igual jerarquía, los reconocidos en tratados sin rango constitucional, los contenidos en su propia constitución local y los establecidos por normas dictadas por el gobierno federal en ejercicio de facultades delegadas.

En virtud de ello, resultaría erróneo fundar en la centralidad del Gobierno Nacional la eximición de responsabilidades provinciales, pues desconocería el carácter vinculante de estos derechos al momento de diseñar y evaluar políticas sociales. En esa tesitura, se ha cuestionado que *“el federalismo no constituye una excusa para los gobiernos provinciales. La combinación del principio de supremacía federal y de las cláusulas de derechos sociales adoptadas por cada provincia en ejercicio de su poder constituyente conducen a identificar un conjunto agregado de derechos que pueden exigirse a los gobiernos locales. Dicho de otra forma, el federalismo no exige a las provincias de responsabilidades: antes bien, les genera un extenso compromiso frente a sus habitantes. Se trata —al igual que con el Gobierno federal— de respetar, proteger y satisfacer los derechos sociales consagrados”*²².

No quedan dudas que el Servicio Penitenciario Federal es el responsable primario de asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos alojados en un establecimiento federal, sobre todo en lo vinculado a la atención primaria y de menor complejidad, aunque no es menos cierto que el abordaje médico integral, en ninguna instancia deja de ser una obligación concurrente entre el estado nacional y los diferentes estados provinciales.

²² ETCHICHURY, Horacio Javier, ob. cit.

Las autoridades de salud provinciales tienen su cargo un servicio público básico brindado por el estado —sea este nacional, provincial o municipal-, y es su función brindar, entre otras, asistencia médica a todas las personas del territorio argentino, independientemente de su situación procesal penal, pues sostener lo contrario resulta discriminatorio y estigmatizante para las personas privadas de la libertad, violentando, a su vez, el principio de la igualdad *real* de oportunidades y de trato contenido en el art 75 inc. 23 de la C.N.

Los internos deben tener acceso irrestricto, gratuito y sin distinción alguna a los mismos niveles de atención sanitaria disponibles afuera del establecimiento, y, en ese objetivo, se aprecia conducente que los servicios médicos de las unidades de detención federales promuevan una permanente interacción con la administración local del servicio de salud pública para que el tratamiento y la atención pueda llevarse a cabo de un modo eficaz, oportuno e integral.

REGLA 29
**El interés superior del niño como pauta de decisión
de medidas alternativas de privación de libertad**

INÉS ALDANONDO*

El art. 64 de las Reglas de Bangkok prioriza la opción de imponer penas no privativas de libertad a mujeres embarazadas y/o con niños a su cargo, y solo considera la privación de libertad para aquellos casos en que el delito es grave o violento, o si la mujer representa un peligro permanente, pero siempre teniendo presente el interés superior del niño o los niños, asegurando a la par que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos/as¹.

Como puede observarse una pauta primordial para la decisión de medidas alternativas a la privación de libertad e, incluso, para la misma privación de libertad es el interés superior del niño, un concepto históricamente más analizado desde el ámbito del derecho civil de familia que desde el derecho penal. Y es que, en efecto, el derecho penal tiene como fin primordial la sanción del delito y la reinserción de quien lo ha cometido en la sociedad, centrándose entonces en el imputado/a o condenado/a. Ha sido a partir de la incorporación de formas alternativas de cumplimiento de esa pena, que hasta hace algunos años era centralmente solo de cumplimiento en un establecimiento penitenciario, que los jueces penales han tenido que abocarse al análisis de este concepto (el interés superior del niño/a) para decidir otras formas de cumplimiento de la pena.

De alguna manera, entonces, el eje se corre, pues la mirada del juzgador

* *Abogada UBA, Secretaria Letrada de la DGN a cargo del Programa para asistencia jurídica a personas privadas de libertad y del Equipo de trabajo para casos de restitución internacional de menores y visitas internacionales.*

¹ Art.64 de las Reglas de Bangkok: Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

no debe estar puesta únicamente ni principalmente en quien ha cometido el delito, sino primordialmente en los niños o niñas que se verán afectados/as por el cumplimiento de la pena de su madre (o incluso, de un familiar o de otro adulto responsable que haya estado bajo su cuidado, toda vez que hoy día la socioafectividad es reconocida como fuente de lazos jurídicos).

Por demás, tampoco el delito es el foco central del análisis, puesto que más allá de la valoración de la gravedad del hecho ilícito también debe sopesarse una noción ajena a aquel, como es el interés de un niño/a que no ha tenido ninguna intervención en la conducta delictiva, pero cuyo bienestar se encuentra en juego a partir de aquélla.

Esta directriz respecto a que el interés superior del niño debe guiar la decisión sobre la forma de cumplimiento de las penas privativas o no de libertad no es más que una derivación y una reafirmación del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

En nuestra legislación, este principio tiene raigambre constitucional, a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño entre aquellos tratados que han adquirido tal jerarquía conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, lo que hace que sea una garantía particularmente fuerte.

A ello cabe agregar la protección especial que merecen los niños y niñas, reconocida ampliamente, para empezar en el Preámbulo de esa misma Convención, que recuerda que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Uniando ambos preceptos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 17/2002 ha indicado que: *“conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”* (punto 60).

Es así como “*en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia*” (punto 65 de la misma Opinión Consultiva).

Ahora, si el eje del análisis de las medidas sancionatorias de un delito debe contemplar también y priorizar a los niños y niñas, contemplando que son sujetos de derecho merecedores de una protección especial, y pensar en cuál es su interés superior, preciso es analizar mínimamente este concepto.

Parece entonces interesante recordar que en el derecho anglosajón la expresión utilizada es la del “*best interest of the child*”, que en una traducción más literal alude al *mejor interés del niño*; lo cual en términos de pensar una medida restrictiva de la libertad que afecte al adulto responsable debería llevarnos a buscar aquella que sea, dicho coloquialmente, “la que sea mejor para el niño/a” afectado por esa medida.

En el ámbito nacional, el interés superior del niño ha sido definido por el art. 3 de la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho.
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

El artículo agrega un último párrafo que reafirma lo que la traducción al español ha considerado al referir al interés superior, y es que “*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”, dándole así preeminencia a los derechos de los niños y niñas por sobre otros comprometi-

dos; lo que resulta especialmente remarcable a la hora de decidir formas de cumplimiento de la pena, pues, como se decía, el eje aquí debe correrse entonces hacia los hijos e hijas afectados por la medida.

Más allá de la definición que la ley 26.061 ofrece, cierto es que el interés superior del niño es un concepto abstracto que sólo puede encontrar su sentido en cada caso concreto.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14 (del año 2013) ha señalado que *“el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”*.

Como consecuencia de ello, en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que la determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada caso concreto deberá realizarse de modo razonado y estar justificado sobre la base de la protección de los derechos del niño, así como quedar oportunamente sustentado en el procedimiento, con la documentación que fuera relevante y pertinente².

De lo expuesto surge entonces la necesidad de un análisis individual, ajeno a fórmulas genéricas prestablecidas, pues cada decisión sobre el modo de cumplimiento de la pena deberá atender las circunstancias particulares de la vida del niño/a que ser verá afectado/a. Deberán además detallarse concreta y claramente los informes y documentación que avalen las conclusiones a las que se arriba.

A la hora de realizar este análisis, más allá de las particularidades que cada caso tendrá y que merecen especial respeto y atención, no debe perderse de vista el norte que persigue el derecho protectorio de niños, niñas y adolescentes, pues será hacia allí donde deberán dirigirse los pensamientos del juez.

² CIDH, *“Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 109 y 110).

En ese sentido, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ya citada Opinión Consultiva OC 17/2002 ha señalado que *“el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En ese sentido, ‘el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’ constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana”* (punto 66).

Por su parte, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Es así que el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes tiende principalmente a la permanencia de aquellos en el seno de su familia biológica, y así tal como quedó especificado al hacer referencia a la definición de interés superior del niño que da la ley 26.061 y cómo surge de otras disposiciones del Código Civil (arts.595 y 607)— se considera que ese interés superior se alcanza mediante el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

Por otra parte, los arts. 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantizan el respeto del derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares, y velan para que el niño crezca en su ámbito familiar al cuidar que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

De este modo, el derecho protectorio en favor de niños y niñas parte de la base de considerar a la familia de origen como un elemento fundamental de su vida, orientando todas sus acciones en pos de que los niños y niñas puedan crecer en ese ámbito.

Se deduce, entonces, que similar orientación debería tener la decisión respecto de la medida de privación de libertad de una mujer que pueda afectar la convivencia con sus hijos/as, pues es un derecho humano, y en nuestro ordenamiento un derecho constitucional, de esos hijos e hijas permanecer al cuidado de su familia, en su caso al cuidado de su madre.

Ello cobra aún mayor y especial relevancia cuando, ante la privación de libertad de la madre, no existen otros familiares que puedan brindar cuidados adecuados y los niños o niñas son institucionalizados en hogares convivenciales.

En tales supuestos, cuando se adopta una medida excepcional en los términos de los arts.39 y 40 de la ley 26.061³, y es necesario alojar temporariamente a los niños y niñas en un espacio distinto al ámbito familiar, el objetivo principal de los operadores es *“propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario”* (conf. art.41, inc. b).

Es así que nuestro ordenamiento legal da efectividad a las normas de derechos humanos ya mencionadas anteriormente, enfocando toda su tarea en brindar apoyo a los progenitores y/o a la búsqueda de familiares que puedan asumir el cuidado de estos niños y niñas para que puedan entonces crecer en su familia.

Y lo que es relevante destacar es que la permanencia de los niños y niñas fuera de su ámbito familiar y la tarea para que regresen allí tiene un plazo acotado, de 180 días como máximo, luego del cual si no se ha logrado ese objetivo,

³ ARTICULO 39. — MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

ARTICULO 40. — PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

el niño o niña será declarado en situación de adoptabilidad (paso previo a su adopción por parte de otra familia).

En efecto, el art. 607 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: *“la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b)...; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.”*

Esta decisión que implica privar a los progenitores de su responsabilidad parental, es decir, de todos sus derechos y deberes (conf. art.700 del CCyCN) y colocar al niño o niña en condiciones de ser adoptado/a, recae sobre el Juez con competencia civil en asuntos de familia, y —preciso es aclararlo pues es común el desconocimiento en este punto— puede ser dictada aún sin el consentimiento materno o paterno, y aún también a pesar de su oposición. Es decir, no hace falta que la madre o el padre presten conformidad para que su hijo/a sea adoptado (aunque desde ya, notificados oportunamente de la declaración de estado de adoptabilidad podrán apelarla, quedando en definitiva la decisión final en manos de los jueces de Cámara).

Ante este escenario, entonces, es preciso que cualquier medida restrictiva de la libertad sobre una mujer cuyos hijos/as puedan caer en tal situación contemple especialmente que impedir a esa madre cumplir su pena de un modo compatible con el cuidado de sus hijos puede significar que esos niños/as no puedan regresar a su familia y por tanto sean declarados en estado de adoptabilidad.

En la medida que ello claramente vulnera el derecho de los niños y niñas a crecer en el seno familiar y desoye todas las garantías que aluden a la protección de la familia⁴, desconociendo su interés superior (que debe guiar toda decisión que los involucre) y la protección especial que deben recibir por su propia condición – tal como fuera reseñado anteriormente —la decisión que niegue a un madre cumplir su pena de manera compatible con su cuidado, por ejemplo, mediante la concesión de un arresto domiciliario, será violatoria de derechos humanos y constitucionales, no sólo de ella sino, fundamental y particularmente, de esos niños y niñas que merecen especial protección.

Por ello, el argumento sostenido en un reciente fallo⁵ que denegó el arresto domiciliario a una madre cuyos hijos se encontraban institucionalizados, con base en que los niños se encontraban bien integrados a un hogar convivencial y que encuentren allí cubiertas sus necesidades materiales resulta desacertado pues —más allá minimizar la importancia afectiva y emocional insustituible de la presencia materna en la vida diaria— desconoce el derecho constitucional de esos niños por sobre todo a permanecer en el ámbito familiar, a crecer al cuidado de su progenitora (conf. normativa ya citada) y los expone al peligro jurídico de una posible situación de adoptabilidad, que anularía esos derechos.

No puede dejar de advertirse, además, que en estos casos la decisión sobre el arresto domiciliario de una mujer implicará, en definitiva, una decisión sobre el cuidado personal o guarda, y el futuro de esos niños y niñas (al incidir directamente sobre su condición de adoptabilidad) que es competencia propia del Juez de Familia.

Por ello, cuando se deba decidir sobre la concesión de un arresto domiciliario o cualquier otra alternativa de cumplimiento de la pena de una mujer con hijos/as por quienes se encuentra interviniendo un Juzgado de Familia, resultaría conveniente que ambos jueces entablen un diálogo directo sobre las decisiones que a cada uno le competen pero que afectan o inciden en la del otro y, en su caso, actúen en estrecha colaboración en un plan común que, fundamentalmente, priorice el interés superior de los niños y niñas involucrados, tal como el ordenamiento internacional y local lo exige.

⁴ Art. 14 bis CN; art. 7.1, 8.1, 9.3, 18, 21 y 25 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 17 y 19 de la Convención Americana; art. 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 16.3 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ Conf. Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N°12 de la Capital Federal, en causa CCC 9642/2020, de fecha 30 de mayo de 2022.

Por último, no menos importante es señalar que al evaluar en cada caso si el interés superior del niño o niña es que su madre esté junto a él/ella, y así decidir el modo de cumplimiento de la pena, resulta imprescindible a esta altura de la concientización social y jurídica alcanzada juzgar con verdadera perspectiva de género, alejándose de estereotipos arraigados que tiendan a prejuzgar que la comisión de un delito, cualquiera sea su gravedad, determina el mal ejercicio del rol materno. Y es que, coloquialmente hablando, no se es mala madre por el solo hecho de haber delinquido, sino que la evaluación sobre el ejercicio del rol materno debe realizarse en base a la incidencia de múltiples y diferentes conductas que despliega esa persona en pos del adecuado crecimiento y desarrollo físico, psicológico y emocional de su hijo o hija (como, por ejemplo, las tareas de cuidado diario, la contención espiritual, el consejo ante situaciones cotidianas, etc.); además de ser recomendable que tal evaluación sea realizada desde una mirada profesional interdisciplinaria.

Ello, sin dejar de vislumbrar también el efecto particularmente negativo que tiene el encarcelamiento de las mujeres en su grupo familiar y, en especial, en sus hijos e hijas menores de edad, atento al rol que históricamente han asumido y aún hoy día ejercen respecto de la atención, organización y cuidado del hogar y la familia.

En definitiva, pues, la resolución que se adopte en el ámbito penal sobre el cumplimiento de la pena por parte de una mujer con hijos/as menores de edad, debe correr el eje usual de análisis y enfocarse en quienes se verán afectados principalmente por esa decisión, que son esos niños y niñas. Y en la medida en que al adoptar estas medidas es el interés superior del niño el que deberá guiar y primar en la forma de cumplimiento de la pena, y teniendo en miras que en principio ese interés superior se garantiza con la permanencia del niño/a en el seno familiar, la primera alternativa deberá ser siempre la concesión del arresto domiciliario; y sólo excepcionalmente, si aquél no fuera conveniente a ese interés, podría ser denegado.

Tal análisis, en casos de niños sobre los cuales se han adoptado medidas excepcionales en los términos de la ley 26.061 o por cualquier otra razón se encuentra interviniendo un Juzgado civil con competencia en asuntos de familia, podría implicar una decisión sobre la situación actual y futura de esos niños y niñas, por lo que con mayor razón aún deberá tenerse presente que el norte en materia de protección de niñez es realizar todas las acciones posibles para que aquéllos permanezcan al cuidado de su familia de origen.

A la vez, contemplando la incidencia que ello podría tener en una materia ajena en principio a la competencia penal (como es el cuidado de esos niños y niñas), será recomendable que el Juez que decida sobre la pena a cumplir dialogue y coordine con el Juez de Familia que es competente en relación a los menores de edad, para juntos encontrar el modo de garantizar ese interés superior que se alcanza mayormente cuando es posible crecer en el ámbito de la familia de origen. En tal caso, cada uno dictará las resoluciones que le competan, pero aquéllas serán concordantes entre sí.

A través de una mirada que priorice esa alternativa y analizando con un adecuado enfoque de género las posibilidades de ejercer el rol materno en forma positiva, será posible encontrar formas de cumplimiento de la pena que permitan a los niños y niñas afectados crecer al cobijo de su madre, sin necesidad de sufrir las consecuencias negativas de una separación finalmente innecesaria.

REGLA 36
"La palabra del Condenado".
 El principio de oralidad en la etapa de la
 ejecución de la pena privativa de libertad

JULIETA IBAÑEZ*

JORGE PERANO**

I. Introducción

Toda persona sometida a un proceso penal es titular de derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, este principio rector pareciera desdibujarse en la etapa de la ejecución de la pena privativa de libertad, donde se produce una "...desvinculación entre el sujeto al cual se le impuso una pena y el sistema judicial, una vez que se ha dictado la sentencia..."¹.

Esta disociación refleja una injusticia inusitada, ya que la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad es el momento donde se manifiesta con mayor rigor el poder coercitivo estatal.

Es pertinente instar que los principios penales y procesales penales de nuestro sistema punitivo nacional rijan durante todo el proceso penal, fundamen-

* *Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, maestranda en Argumentación Jurídica y Derecho de la misma casa de estudios y alumna regular de la Especialidad de Derecho Penal de la UCA. Prosecretaria Administrativa de la Defensoría General de la Nación con funciones en la Unidad de Control de la Pena de Libertad ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 y N° 2 de Córdoba, Defensora Pública Coadyuvante ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 y N° 2 de Córdoba.*

** *Jorge Perano, abogado, especialista en criminología. Defensor Público Oficial ante Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba y DPO a cargo de la Unidad de Control y Ejecución de las Penas de Córdoba. Maestrando en criminología en la Universidad Nacional de Quilmes. Docente de Criminología y Derecho Penal I de la Fac. de Derecho UNC. Docente de Criminología de la Fac. de Ciencias Sociales -UNC-.*

¹ BERNASCONI CABRERA, Raquel, "Ejecución Penal. El proceso de determinación de la pena más allá del dictado de la sentencial", consultado en [www.juridice.com.ar/doctrina/ejecpena.htm].

talmente en esta última etapa. Es una verdad de Perogrullo que todos los derechos no afectados por la condena tienen plena vigencia durante la etapa de ejecución penal, tal cual lo ordenado en el art. 2 de la ley 24.660. En nuestro caso, el derecho que tiene todo condenado a ser oído por parte del juez a cargo de la ejecución penal, es uno de esos derechos con plena vigencia durante el encierro.

La oralidad es uno de los principios rectores en nuestro sistema procesal, que —junto a la simplificación y celeridad procesal— tiene como objetivo lograr un procedimiento eficaz con la plena vigencia de las garantías individuales.

Al mismo tiempo el principio de judicialización de la ejecución penal, a partir de la Ley 24.660², imprimió una nueva significancia al rol del juez de ejecución judicial.

El emblemático fallo “Romero Cacharane” consignó que “...el control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, la “judicialización” se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal...³”.

En consecuencia, si los actos resolutorios omiten el respeto de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, el principio de “judicialización” se erige como una mera declamación de buenos deseos.

II. La justicia como un servicio público

Si partimos del concepto que la justicia es una organización de servicio, su organización debe ser capaz de planificar la gestión de modo estratégico para brindar un servicio de mejor calidad a los justiciables. Esto conlleva el logro de metas de manera efectiva, optimizando los limitados recursos públicos.

Repensar nuestro trabajo como operadores implica replantearnos posibles cambios en la práctica de gestión judicial. Esto, ante la demanda de los justiciables que plantean el excesivo lapso que demanda la realización de diversos trámites y audiencias previos al dictado de la resolución judicial en la etapa de ejecución penal.

² Ley 24.600 (1996) arts. 3 y 4.

³ CSJN, Fallos: 327:388

Al mismo tiempo, debe considerar el estado de ansiedad y la incertidumbre que genera para el interesado desconocer las condiciones de ejecución penal hasta el momento del dictado de la resolución.

Otro eje del planteo es la falta de un espacio para ser oído/a en sede judicial en un momento crucial como es el momento previo al retorno al medio libre. Esto necesariamente requiere que el juez considere los argumentos esgrimidos por el detenido al momento de decidir sobre un acto tan relevante.

La excesiva burocratización en que, en muchas ocasiones, se encuentra sometido a un sistema de reglas, como lo es el sistema judicial, entendemos que es un objetivo relevante diseñar una propuesta de mejora en la práctica judicial para obtener resultados más productivos, ya sea en satisfacción del servicio prestado al usuario, sea en reducción de tiempo de respuesta judicial, sea en optimización de recursos.

Advertimos que aun partiendo de que el sistema judicial es un servicio público, al repensar nuestras prácticas y satisfacción de la prestación respecto al usuario, es vital la consideración del respeto de garantías procesales y penales que se erigen como pilares del sistema jurídico.

III. Principios rectores de la ejecución penal

Legalidad

Este principio funda nuestra legislación (art. 18 CN) y ha sido reafirmado en los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional (art. 11.2 DUDH, art. 9 CADH y art. 15.1 PIDCP).

El debido proceso en su faz formal estipula que para sancionar una conducta debe establecerse el tipo penal y su pena consecuente; así como todo el procedimiento de investigación de los hechos y la participación de los supuestos autores debe ajustarse a las reglas formales instituidas. La oralidad, inmediación, contradicción, publicidad encuentran plena vigencia en este tramo del proceso.

De otro costado, el debido proceso material insta el control de razonabilidad de las medidas de restricción de los derechos personales en este caso las modificaciones *-contra personae-* en las modalidades cualitativas de la ejecución penal-. Aquí el análisis de proporcionalidad es oportuno ya que nos lleva a re-

flexionar si la consecuencia de las restricciones es o no excesiva a la conducta desplegada.

En este sentido la CSJN indicó la exigencia indisoluble de la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables, requisito que no se satisface con la existencia de una norma general previa, sino que esta debe emanar de quien está investido del poder legislativo. En ese entendimiento, destacó que la mencionada exigencia constitucional de que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto pone en cabeza exclusiva del poder legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante la amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente.

En la ejecución penal es la ley determinada de modo previo a su imposición, la que determina la manera en que se cumplirá la pena impuesta. Concretamente, la Ley 24.660 en su artículo 2 estipula que: *“El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”*.

Ahora bien, el máximo tribunal que expresado que este principio “adquiere especial hálito dentro de las prisiones, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía” (Romero Cacharane).

La teleología de la Ley 24.660 se basa en el principio de legalidad en su más amplia concepción, pues la ejecución “tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera una capacidad de respetar y comprender la ley... procurando la adecuada reinserción social...”. Resultaría paradójico pretender la comprensión y respeto de la ley sin que garanticemos el principio de debido proceso judicial. El Estado no puede exigir el cumplimiento de la ley, y a la vez ser él quien la vulnera.

Resocialización

La comprensión y respeto de la ley procuran la reinserción social de quien ha sido alejado de la comunidad por su actuar reprochable. Así este postulado se funda en lo establecido en los tratados de Derechos Humanos (art. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH).

La resocialización no solo es un objetivo de máxima, sino que se instaura como un prisma para la interpretación de las normas de fondo y de forma que regulan la ejecución penal.

La selectividad que caracteriza el sistema punitivo nos muestra como el sistema penal se aplica con el más estricto rigor sobre los sectores sociales carenciados interpelándonos por el concepto 'socialización' o 'resocialización'. Ambos conceptos implican que el justiciable tuvo garantizados sus derechos fundamentales y libremente decidió vulnerar los bienes jurídicos por medio del delito. Esto no es así, ya que nuestras cárceles se encuentran abarrotadas de personas con apenas la alfabetización completa y sin trabajo registrado.

Ante esto, estamos convencidos que evitar la 'desocialización del condenado' es un punto de partida, lo que solo se logra a través del respeto de la dignidad personal de los condenados y los derechos de los que son titulares. Es que la institucionalización de las personas es un paradigma que como Nación hemos decidido desterrar, por lo menos, conforme los principios rectores de nuestro sistema constitucional.

Judicialización

En los artículos 3 y 4 de la Ley 24660 se establece el principio de judicialización, esto es, el permanente control judicial de todas aquellas decisiones que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta durante esta etapa del proceso.

Surge con todo vigor la figura del 'Juez de Ejecución' o 'a cargo de la ejecución' en cuanto a órgano idóneo para garantizar los derechos de los condenados y cuyo rol es una barreta para evitar violaciones que puedan producirse en la ejecución de la pena.

Entendemos que tanto los magistrados como los operadores jurídicos que intervienen en este ámbito requieren conocimiento especializado y el más profundo compromiso con los derechos humanos —que no es otra cosa que el respeto a las garantías establecidas en la Constitución Nacional—, dada la vulnerabilidad de los usuarios del sistema penal criminal.

Este principio nos lleva no solo a un saber técnico y dogmático, sino al mismo tiempo a desde los valores que atraviesan el sistema jurídico nacional, expresarlo de modo claro y sencillo a sus destinatarios.

Así la judicialización ya no es solo un buen deseo, es un principio del proceso cuyo objetivo es materializar los mecanismos institucionales de garantía con el máximo grado de eficiencia.

Al mismo tiempo, debe concretarse el respeto del sistema acusatorio. Aquí también es el Ministerio Público Fiscal el órgano que insta el proceso y la Defensa la herramienta técnica que se despliega para garantizar una defensa eficaz. El juez —como órgano imparcial y de control— resuelve los conflictos que se suscitan en la instancia de ejecución penal, así como la instancia recursiva que resulta imprescindible a fin de garantizar el derecho a recurrir y el doble conforme judicial.

Cada uno de los roles descriptos deben ser desarrollados conforme las pautas del debido proceso judicial.

Oralidad

Este principio exige que los actos procesales desarrollen ante el tribunal a fin de alcanzar un conocimiento directo respecto a la prueba producida. Es que las reformas procesales producidas instan que no solo el juicio deba desarrollarse en forma oral, sino que la oralidad se extienda a las etapas previas y posteriores al debate.

El artículo 8 CADH garantiza el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La oralidad es un instrumento para la garantía de todos los derechos reconocidos en el marco del debido proceso penal respetarán y marcarán una base para el adecuado proceso penal.

El sistema acusatorio revaloró el principio de oralidad. Dio una nueva dimensión a la relación entre audiencia-oralidad plasmando el derecho del imputado y su defensor a participar en los diferentes actos e instancias del proceso garantizando el derecho a ser oído del justiciable.

El principio del debido proceso junto con los principios de celeridad y economía procesal se constituyen en base de un proceso respetuoso de diferentes garantías constitucionales, y transforman a la oralidad en un pilar fundamental al agilizar todo el proceso.

Se podría considerar a la audiencia de juicio oral, la audiencia por antonomasia. Sin embargo, tanto en la etapa preparatoria como ejecutiva se pueden materializar audiencias conforme a la finalidad de cada etapa del proceso.

Al mismo tiempo, surge como un desafío optimizar el sistema de justicia penal. En la actualidad tanto los recursos humanos y económicos se desgastan y dilatan en la resolución de planteos que inciden en las características cualitativas de la ejecución de la pena. No resulta indiferente que se resuelva el recurso judicial ante una sanción disciplinaria o mantención de fase seis meses después de la imposición, ya que la baja de puntos en conducta afecta el devenir diario en detención. La imposición de dos sanciones medias puede significar la retroacción de fase, pérdida de trabajo y suspensión de visitas en locutorios o privadas.

De allí que la oralidad hace realidad el derecho del justiciable a ser oído, a ser visto de modo personal y a ser escuchado de viva voz lo que tenga para decir, y al mismo tiempo se garantiza que ejerza el derecho de defensa material ante el despliegue del poder sancionador del estado, ante la presencia de los actos procesales de producción de prueba, contradicción y control de las actividades de la contraparte y adecuada defensa de los respectivos intereses y decisión final.

Es decir, la oralidad es el instrumento que el proceso penal utiliza para la vigencia de principios fundamentales del debido proceso, y al mismo tiempo una herramienta para garantizar el acceso a la justicia de modo ágil y eficaz.

IV. Repensar la práctica jurídica

Una práctica más eficiente para la satisfacción del usuario del servicio, es un desafío para nosotros. Ello porque el servicio de justicia no es una gestión más, sino que debe desarrollarse garantizando los derechos reconocidos a los ciudadanos del estado de derecho, usuario o no del sistema, dado el impacto social del servicio de justicia.

El desafío es repensar prácticas de gestión judicial planificadas de modo operativo (corto plazo) y estratégico (largo plazo), cuyo objetivo sea generar un cambio en la resolución judicial de planteos de condenados para que obtengan una respuesta más eficaz en relación con la práctica actual y en el marco de las garantías procesales y penales del sistema penal.

Es posible aplicar una herramienta como la audiencia —propia del proceso penal— e implementarla en la etapa de ejecución penal, resolviendo de modo ágil y sencillo los diversos planteos de los condenados que surgen de su detención.

Estas posibles alternativas de respuesta judicial resultan viables con los recursos actuales (recursos humanos, insumos materiales e informáticos, edilicios) y el diseño de mejores prácticas en virtud de las experiencias de otras jurisdicciones (Juzgado de Ejecución penal jurisdicción de provincia de Catamarca y Buenos Aires –circunscripción Mar del Plata).

IV.1. Consideraciones de recursos disponibles

En el diagrama de una nueva práctica en la gestión judicial, se debe considerar al momento de su planificación las modalidades de operatividad (corto plazo) y estratégica (largo plazo) y, de este modo, cimentar una respuesta más eficaz con relación a la práctica actual.

En la actualidad, y —con los recursos disponibles— podemos aplicar esta herramienta (audiencia oral) e implementarla en la etapa de ejecución penal. La oralidad permite, además de la consolidación del derecho a ser oído por parte de la persona condenada, la inmediatez de las partes y la celeridad en cuanto a la resolución de los planteos que se realicen.

Al mismo tiempo, la resolución en marco de la audiencia oral resulta un acto procesal ágil y sencillo para los justiciables, quienes pueden comprender cada una de las acciones de las partes intervinientes en el acto, conforme la inmediatez y el asesoramiento de letrado que requiere la normativa aplicable.

Esta propuesta resulta factible considerando los recursos actuales (personal judicial, insumos materiales e informáticos, edilicios). De allí que no habría requerimiento de inversión en estructura e insumos los que resultan un obstáculo.

Este rediseño de prácticas surge de las experiencias en otras jurisdicciones (Juzgado de Ejecución penal jurisdicción de provincia de Catamarca y Buenos Aires —circunscripción Mar del Plata—), con una respuesta satisfactoria de los justiciables/usuarios. Con esto estamos diciendo que no es algo absolutamente novedoso. No solo la experiencia en otras jurisdicciones nos habla de estas ventajas, sino también el propio nuevo Código Procesal Penal Federal impone estas prácticas orales.

IV.2. Contexto en la práctica actual en Justicia Federal de Córdoba

Para nuestro análisis se considera las prácticas actuales en la órbita de la Justicia Federal de Córdoba. En la provincia de Córdoba funcionan dos Tribunales Orales en lo Criminal Federal. En cada uno de ellos se ha constituido una secretaría de ejecución penal, y su titular es el/la juez/a que ejerce la presidencia del tribunal en el año en curso.

Se tomó como índice de análisis la satisfacción del usuario en relación con el derecho a ser oído. Luego, el índice de productividad (tiempo de resolución del planteo). Así se ejemplifica la cuestión en base al planteo de libertad anticipada —condicional o asistida— del condenado, cuyo marco normativo se encuentra previsto en los art. 505 y ssg. del CPPN.

Cabe aclarar que las actividades de gestión que se desarrollarán a continuación son generalizadas en las secretarías de ejecución, pero no son unánimes.

Se presenta el pedido de libertad anticipada (se equipara planteo de libertad condicional o asistida como acto procesal idéntico para simplificar el análisis). A continuación,

- Sumariante incorpora al Lex 100 y realiza el decreto.
- Sumariante constata los requerimientos legales conforme computo de pena (14 CP, 56 Ley 24660).

- sumariante requiere los informes del servicio penitenciario donde se encuentre alojado/a
- sumariante requiere el informe del Registro Nacional de Reincidencia actualizado, con informe detallado si “interesa la detención del justiciable para algún tribunal”.
- sumariante recepta la prueba informativa/documental
- sumariante corre vista al Ministerio Público Fiscal para que dictamine en el término de tres (3) días.
- sumariante sube el dictamen al sistema Lex 100.
- sumariante traslada expediente a despacho, para que secretaria/o realice el proyecto de resolución.
- se traslada el proyecto a despacho de juez.
- juez/a revisa el proyecto.
- juez/a firma la resolución.
- se traslada nuevamente el expediente a secretaría.
- secretaria/o pasa el expediente a sumariante.
- sumariante notifica al justiciable a través de oficio al servicio penitenciario.
- en caso de incorporación a la libertad anticipada, se notifica al patronato del liberado.

Se reseña un **único momento** donde el justiciable se manifiesta de forma directa (por derecho propio) o indirecto (por medio de defensa técnica) ante el/la juez/a a cargo de su ejecución penal. Este es el **acto de peticionar** su libertad. Sin embargo, al realizarlo por derecho propio, no es su voz la que se escucha sino la expresión de formularios pre- impresos del servicio penitenciario, o unas escuetas líneas donde lo solicita.

Se advierten alrededor de los dieciséis (16) momentos o pasos; y sólo uno —el primero— tiene participación del justiciable de modo formulario o indirecto.

Es claro que el destinatario de la resolución no es oído por quien resuelve su petición, es decir que de modo sistemático se desoye la manda constitucional/convenional a garantizar el derecho a ser oído en sede judicial.

Se relevan los legajos de ejecución de ambas secretarías. El tiempo promedio de resolución a los planteos de libertad oscila entre veinte (20) a treinta (30) días hábiles de plazo.

Por otro lado, las tareas desarrolladas se materializan con la intervención de tres personas —como mínimo— (sumariante, secretaria/o y juez/a) de forma sucesiva.

De allí que en el contexto de la práctica actual ante un planteo de libertad de una persona condenada (indirecto/formulario) requiera el trabajo de tres personas —en general trabajo calificado— en un plazo de mínimo un (1) mes para resolver el pedido sin escuchar al interesado.

V. Alternativa de gestión judicial convencional y eficiente

V.1. *Experiencia en jurisdicción de ejecución penal en la órbita provincial de Catamarca y Mar del Plata*

Esta práctica alternativa y acorde al derecho vigente fue cristalizada en un artículo de marzo de 2017, donde el señor Juez de Ejecución de la ciudad de Catamarca —Dr. Guillaumondegui— compartió los resultados de la oralización de las audiencias en la etapa de ejecución penal⁴.

Otra experiencia fue la materializada por el Dr. Gallarreta —Juez de ejecución de la provincia de Buenos Aires, circunscripción de Mar del Plata—, donde gestionó a través de audiencias orales los planteos de condenados realizados en su jurisdicción.

Ambos magistrados refirieron el empleo de esta herramienta para resolución de diversos planteos en la etapa ejecutoria en el marco de la normativa vigente y con los recursos disponibles (humanos e infraestructura). De la gestión materializada por ambos magistrados se relevó que:

- pedido de libertad anticipada (sea por justiciable o por la defensa técnica).
- sumariante incorpora al Lex 100 y realiza el decreto.
- sumariante constata los requerimientos legales conforme cómputo de pena (14 CP, 56 Ley 24660).
- sumariante requiere los informes del servicio penitenciario donde se encuentre alojado/a.

⁴ Consultado en: <https://derechopenalonline.com/la-oralizacion-de-incidentes-de-ejecucion-penal-una-experiencia-novedosa/> [página consultada el día 06/03/2023].

- sumariante requiere el informe del Registro Nacional de Reincidencia actualizado, con informe detallado si “interesa la detención del justiciable para algún tribunal”.
- sumariante recepta la prueba informativa/documental y se sube al sistema lex 100.

Se establece fecha de audiencia y cita a las partes. Esta tarea es desarrollada por un empleado judicial.

En audiencia el/la juez/a escucha al justiciable, se incorpora la prueba informativa/documental (informe del servicio penitenciario, certificado del Registro nacional de reincidencia). Las partes alegan sobre la fundamentación en derecho del pedido planteado.

Juez/a resuelve en la misma audiencia y notifica a las partes su resolutorio, el justiciable escucha la decisión.

En caso favorable se notifica al Patronato del liberado.

En el marco de esta práctica se relevan diez (10) actividades de gestión.

El/la justiciable insta el planteo (en idénticos términos al punto anterior) sin embargo sabe que tendrá una instancia procesal donde será escuchado. Conoce que existe un momento en el proceso donde podrá manifestar las razones de su petición, donde podrá explicitar los fundamentos que hacen procedente su petición con sus propias palabras. Sabe que tendrá la oportunidad de presenciar la producción de prueba, controlar el contenido de la misma, refutar si hubiere alguna circunstancia subjetiva y sin fundamento legal, y donde podrá escuchar la valoración de sus argumentos. El podrá oír qué se dijo ante su petición y podrá ser oído. Esta actividad sí satisface el derecho al acceso a la justicia y ser oído.

Se señala que las actividades son similares. Sin embargo, la realización de audiencia oral genera que diversos actos se produzcan de manera simultánea o consecutiva sin lapso de interrupción, por lo que el plazo promedio se reduce. Se releva que la cantidad de personas intervinientes (sumariante, secretaria/o, juez/a) es equiparable, pero las actividades que materializan se despliegan de manera concomitante.

V.2. La oralidad en la experiencia relevada

La implementación de la oralidad en el marco de los procesos judiciales en la etapa de ejecución de la pena ha sido instada en función de las ventajas relacionadas con la carga de trabajo y el costo total del proceso.

De modo que los tribunales que materializan los pedidos en audiencias orales optimizan los recursos humanos, disminuyen el tiempo en la resolución del planteo, y logran la satisfacción del usuario/justiciable.

Esto conlleva dedicar menos horas en total a cada expediente —soporte papel e informático— y abocarse a la resolución con mejor calidad técnica, eficiencia y eficacia.

Al desarrollarse las actividades de modo eficaz, el/la magistrado/a y su equipo trabajan mejor brindando a los usuarios procesos simples y comprensibles. Trabajan menos en cada papel o soporte informático pues las audiencias concentran múltiples eventos procesales, se produce una disminución en la cantidad de proveídos, notificaciones e incidentes.

En el ámbito de la ejecución penal, los principios rectores se cristalizan en un acto judicial donde el justiciable —titular de derecho— puede expresar desde su propia voz las razones que fundan su petición o circunstanciar los hechos/derecho que hace a su planteo, puede aportar elementos de prueba, puede confrontar la prueba producida, escucha la fundamentación de las partes. Escucha la resolución del magistrado.

En el ejemplo de este estudio, la libertad anticipada es un momento vital en el proceso y para el justiciable. Es la finalidad de toda la ejecución de la pena privativa de la libertad. Es el momento de la reinserción social. Para la persona detenida significa personificarse, volver a ser. Deja de ser *'el preso'* para ser nuevamente él/ella. Vuelve a su hogar y con su familia. Vuelve a su entorno. Es el momento donde mengua el poder punitivo del estado que naturalmente la/o ha desdibujado/o.

Es un imperativo convencional dotar de valor el acto donde se manifiesta la palabra del condenado. Es el momento dónde se expresan las consideraciones para su retorno social, con 'su' presencia —garantizando la transparencia del proceso y el conocimiento de su desarrollo—, con la imparcialidad del/la juez/a al momento de producirse el contradictorio, el ejercicio de defensa al momento del control de la prueba, y la celeridad del proceso con la resolución y notifica-

ción en la misma audiencia. Es una palabra llena de contenido y escucharla es un derecho constitucional.

V.3. *Ventajas relevadas en esta práctica*

Se ha expresado que la audiencia concentra múltiples eventos procesales, disminuye la cantidad de notificaciones, el período de diligenciamiento de prueba se transforma en un plan de trabajo acordado entre el tribunal y las partes, pudiendo alcanzar mayor certeza respecto a plazos. Aun sin reformas legales, modificando las prácticas de la gestión judicial se puede mejorar.

Así esta práctica cumple los siguientes objetivos:

mayor satisfacción del usuario del servicio de justicia, garantizando el derecho a ser oído, eliminando incertidumbre de plazos y simplificando el proceso;

- reducción de actividades no orientadas a la satisfacción al usuario;
- reducción de demoras (simultaneidad de actos procesales);
- implementación conforme marco legal vigente y con recursos e insumos actuales;
- descongestión de la oficina judicial.

Es decir que la inclusión de la audiencia oral en la etapa de ejecución puede producir una “mayor satisfacción del usuario del servicio de justicia”, reduciendo demoras e implementando las garantías del marco legal actual y con la disposición de los recursos e insumos actuales y descongestión de la oficina judicial

Desde una perspectiva de gestión se parte del convencimiento que las prácticas no se consideran en términos absolutos, sino de referenciación; ya que instamos a instrumentalizar una práctica para mejor satisfacción del justiciable/usuario. De allí que la valoración de resultados no solo considere la práctica en sí sino de modo estratégico (múltiples actos procesales se despliegan en la misma audiencia) y optimización de recursos humanos reduciendo de gestión por trabajo simultáneo.

VI. Actividades de implementación

Se diseña la implementación a partir de:

*Propiciar un espacio para la crítica de prácticas actuales -con personal involucrado de la secretaría de ejecución y ministerios públicos- considerando ventajas y desventajas de la práctica actual.

*Capacitar el personal administrativo/técnico en la gestión de la audiencia orales en el marco de la ejecución penal, utilizando como referencia las experiencias de Catamarca y Buenos Aires —circunscripción Mar del Plata—.

Determinar un espacio físico disponible dónde materializar audiencia, distinto a la sala de audiencia prevista para juicios orales criminales para disponer con autonomía del ejercicio del Tribunal.

Repensar estrategias para una organización de tiempo (determinación de días semanales en horario establecido para planificar posibles días de audiencias (v.gr., primer y tercer lunes de cada mes a partir de las 9:00 hs.).

Establecer protocolo de gestión de audiencias para garantizar que se realicen en plazos razonables y la producción de prueba de calidad.

Desplegar actividades con área informática para establecer canales virtuales en caso de que el justiciable o testigos citados puedan participar de manera remota por distancia o inconvenientes sobrevinientes.

Proponer una prueba piloto por el lapso de seis (6) meses para evaluar resultados en base a criterios de satisfacción de usuarios, actividades desplegadas por personas intervinientes y tiempo de respuesta a la demanda.

Redireccionar actividades que puedan impactar de modo negativo, por ejemplo: falta de capacitación del personal en manejo de sistema lex 100, dilación por ausencia de partes en las audiencias, demora excesiva en la diligencia de prueba, mera verbalización de actas escritas, y otras prácticas que no conduzcan a la meta propuesta.

VII. Palabras finales

Conforme nuestro sistema jurídico constitucional vigente, el Poder Judicial es un poder público y este carácter lo obliga actuar de modo eficaz de acuerdo con pautas de racionalidad administrativa y conforme los principios del Estado de

derecho, democrático y republicano. De otro costado la gestión judicial, orientada a la configuración de las estructuras institucionales, a los procesos de trabajo, a la división de roles y a la asignación de competencias operativas, elementos necesarios para que el producto que deben entregar los tribunales es posible con la planificación operativa y estratégica para generar una respuesta lo más eficiente posible.

La justicia lenta no es justicia, por lo que el logro de metas del sistema judicial depende de la permanente evaluación y gestión de mejores practica dado que las fluctuaciones endógenas y exógenas del sistema.

Reflexionar en los principios rigen nuestra legislación penal y procesal penal es relevante; pero es una ilusión pensar que con esto basta.

Rediseñar planificaciones de gestión y optimizar los recursos de los que disponemos es un objetivo que debe estar en agenda política, pues una organización que sea incapaz de evaluar su servicio se transforma en una herramienta inidónea para alcanzar su meta.

Esta propuesta es una alternativa de trabajo pensado para un fragmento de la etapa ejecutoria de la pena. Es una instrumentalización de los principios que rigen el proceso penal con la gestión con recursos e insumos con los que actualmente disponemos. Es una posible respuesta a una demanda del justiciable para que el sistema judicial que le impuso una pena le reconozca su propia voz y la dote de valor.

Estamos convencidos de que la mejora en las prácticas del sistema judicial de modo operativo y estratégico resulta indispensable para evitar que las leyes se conviertan en un cúmulo de buenos deseos.

REGLA 41

Aportes sobre la aplicación de principios del sistema adversarial en la ejecución de la pena. Las reglas Mandela, régimen de disciplina y sanciones a la luz de principios del contradictorio

LUISINA TISCORNIA*

I. Introducción

En el presente trabajo se abordará la temática vinculada a la aplicación de principios propios del sistema adversarial en la ejecución de la pena, la aplicación de dichos principios en la llamada “realización del derecho material” cuando éste conlleva la aplicación de un castigo.

Asimismo, y desde una perspectiva convencional de derechos humanos, se intentará exponer de que manera las reglas Mandela, especialmente las reglas 36-41 vinculadas al régimen de sanciones, pueden realizarse en mejores condiciones en el marco de audiencias en la etapa de ejecución penal con preponderancia de principios propios del sistema adversarial.

A su vez, se analizará cómo la incorporación de principios del sistema adversarial profundiza el principio de control judicial de la ejecución de la pena establecido por nuestro marco legal (art. 3 ley 24660), constitucional y convencional, cuyos parámetros fueron fijados también por la CSJN en el fallo Romero Cacharane. Cómo en la práctica, la aplicación de estos principios coadyuvan al fortalecimiento de un conjunto de garantías que tienen por objeto proteger atributos inviolables de la persona.

En ese sentido se evaluará y examinará la experiencia de las audiencias orales de ejecución penal a cargo del Dr. Alejandro Cabral en la Jurisdicción Federal

*Egresada de la UBA. Diplomada en Derecho Procesal Penal (UNPAZ). Diplomada en Tendencias en Derecho Penal (Universidad de Belgrano). Doctoranda en Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Secretaria de Primera Instancia - Ministerio Público Fiscal. Asignada actualmente a la Fiscalía General de Neuquén. Fiscal adjunta ante Juez de Ejecución - Tribunal Oral Federal de Neuquén.

de Neuquén durante el año 2021, como escenario para la realización de los planteos y la resolución de las medidas. Ello, partiendo de que no solamente es necesaria la realización y la implementación en la práctica de estos principios en esta etapa del proceso penal, sino que además es posible.

II. Principios del sistema adversarial y la ejecución de la pena

Los principios del sistema adversarial, hoy receptados en el Nuevo Código Procesal Federal, además de atravesar toda la naturaleza del código, se encuentran expresamente mencionados en el artículo 2 de su texto. Allí se ha establecido que *“Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización”*. La norma establece que tales principios deben observarse *“durante todo el proceso”*, y en su artículo sexto establece que *“el derecho de defensa es inviolable e irrenunciable y puede ejercerse libremente desde el inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia...”* (art. 6 CPPF).

Así, a modo de breve reseña, por el principio de oralidad entendemos el planteo, debate y resolución de manera oral y en audiencia. Es la característica que hace posible el desarrollo o la expresión de otros principios, como la contradicción y la concentración, en tanto genera mejores condiciones para que el acto, la resolución del planteo sea continua, es decir sin interrupciones.

De modo que constituye uno de los ejes centrales de la realización del contradictorio, y en el caso de la ejecución de la pena, genera mejores condiciones también para el cumplimiento de la judicialización de la ejecución penal.

Por otra parte, tiene un vínculo esencial con el principio de publicidad, entendida también como mandato, teniendo en cuenta que la ausencia de publicidad privaría a las partes a conocer el material probatorio, en el que se fundará la decisión judicial. A su vez, la publicidad también indica que las audiencias serán abiertas al público, salvo que se presente alguna de las pocas excepciones previstas legalmente.

Se ha afirmado que *“pensar un sistema oral, entonces no implica sencillamente incorporar algunos artículos en una norma que regulen audiencias dispersas en el contexto de un proceso escrito. Implica pensar en el proceso centrado en*

*el encuentro entre quienes peticionan y quienes resuelven.*¹ Desarrolla luego Leticia Lorenzo la necesidad de repensar la configuración de todo el sistema a partir de al menos tres aspectos, el significado de acceso a la justicia, la relevancia de estar frente a las personas y a mirar el proceso desde el expediente o desde la audiencia.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema inquisitivo, en el sistema adversarial el enfoque está relacionado al conflicto, que puesto en conocimiento por las partes a la persona que ejerce la magistratura, se busca una solución real y efectiva.

En ese sentido también, considerando que la contradicción es el método de conocimiento para llegar a la verdad, en el que las partes desde posiciones equivalentes plantean su visión del caso al juez o tribunal, que decidirá con imparcialidad, la audiencia se constituye el mejor escenario para su desarrollo. Es que ya no estamos frente a la idea de “descubrimiento de la verdad” por parte del juez que se presenta en el sistema mixto. Nos hallamos frente a un sistema entendido como un medio para la solución de conflictos, que tiene su impacto en la reformulación también del rol de cada una de las partes que intervienen. Un sistema donde las partes exponen su teoría e intentan convencer “de esa verdad” a quien tiene la función de juez o jueza. Estas circunstancias tienen consecuencias en el cambio en la gestión y concepción del proceso penal en un todo.

También denominado principio de controversia resulta una derivación del principio de defensa en juicio previsto por el art. 18 y de igualdad establecido en el artículo 16 de la Carta Magna. Conlleva el derecho de las partes de producir prueba, de alegar sobre ellas valorándolas y de efectuar las observaciones que entiendan pertinentes. Por supuesto implica la facultad de interrogar y contrainterrogar a las personas citadas a declarar.

En este sentido también, merece destacarse que esto impacta de manera fundamental otro de los principios del sistema penal, el de imparcialidad de la persona juzgadora.

Se ha dicho que *“La imparcialidad es la condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios⁶⁹ a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos (es el*

¹ LORENZO, Leticia *“La oralización como eje de una transformación feminista de la justicia”*, publicado en Revista Pensamiento Penal. Consultado en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doc-trina/90324-oralizacion-eje-transformacion-feminista-justicia>

*“tercero en discordia”). Se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que respecto de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia: no es casual que el triángulo con que se suele graficar esta situación, siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están a la misma distancia del fiel. O sea que el juez será imparcial cuando tenga ecuanimidad (imparcialidad de juicio), cuando sea indiferente (no determinado por sí a tina cosa más que a otra), neutral (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni de otro)”.*²

Analizado luego este principio, no en su aspecto vinculado a independencia necesaria respecto de los otros poderes del estado, o en relación a la intervención previa de quien juzga en el conflicto o a su relación previa con alguna de las partes, sino desde el punto de vista otras afectaciones, entiendo que el escenario del sistema acusatorio responde más efectivamente a la protección de las garantías de los habitantes. Me refiero a la circunstancia en la que es la persona juzgadora, en audiencia, quien se convence y resuelve o da una salida al conflicto. Situación en la que no hay delegación de tareas, hay total inmediación con las personas, hechos y circunstancias. Donde a través de la audiencia oral se conoce el caso, se valorará la información que allí se produce, y donde la decisión se dará a conocer, se comunicará a las personas interesadas, por parte de quien toma la decisión. Y ello, resulta a mi entender fundamental no solamente en la instancia de juicio, sino en cada etapa del proceso penal. Y sobre todo, en aquella instancia donde se materializa el derecho penal, donde se aplica concretamente el poder del estado sobre una persona, es decir, en la etapa de la ejecución de la pena.

Por otra parte, y como mencionábamos anteriormente, el principio de inmediación es el que establece que la prueba debe ser producida por las partes en presencia de quienes ejercen la magistratura y que luego adoptarán las decisiones. Tales decisiones deben ser tomadas sobre la base de la impresión personal y de los medios de prueba, debiendo llegar éstos sin la menor alteración posible.

En este sentido también es importante destacar que en el sistema escritural, la persona que debe juzgar o sus asistentes o empleados, toman conocimiento

² CAFFERATA NORES, José, *“Proceso penal y derechos humanos”*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 33.

con anterioridad del legajo. Es decir, concurren a la audiencia con una alta probabilidad de tener un preconcepción acerca de los hechos, o al menos algún tipo de opinión sobre ellos. De este modo, lo que se diga en la audiencia, o la prueba que se produzca en ella, estará teñido de aquello que ya se conoce, o analizado desde aquel prisma. Ello, indefectiblemente afecta estas garantías y derechos de las personas a ser juzgadas o a que sus situaciones de vida sean analizadas o valoradas con total imparcialidad.

El principio de concentración de los actos procesales es aquel que indica que debe desarrollarse la mayor actividad procesal posible en las audiencias. Su interrupción sólo puede suceder por razones debidamente justificadas, y los actos deben ser próximos entre sí.

La simplicidad y celeridad establecen que las etapas del proceso tendrán plazos breves y se desarrollarán de manera ágil y dinámica, sin demoras innecesarias, procurando únicamente obtener la información útil para la solución del caso. El principio de simplicidad es aquel vinculado a la necesidad de eficiencia y eficacia del sistema, con el uso a su vez de lenguaje accesible. Ambos principios coadyuvan a la concreción del derecho a su vez de las personas de obtener un pronunciamiento en un tiempo razonable.

Por último, la desformalización es aquel principio que pondera que las cuestiones, sean investigaciones o, como en este caso, el planteo de cuestiones vinculadas a la ejecución de la pena, sean llevadas a cabo de manera eficiente, sin ritos excesivos que atenten contra la eficacia de las medidas adoptadas. De esta manera se provee al sistema de una elasticidad y flexibilidad que permita la rapidez de la resolución de los conflictos.

Ha afirmado Alberto Binder que *“...no se trata de una «guerra al papel» ridícula, sino de poner en cuestión un modo específico de burocratización que consiste en la primacía del registro por sobre el acto. Algo así como si a un médico le interesara más la historia clínica que el diagnóstico y cura del paciente y los hospitales fueran grandes centros de administración de historias clínicas...”, concluyendo que “...para que la «la crítica al expediente» no sea superficial es necesario desarrollar una profunda política de oralización...”*³

La reforma del proceso implica un cambio en diversas cuestiones, prácticas judiciales, tradiciones inquisitoriales en relación al proceso penal, pero también

³ BINDER, Alberto, *“Derecho Procesal Penal. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal”*, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, Año 2013, pág. 83.

cambios en las funciones de quienes operan en la justicia, en los distintos ministerios, magistrados y magistradas, tribunales y en las oficinas creadas por el código. Particularmente en relación a al rol de los jueces y juezas, también este nuevo sistema trae consecuencias y efectos de gran importancia. Se ha afirmado que *“el sistema acusatorio y adversarial en la región ha tomado la decisión de rescatar al juez de la degradación funcional y la subordinación legal. Esta tarea implicó asumir con toda claridad que el espacio natural de trabajo del juez es la sala de audiencias y que la metodología central de su labor está dada en la comunicación con las partes y -a través de ella- en la búsqueda de la solución del conflicto que originó la controversia entre ellas”*.⁴ Afirman los autores que en el sistema escrito – inquisitivo, les ha otorgado a los jueces y juezas dos funciones que no le son propias, la de investigar y la administrativa, o de gestión de los juzgados y tribunales. De igual modo ocurre, podemos decir, en los Ministerios, atento las estructuras “espejo” que tienen. Entonces, la actividad de magistrados y magistradas pasa a ser en el caso de quien debe juzgar, la de investigar, que no le es propia, y para el resto la administrativa o de gestión de la sede. Se encargan así de las cuestiones diarias, tanto edilicias como de personal. También de la gestión de los legajos y de los objetos vinculados a ellos. De esta manera, afirman estos autores, se ha producido una “degradación funcional”. Ello, no solamente por la adjudicación de funciones ajenas sino por el tiempo que ellas le absorben.

En tal sentido, y como se ha afirmado en diversos antecedentes, el cuerpo del Código Procesal Penal Federal se encuentra vigente, debiéndose implementar su operatividad como se ha llevado a cabo a partir de las distintas resoluciones de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Federal. Sin embargo, entiendo que muchos de estos principios, prácticas y lógicas, pueden -y deben- desde mi punto de vista aplicarse y generalizarse, al menos en algunas instancias como la de ejecución de la pena.

III. Acerca de las Reglas Nelson Mandela

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos se establecieron específicamente las reglas 36-41, vinculadas a las restricciones, disciplina y sanciones.

⁴ RUA, Gonzalo y GONZALEZ, Leonel, *“El rol del juez en el sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. Litigación y sistema por audiencias”*. Consultado en: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/reflexiones_ruaygonzalez-1.pdf

En primer lugar, es preciso aclarar que, más allá de su redacción, deben entenderse las mencionadas reglas como aplicables a todas las personas privadas de libertad sin discriminación, incluidas las mujeres. Ello, conforme lo establecido en la Observación Preliminar 1 de las Reglas de la Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bankok)⁵. Aclarado este punto, en las mencionadas reglas se regulan especialmente el régimen de restricciones y sanciones correspondientes en un establecimiento carcelario. De este modo, se han fijado pautas y límites para el funcionamiento seguro del establecimiento y la organización sin extralimitaciones. Se alienta a utilizar la prevención de conflictos pero fundamentalmente indica en la regla 39 que sólo podrán ser sancionadas las personas conforme los reglamentos y principios de equidad y el respeto a las **garantías procesales**. Por otra parte, según lo establecido en el inciso 4 de la regla 41 se consigna que “*los reclusos tendrán a posibilidad de solicitar una revisión judicial de las sanciones disciplinarias que se les hayan impuesto*” y desarrolla asimismo el respecto a las garantías procesales aplicables a las actuaciones, incluido el asesoramiento jurídico.

En este sentido, y a la luz de lo establecido por nuestra Corte Suprema de la Nación en el precedente Romero Cacharane el principio de judicialización de la ejecución penal, aparece como imperativo en nuestra Nación. Allí se estableció: “16) *Que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía. Esta Corte al definir el principio de legalidad, ha señalado que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos: 191:245 y su cita).*”⁶

Por otra parte, es preciso considerar los análisis y aportes que se han hecho en materia de la consideración del tiempo de prisión. Se ha diferenciado la noción del tiempo de prisión de la noción abstracta que remite al tiempo crono-

⁵ Resoluciones 663C (XXIV) y 2076 (LXII) del Consejo Económico y Social

⁶ CSJN, Fallos: 327:388

lógico. Se ha dicho que “*La característica principal de la prisión es que el tiempo de prisión muta constantemente; la mutación, que determina la pérdida de un derecho (alejamiento del vínculo familiar), la afectación gravosa (lesiones a la integridad física), la intensidad de una acción de fuerza (requisa, golpiza), la prolongación angustiante (falta de atención médica), entre otros ejemplos, es la expresión que adquiere el trato arbitrario durante el desarrollo del tiempo cronológico*”.⁷ En este sentido, se ha destacado la importancia de advertir estas posibles mutaciones en la medida del castigo dispuesta en la sentencia que pueden producirse en el transcurso de la ejecución de la pena a partir de tratos arbitrarios. Teniendo en cuenta entonces que este transitar la pena puede acarrear también una modificación en aquel castigo dispuesto u ordenado como medida por el injusto, es que resulta indispensable efectuar un seguimiento riguroso y estricto de la ejecución de la pena por parte de autoridades judiciales, y en este sentido también y con un rol activo del Ministerio Público Fiscal.

Es en este aspecto también que, a mi entender el desarrollo de principios de contenido adversarial, coadyuvan a ese control judicial de la condena a partir de decisiones jurisdiccionales tomadas y fundadas por parte de quienes ejercen la magistratura.

IV. Control judicial de la ejecución de la pena y la aplicación de los principios del sistema adversarial

En primer término, vale destacar que los principios que rigen la ejecución de la pena, previstos por el art. 1 de la ley 24.660 en armonía con los tratados internacionales – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 9.3 y Pacto de San José de Costa Rica art. 5.6- establece que la finalidad de la pena consiste en que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley procurando su adecuada reinserción social. En tal sentido, todo nuestro actuar, como operadores y operadoras de ejecución debe estar enfocado a estos principales objetivos.

Asimismo, la ley 24.660 en su artículo 3 prevé que los diversos momentos de la ejecución de la pena se encuentran sujetos al “permanente control judicial”;

⁷ VACANI, Pablo A, “*La determinación punitiva en la fase ejecutiva de la pena. Determinación judicial de la pena y Ejecución de la pena*” publicado en Compendio de doctrinas. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40060-vacani-determinacion_punitiva_en_fase.htm

criterio ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Romero Cacharane (2004), tras el que no quedan dudas de que cualquier circunstancia que pueda incidir cualitativa o cuantitativamente en la ejecución de la pena habilita la intervención judicial. A su vez, también el Código Procesal Penal de la Nación en su Libro V establece el procedimiento que deben seguir los y las juezas de ejecución durante la última etapa del proceso. Así también se ha establecido en el Plenario Maldonado (1994) que la competencia de juezas y jueces de ejecución se centra en las penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento, de inhabilitación y multa, y en las medidas de seguridad. Así también, de las condenas dejadas en suspenso, las salidas transitorias, los traslados por enfermedad, las autorizaciones para las visitas íntimas, y el cumplimiento de la pena en establecimientos de jurisdicción provincial.

Resulta fundamental poner de relieve y analizar posibles herramientas para la realización plena de principios contenidos en el derecho internacional, como lo son las reglas mínimas para reclusos, y su aplicación concreta en nuestro país, en tanto las sucesivas alteraciones, o en su caso, su omisión, puede implicar una modificación sustancial de la condena. Por tal motivo, su observancia, el control judicial en esta etapa, como “realización del derecho material” cuando este conduce a la aplicación de un castigo, resulta sin dudas trascendental.

Se ha dicho: “*Que, a su vez, este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, la “judicialización” se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal.*”⁸

Al respecto ha expresado el Dr. Zaffaroni que “*la individualización de la pena es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada. La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extraña al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto: el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre*

⁸ CSJN, Fallos: 327:388 (voto Carlos Fayt).

*cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legislativas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas y penitenciarias”.*⁹

Afianzar los principios de judicialización, de legalidad, de progresividad y de humanización de la privación de la libertad debe ser un norte para el Estado, para el Poder Judicial y para las y los operadores en particular.

Ahora bien, sobre la base de la vigencia del Código Procesal Penal Federal y en las disposiciones que se han vuelto operativas en virtud de las resoluciones de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal (Resolución 2/2019, resolución 1/2020, Resolución 1/2021), considero que es posible aplicar principios propios del sistema adversarial a la etapa de ejecución de la pena.

V. La experiencia en el Tribunal Oral Federal de Neuquén

En este sentido, haremos una breve reseña de la experiencia llevada a cabo en la etapa de ejecución de la pena en la jurisdicción Federal de Neuquén, a cargo del Dr. Alejandro Cabral.

Como decíamos, a partir del nuevo paradigma fijado en el Código Procesal Penal Federal, el que no fue derogado sino sólo en lo concerniente la puesta en funcionamiento de dicho Código, lo cierto es que las pautas establecidas allí, en consonancia con lo legislado sobre procedimiento penal en las provincias, como es el caso de la provincia de Neuquén, tornan no solamente necesaria su aplicación sino posible también, al menos en lo que respecta a la etapa de ejecución de la pena.

En el caso de nuestra jurisdicción, se ha desarrollado la etapa de ejecución de las penas en el Tribunal Oral Federal de Neuquén, casi totalmente en forma oral desde el año 2019. Como se verá, a los fines de analizar o recortar una porción haremos referencia a la cantidad de audiencias llevadas a cabo durante el año 2021. En ese sentido daremos un panorama sobre la cantidad, el tipo y contenido de las mismas.

⁹ZAFFARONI, Raúl, et. al. “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, ed. Ediar, Año 2000.

Se han desarrollado durante el año 2021 la cantidad de 73 audiencias. Sólo en algunos planteos se han sustanciado de manera escrita. De este modo, se han dictado la cantidad de 74 resoluciones interlocutorias. Téngase en cuenta también que en algunas ocasiones una resolución lleva la realización de más de una audiencia. Tal es el caso de los casos donde se requiere la declaración de alguna persona especializada en un área específica, como es el caso de asistentes sociales o especialistas en alguna rama de la medicina, personas que se encargarán de la guarda o tutoría por ejemplo para los casos de solicitudes de morigeración de la pena. También en los casos en que se solicitan salidas laborales, y son citadas las personas que se ofrecen o que requieren a la persona condenada para que preste labores.

Así, se han desarrollado audiencias vinculadas al control de las distintas modalidades de cumplimiento de la pena (control de reglas de conducta por ejemplo), resolución de solicitudes de los beneficios/derechos de salidas transitorias, libertad condicional, o libertad asistida, como así también los requerimientos de morigeración de la pena. En estos casos, en su amplia mayoría se han citado a prestar declaración testimonial a las y los encargados de las distintas áreas de la unidad penitenciaria en cuestión, así como de quienes suscriben el acta criminológica respecto de la persona, su conducta y concepto. También quienes han declarado y fundado sus conclusiones. En la mayoría de los casos han dado cuenta y han explicado los informes ya suscriptos por ellos mismos, introduciéndose en la audiencia de este modo, y en otros, cuando por alguna razón ha sido urgente por los plazos previstos para el beneficio o cuando faltara expedirse a alguna de las áreas, han efectuado sus informes en audiencia ante el juez. Así, han sido incorporados sus declaraciones a la audiencia y valorados de este modo por el juez de ejecución.

También se han llevado a cabo audiencias orales para resolución de pedidos vinculados al pago de multas, pedidos de sustitución con tareas o pago de las mismas en cuotas. En estos casos también se ha contado con la incorporación de informes socioambientales introducidos en audiencia por medio de las licenciadas que los han suscripto, como con la declaración testimonial de personas a cargo de las entidades en donde podrían llevarse a cabo las tareas para sustituir la multa impuesta.

En este sentido hay que mencionar que para aquel contradictorio y para la resolución, ha sido necesaria la estricta producción de prueba. Como decíamos,

tal ha sido el caso de informes socioambientales, en algunas ocasiones presentados de modo escrito o incorporado mediante la declaración testimonial de la persona que los elaboró. Asimismo, se ha requerido también la presencia en audiencia de quienes están a cargo de la entidad en la que se propuso la realización de las tareas comunitarias a fin de que sea interrogada, tanto por la parte que propone la medida como de la contraparte, en el caso generalmente este Ministerio Público Fiscal.

Mención aparte merece la realización de audiencias cuyo objeto ha sido el cuestionamiento por el condenado y su asistencia técnica de las calificaciones trimestrales asignadas por el Consejo Criminológico del Servicio Penitenciario Federal – en nuestro caso de la Complejo Federal V ubicado en Senillosa. También la resolución de los planteos de nulidad de las sanciones impuestas a los condenados. En estos supuestos, ha sido de trascendental importancia la realización de la audiencia como escenario para la toma de decisión del Juez de Ejecución. Ello ha propiciado la declaración testimonial en reiteradas oportunidades de todas las personas referentes de las áreas con las cuales el Consejo Criminológico analiza y define las calificaciones a cada persona. Interrogadas y contrainterrogadas por las partes han dado cuenta de los elementos valorados para otorgar el puntaje, han descripto los distintos programas individuales formulados a la persona condenada en cuestión, y a partir de allí, se ha ponderado según las partes y ha valorado el Sr. Juez acerca de la justificación o no de la calificación asignada, y en su caso, si correspondía intervención judicial. En este sentido, debo decir también como parte del Ministerio Público Fiscal, ha sido fundamental la realización de las audiencias, la que ha permitido acceder a información que no se contaba en los informes, a valoraciones, apreciaciones y conclusiones que en algunos casos no estaban suscriptas. Cuestiones que, analizadas a la luz de los principios que rigen el sistema de ejecución de la pena, vinculados a la resocialización, a la reinserción social merecen un lugar preponderante.

Resulta fundamental asimismo hacer una breve referencia a la utilización de recursos tecnológicos, fundamentalmente el uso de plataforma zoom -en nuestro caso- para su desarrollo, facilitando de este modo la intervención de la persona condenada y la declaración testimonial que todas aquellas citadas a testificar, tanto de asistentes sociales, personal del Patronato de Liberados como aquellas personas que ofician como tutoras, agentes que se desempeñan en los

establecimientos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal. Por ello, y con la utilización de estas herramientas tecnológicas, se ha posibilitado la comparecencia de todas las personas pertinentes y ofrecidas por las partes, aún cuando no se encontraran en ese momento prestando servicios en la unidad carcelaria.

Ello ha contribuido considerablemente a que la decisión sea tomada con la celeridad del caso, donde el paso del tiempo, la consolidación de una sanción o una calificación injustificada -que torna procedente o no el acceso a una salida anticipada o al ejercicio de un derecho-, para una persona privada, resulta crucial.

En este sentido, la inmediación que genera la audiencia ha sido fundamental para la toma de decisiones, decisiones de mayor calidad. Este marco permite advertir situaciones, condiciones, percepciones, que de manera escrita es imposible advertir. La captación directa de los hechos, con los sentidos, sobre los hechos que relatan las personas citadas, así como las manifestaciones de la persona condenada, entiendo son indispensables no sólo para la decisión a cargo del Sr. Juez sino también para quienes debemos dictaminar previo a ella.

De este modo, entiendo que en este contexto de realización de audiencias nos hemos aproximado considerablemente, no sólo a la real ejecución de los principios de oralidad, inmediación y contradictorio, de concentración, celeridad y desformalización, sino que entiendo se han realizado principios fundamentales como el acceso a la justicia, tutela efectiva y respuesta eficaz por parte del servicio de justicia.

Se destaca en este sentido, que la decisión de convocatoria a audiencias ha sido llevada a cabo por el Sr. Juez de Ejecución, con anuencia de las partes, tanto del Ministerio Público Fiscal como de la Defensa, y con una clara predisposición y labor de todas las integrantes del equipo de la Secretaría de Ejecución, sin cuyos aportes sería muy dificultoso pensar esta realidad. Sólo en escasas oportunidades se ha resuelto con sustanciación escrita, siendo el modo escrito la excepción y no la regla.

Ahora bien, en el nuevo Código Procesal Penal Federal ello se encuentra establecido de manera explícita en el artículo 380, el que se consigna:

“El Ministerio Público Fiscal, el condenado y su defensor podrán realizar los planteos que consideren necesarios ante el juez con funciones de ejecución. Estos deberán ser resueltos en audiencia, con

intervención de las partes. Si fuera necesario producir prueba, la parte que la propone se ocupará de presentarla, previa orden del juez o de la oficina judicial cuando ello fuere necesario para cumplimentarla...". Sin perjuicio de ello, y como se ha demostrado, es posible llevar a cabo prácticas adversariales en gran medida aún sin la implementación plena del Código Procesal Penal Federal.

En el caso, arriesgo a afirmar que no se requiere al efecto erogación presupuestaria, ni infraestructura o creación de numerosos cargos al efecto – al menos en lo que concierne a la etapa de ejecución de la pena-, aunque si la decisión de implementación fundamentalmente para establecer o generalizar esta práctica para todas las personas que deban intervenir en dicha instancia y por supuesto y fundamentalmente para la brindar seguridad jurídica a las personas sobre quienes habrán de recaer las decisiones que se tomen.

En este sentido, analizada la experiencia en nuestra jurisdicción federal de Neuquén, entiendo que la audiencia surge como el escenario más ajustado para las peticiones y resolución de los planteos vinculados la ejecución de la pena.

VI. Conclusión

En este sentido, entiendo que como surge de la experiencia llevada a cabo en la jurisdicción federal de Neuquén, nada impide la implementación de los principios propios del sistema adversarial, y muy por el contrario, considero que esta etapa se ve enriquecida, aportando de esta manera a la producción de resoluciones judiciales de mayor calidad, sobre la base de la litigación y el contradictorio y del trabajo de las partes para el logro de las respectivas peticiones.

Por ello, entiendo que resulta de fundamental importancia la implementación de esta normativa, al menos en esta etapa del proceso correspondiente a la ejecución de la pena.

Teniendo en cuenta el marco constitucional y convencional, y en particular las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de las personas reclusas (Reglas Nelson Mandela y Reglas Bangkok), entiendo que la oralidad en el marco de audiencias públicas, con intermediación, contradictorio e imparciali-

dad, resultan un escenario claramente más favorable para la realización de los objetivos y principios contenidos en ellas.

De esta manera, considero que resulta fundamental concretar y generalizar estas prácticas, pues sostengo que con la aplicación de la oralidad y del proceso acusatorio en la etapa de ejecución de la pena se realizan, se concretan los principios de acceso a la justicia y tutela efectiva de los derechos humanos.

Considero además que tales cuestiones, atento su crucial importancia en la afectación de derechos fundamentales de personas condenadas y privadas de libertad, no deben depender de la voluntad y el compromiso de magistrados y magistradas, como positivamente sucede en el caso expuesto, sino que debe constituirse en normativa a la que todas las personas que ejercen la magistratura se encuentren sujetas, consideren y aplicar para tomar las decisiones judiciales correspondientes.



REGLA 62
Reflexiones sobre la Regla Mandela:
Mujeres migrantes, de Jujuy a Buenos Aires

MARÍA ALEJANDRA CATALDI*

MARÍA JIMENA MONSALVE**

Regla Mandela 62

1. Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con los representantes diplomáticos y consulares del Estado del que sean nacionales.

2. Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de proteger a las personas en su situación.

* Jueza de Cámara del Tribunal Oral Federal Nro. 1 de Jujuy, provincia de Jujuy, República Argentina, Responsable de la Cátedra de Derecho Procesal Penal Universidad Católica de Santiago del Estero-Jujuy, socia y delegada de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina (AMJA), replicadora de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

** Jueza Nacional de Ejecución Penal de la República Argentina, Presidenta de la Asociación Argentina de la Justicia de Ejecución Penal, Vicepresidenta 2da. de la Asociación Argentina de Justicia Terapéutica, Prosecretaria General de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, socia y delegada por la Ciudad de Buenos Aires de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. Abogada (UBA, Argentina) Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL, Argentina), Diplomada de Formación en Facilitación de Círculos Restaurativos con enfoque en Ejecución Penal (IIDEJURE, México). Docente de grado y posgrado.

Regla de Bangkok 53

1. Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y en caso de que las interesadas lo soliciten o consientan informadamente en ello.

2. En caso de que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en su país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre.

I. Mujeres migrantes, sufrimiento invisible

¿Existe una cuantificación del dolor por partir y dejar parte de la vida atrás? En las diferentes catástrofes humanitarias ocurridas y en desarrollo, las mujeres y los niños representan la mitad de la población migrante.

Las causas emergentes se encuentran en diferentes disparadores, entre ellos, la guerra o conflictos que pueden estar sucediendo; la pobreza o el desempleo en sus comunidades de origen. Las mujeres suelen reaccionar primero, a riesgo de consagrar un estereotipo.

En muchos de los casos, son sujetos de delitos a raíz de ser utilizadas como medios para la comisión de los mismos. En diferentes causas penales he podido observar que las mismas participan en diferentes roles, algunos más activos que otros.

Los paradigmas en los que ancestralmente fueron ubicadas las mujeres, como seres débiles y sumisas deben ser confrontados con las circunstancias que rodean a las mismas, edad, grado de educación, procedencia y actividad porque es notorio que variaron los mismos, desplazándolos a otros, de más fuerza y actividad. Ignorarlo es cerrar los ojos a una realidad que aparece como diferente.

Con la misma rapidez con la que las mujeres reaccionan ante las adversidades, debemos repensar que sus roles han variado en las diferentes organizaciones criminales. Si existe, a mi modo de ver, dos verbos que caracterizan lo femenino, son “hacer o dar”. Las mujeres hacen, dan. Permanentemente, desde las edades más jóvenes.

También en la esfera delictiva, tal como bien lo señala Sabrina Namer en su artículo publicado en un diario digital¹⁰, se las puede considerar en diferentes roles. Como *“Mujeres imputadas que trafican droga en sus cuerpos; que venden droga en sus casas o alrededores o la guardan en su domicilio; que lideran bandas dedicadas al tráfico de estupefacientes cuando sus maridos son apresados; o que se dedican a captar víctimas para insertarlas en redes de trata de personas, etc. O mujeres víctimas directas o indirectas de ese tipo de criminalidad: niñas secuestradas para pedir rescate en kilos de droga a padres narcotraficantes; madres negociando con secuestradores para liberar a esposos o hijos vinculados a la venta de droga a cambio de pago en estupefacientes; madres que ven morir a sus hijos por enfrentamientos entre bandas, por mencionar algunos ejemplos”*.

Es así que observamos mujeres accionando, haciendo desde diferentes lugares. Según las necesidades que las reclaman. Algunas se insertan en actividades de real importancia en las estructuras delictuales, quebrando así la mirada de que sólo aparecen en el delito por ser sumisas o débiles. Esta mirada significa abreviar al mismo pozo que se combate.

La mujer de hoy se construye de manera diferente a la de hace años atrás por la acción de una generación del colectivo que se diferencia de los esquemas patriarcales existentes en los núcleos familiares.

Sin embargo, a pesar del tiempo y de las capacitaciones realizadas, el camino sigue siendo pesado y de difícil superación.

II. Una mirada integral, desde la Ejecución Penal

Desde la mirada integral de los jueces y juezas con funciones de ejecución penal, en ocasión tanto de intervenir en los casos de condenas o control de medidas alternativas al encarcelamiento, como en las visitas carcelarias y entrevistas, no es posible pasar por alto las historias que encarnan las personas migrantes, particularmente de las mujeres, muy especialmente en los casos en los que la persona se encuentra detenida.

En muchos casos la brecha cultural causa el impacto. La sensación de soledad, de incapacidad de abordar los problemas del proceso, los problemas de la

¹⁰ *Crimen organizado y perspectiva de género - Infobae* Consultado en: [<https://www.infobae.com/opinion/2022/05/19/crimen-organizado-y-perspectiva-de-genero/>]

convivencia, la pobreza absoluta frente a las necesidades básicas, la resignación y la profunda tristeza marcan usualmente el tono de las intervenciones, en las que comúnmente escasean los enfoques integrales, sin mediar la mirada psico-sociosanitaria que el problema impone.

Cada historia presenta distintas aristas, pero las hay comunes, desde la peregrinación para poder lograr documentación que permita no reunir la condición de migrante ilegal, hasta el sufrimiento afectivo por la inexistencia de redes sociales en el territorio, cada pasaje de las historias de estas mujeres se encuentra teñido de la profunda vulnerabilidad que atraviesa estos casos. Es casi imposible hallar un caso de una mujer que cuente con recursos suficientes para su subsistencia, que libremente decida introducir en su cuerpo sustancias peligrosas para su salud e ingresar en esas condiciones en un país desconocido, si no media una necesidad o una causa subyacente poderosa y relevante a la hora de decidir sobre el caso. Tampoco es usual verificar la genuina voluntad de pertenecer a un último eslabón en grupos delictivos, comandados por varones, si no media una situación de violencia en cualquiera de sus formas reconocidas, que haya incidido en su decisión. Estas son las cuestiones que deben ser visibilizadas y abordadas adecuadamente en los ámbitos judiciales cuando se analizan las conductas y las respuestas punitivas, como parte de una realidad que es manifiestamente diversa a la de otros casos.

Sorprendentemente, no es habitual encontrar que los análisis efectuados sobre las mujeres migrantes y su situación sean contemplados integralmente, ni se han constituido en una materia habitual de estudio. Mientras muchos autores y autoras se ocupan de la migración en general, las cuestiones relativas a las mujeres migrantes presas o judicializadas no han arrojado una gran producción doctrinaria ni jurisprudencial, que tenga presente la triple condición de vulnerabilidad.

En la etapa de ejecución penal, el trabajo apunta a construir un camino en conjunto con la persona condenada, que permita acercarla a las instancias en las que se puedan aplicar las medidas alternativas al encarcelamiento, en este caso, aquellas que se encuentran expresamente contempladas en la Ley No. 24.660, con los alcances contenidos en el Apartado 9 de las Reglas de Tokyo.

Para poder realizar esa construcción, es necesario situarse en las circunstancias que atraviesa una mujer migrante en contexto de encierro. Las limitaciones y dificultades deben ser abordadas y visibilizadas.

Una cuestión preliminar tiene que ver con la calidad de análisis que se puede realizar en esta coyuntura, en la que la perspectiva de género y el enfoque diferenciado se han convertido en políticas públicas, que exigen respuesta inmediata por parte de los órganos jurisdiccionales. De allí que, en estos supuestos bajo análisis, nos encontremos con una confluencia de interseccionalidades, dado que estas mujeres extranjeras presas se encuentran generalmente enroladas en más de una categoría de especial vulnerabilidad.

En toda la región, pero particularmente con mayor intensidad en la República Argentina, se transita un proceso de reconocimiento amplio, donde la promoción de la perspectiva de género se constituye en eje de una política pública, tendiente a proteger a los grupos o categorías “sospechosas”¹¹ y, de ese modo, entender el principio de igualdad como sinónimo de “no discriminación”¹² de las personas que no tienen asegurado el acceso amplio a sus derechos humanos.

Ello, sin perjuicio de no haberse verificado suficientes políticas transformadoras en cuanto a eliminar estructuralmente las desigualdades, si se produjo la sanción de un enfático grupo de leyes, que no sólo generan obligaciones, sino visibilizaron en otro plano estas problemáticas, al punto tal de incluso, emplazar a todos los funcionarios públicos a cumplir con los estándares constitucionales y convencionales de género y diversidad¹³.

¹¹ “Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”. Compendio Igualdad=No Discriminación, CIDH, consultado en: [<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>]. La CIDH igualmente ha entendido al principio de igualdad y no discriminación como “*la columna vertebral del sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*”. Ver en: CIDH. Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo. Trabajadores indocumentados. Estados Unidos de América. 30 de noviembre de 2016, párr. 72. Asimismo, ver: CIDH. Informe No. 04/01. Caso 11.625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.189. Dilcia Yean y Violeta Bosico. República Dominicana. 11 de julio de 2003, párr. 103.

¹² “*El principio de no discriminación constituye una protección particularmente significativa, que incide en la garantía de todos los demás derechos y libertades consagrados en el derecho interno y el derecho internacional, y está prescrito en el artículo II de la Declaración Americana y los artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana*”, Informe No. 80/15. Caso 12.689. Fondo. J.S.C.H y M.G.S. México. 28 de octubre de 2015.

¹³ En particular, las leyes 26.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres; 26.743, Ley de Identidad de Género; 26.618, Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo; 27.449, Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los tres Poderes del Estado, y, recientemente, la ley 27.636, Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero “Diana Sacayán-Lohana Berkins”, han trazado un camino de exigencia e interpretación, que se debe entrecruzar con las normas inveteradas, poco modernas y sin perspectiva de género, tales como el Código Penal, los Códigos Procesales Federales (tanto la versión del Código Procesal Penal de la Nación, que data de 1992, como del Código Procesal Penal Federal

De otro lado, cabe recordar que una considerable proporción de las mujeres privadas de libertad se encuentra en prisión como consecuencia directa o indirecta de múltiples formas de discriminación y pobreza. La discriminación contra las mujeres genera en la sociedad relaciones inequitativas de poder y de acceso a recursos económicos, lo que lleva a muchas de ellas a involucrarse en el terreno criminal para desempeñar, la mayoría de las veces, las actividades de mayor exposición y más vulnerables a la acción de las agencias penales, reproduciendo así, también en este terreno, las relaciones de discriminación y exclusión desde las que llegan al delito¹⁴.

Es importante, como punto de partida, realizar una distinción analítica entre mujeres no nacionales y mujeres inmigrantes: las primeras son quienes proceden de otro país y establecen residencia en el país receptor, más allá del estatus administrativo. En cambio, la categoría de mujeres no nacionales, incluye a las mujeres sin residencia previa en el territorio nacional que entran en contacto con el sistema policial, judicial y penal, y que por estos hechos cumplen condenas en cárceles. En ciertos casos, la condición de extranjería se adquiere junto con la condición de “delincuente”, pues la detención ocurre en el mismo momento del ingreso al país receptor¹⁵.

Son numerosas las ocasiones en las que los organismos de protección de Derechos Humanos se han pronunciados sobre los derechos de las personas migrantes y los estándares mínimos que se deben cumplir al respecto.

Sin perjuicio de ello, hay ciertas dificultades que se presentan puntualmente en las personas migrantes, y —especialmente— si son mujeres. Dentro de esas dificultades, aparecen como prioritarias para atender, la diferencia de idioma, la imposibilidad de acercamiento familiar, el desconocimiento de las leyes y costumbres del país receptor y la situación de extrema vulnerabilidad social.

aprobado por la ley 27.063 en 2014, este último aún en condiciones vigencia parcial, tanto material como territorial), los Códigos Procesales Penales Provinciales, la Ley Nacional de Ejecución Penal 24.660 (maltrecha, con modificaciones relativamente recientes que conspiraron contra la progresividad, pero no incorporaron herramientas útiles relacionadas con la diversidad) y las leyes provinciales de ejecución penal, en los casos de las provincias que no adhirieron a la norma nacional. La normativa y reglamentación interna que rige la vida de las personas privadas de la libertad, tampoco se ha aggiornado a los derechos actualmente reconocidos constitucional y convencionalmente en la materia.

¹⁴ ESTRAMPES, MM, et. al., “Manual Regional de las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública”, AIDEF, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Madrid, Eurososial, 2015.

¹⁵ PALOMO MARTIN, María Teresa, “Sobre delitos y fronteras. Vuelta sobre la investigación ‘Mujeres no nacionales en prisión’”, en RODRIGUEZ MARTINEZ, Pilar, (comp.) “Feminismos Periféricos”, Granada, ed. Alhuia, pág. 223 y ss.

En relación con la cuestión del idioma, cabe señalar que son relevantes las diferencias en el lenguaje, aun tratándose de un mismo idioma. La barrera que genera no hablar el mismo idioma que los operadores del sistema de justicia, que el personal penitenciario o que sus compañeras detenidas, conforman limitaciones graves, que incluso vulneran el derecho de defensa en juicio o las garantías más básicas que deben asegurarse en contexto de encierro.

Es habitual que en el marco de los procesos penales se encuentren previstas normas que obliguen a que, en los actos procesales claves, tales como la declaración indagatoria, o el juicio, cuenten con un traductor o intérprete. Sin embargo, se debe tener presente que estos intermediarios lingüísticos no se encuentran a disposición permanente para cada uno de los intercambios o actos que se produzcan, razón por la que hemos de deducir que muchas cuestiones probablemente no resultarán atendidas, no serán adecuadamente comprendidas y redundarán en una situación de mayor indefensión y sensación de desamparo, simplemente por el hecho de no poder establecer un canal de comunicación válido y eficaz. En Argentina, se ha destacado “[...] la situación de aquellas no hispano parlantes quienes, si bien no representan un alto porcentaje del total de mujeres en prisión, se encuentran con serias dificultades durante el encierro debido a la falta de profesionales que puedan traducir sus requerimientos o necesidades tanto legales como de otra índole [...]”¹⁶.

Esta situación se agrava en los ámbitos de convivencia carcelaria, en los que la barrera idiomática problematiza situaciones de la cotidianeidad, donde no existe obligación alguna de asistencia. Ello provoca situaciones de aislamiento, de dificultad para integrarse a las actividades cotidianas de un penal, dificultar el avance en el ámbito educativo, dificultar las evaluaciones que deba realizar el Consejo Correccional y, en definitiva, las retrasa habitualmente en el avance del régimen de progresividad. Estas cuestiones raramente se ventilan en las resoluciones o decisiones judiciales.

En relación al acceso a la defensa eficaz, cabe señalar que en el caso de la República Argentina contamos con la previsión de provisión de defensa pública sin distinción de la nacionalidad de la persona, que marca una diferencia sus-

¹⁶ Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino, Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 5, consultado en: [<http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf>].

tancial con otros órdenes normativos, que no prevén la asistencia letrada gratuita. La asistencia debe resultar eficaz tanto para la instancia penal como la administrativa.

Este último punto da pie a marcar las diferencias entre los institutos de extrañamiento, deportación y extradición, que guardan considerables diferencias entre uno y otro pero que, con distintos matices y alcances, se encuentran regulados en los países bajo distintos parámetros de política criminal y migratoria. Uno de los más gravosos padecimientos adicionales lo constituye la amenaza de expulsión del territorio, una vez cumplida total o parcialmente la condena, acompañada de la prohibición de reingreso por varios años o de por vida y que, sin duda, desarticula las familias y su derecho a permanecer unidas. Ello ha ido de la mano de la evolución del endurecimiento de las políticas migratorias y de la criminalización a la que ya hemos hecho referencia.

En el caso de nuestro país, se debe tener presente que se encuentra dispuesto el instituto del extrañamiento, dispuesto en la Ley Nacional de Migraciones¹⁷, que tiene prevista la posibilidad de que al cumplirse el plazo legal equivalente al requisito temporal de acceso a las salidas transitorias (mitad de la condena) la persona pueda solicitar ser extrañada a su país de origen mediando el cumplimiento de ese requisito. Lo importante es destacar que existen áreas específicas de la defensa pública destinadas a la asistencia legal gratuita de las personas migrantes. Se debe destacar que, en estas situaciones, se advierte una doble persecución estatal, penal y administrativa. Recordemos que compete a la Dirección Nacional de Migraciones, en el ejercicio de los cometidos de política migratoria que le asigna el artículo 105, en función del artículo 3 inciso a) de la ley 25.871, adoptar decisiones de declaración de irregularidad de la residencia o de cancelación de los permisos de residencia de extranjeros y, en consecuencia, decidir su expulsión del territorio nacional, y determinar su duración de la prohibición de reingreso, según los artículos 61, último párrafo, 62 y 62 de esa ley.¹⁸ A su vez, cabe recordar que las decisiones administrativas adoptadas por la Dirección Nacional de Migraciones que deciden la irregularidad de la residencia o de cancelación de los permisos de residencia de extranjeros y deciden la expulsión y prohibición de reingreso, están sujetas a vías

¹⁷ Ley Nacional de Migraciones Nro. 25.871, artículo 64. Consultado en: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm>].

¹⁸ Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional, Sala I, CCC24807/2015/3/CNC1, "Giménez Güell, Carlos Daniel s/extrañamiento", 15/12/2017, Registro Nro. 1366/2017.

recursivas administrativas y judiciales, que según el artículo 98, son competentes los Juzgados Nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales en el interior del país, hasta tanto exista un fuero específico.

La criminalización de la migración es un tema de preocupación y de estudio académico, que no ha sido adecuadamente receptado por las políticas migratorias, que ha generado el dictado de normas especiales para las personas extranjeras que delinquen, que, con escasa apoyatura en evidencia empírica, ha provocado que se instale la idea de que ciertos flujos migratorios o grupos de personas de origen extranjero serían más propensos a cometer ciertos delitos en las distintas comunidades. Esta circunstancia se ha verificado en muchos países latinoamericanos y europeos, extremo que ha motivado —entre otras razones— la profusa producción de documentos de protección de los DDHH de los migrantes por parte de los organismos internacionales de protección. Las dificultades de asentamiento, que se dan muchas veces en barrios populares, su situación económica precaria y las condiciones de pobreza, son la base que justifique que los y las migrantes sean también presa del “populismo penal punitivo”¹⁹, que azota sin descanso y no resuelve ninguna problemática social de base.

Las mujeres migrantes se encuentran criminalizadas usualmente por delitos relacionados con las drogas, especialmente narcomenudeo, microtráfico, transporte y contrabando de estupefacientes y también por delitos asociados a la trata sexual o al ejercicio del comercio sexual o prostitución.

Otra desigualdad se verifica ante la imposibilidad de mantener el contacto el entorno socio-cultural, pues es necesario poder contar con contención afectiva, emocional y psíquica durante el tiempo de cumplimiento de la pena impuesta y posteriormente, favorecer la inclusión social una vez cumplida la misma. Ello impacta en forma directa en los regímenes que contemplan la progresividad como una forma de alcanzar las medidas alternativas al encarcelamiento y los regímenes de salidas anticipadas, casos en los que el arraigo es inexistente, no se cuenta con familiares, amigos o con la posibilidad de fijar algún domicilio, les resulta dificultoso acceder a esos regímenes tales como las salidas transitorias al domicilio de un referente o al mismo régimen de libertad condicional.²⁰

¹⁹ SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito” en Argentina, Año 2008, en Jura Gentium, consultado en: [<https://www.juragentium.org/topics/latina/es/sozzo.htm>]

²⁰ Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Mujeres pri-

Cuando se trata de personas extranjeras residentes en el país, los familiares tienen acceso a la visita. Se verifican dificultades similares sobre este punto que, en relación a las no extranjeras, dado que, si son madres, los hijos o hijas quedan al cuidado de terceros, que raras veces se comprometen a acercarlos a las visitas, por decisiones que obedecen a cuestiones económicas o bien familiares. Muchas veces el contacto se corta abruptamente, cambian los cuidadores o bien, también aparecen cambios en los lugares de alojamiento carcelario, que complican la logística para el acceso y la mantención del vínculo materno-filial.

En el mejor de los casos, el acceso a un régimen de prisión domiciliaria que contemple como supuesto legal —hay que revisar seguramente alguno de esos alcances— que quien tiene hijos o hijas menores de edad puede acceder, es una solución medianamente aceptable dentro del sistema. De otro lado, existen regímenes que consideran apropiada como solución el ingreso de los menores de edad a las cárceles junto con sus madres, extremo que sin duda vulnera los derechos de niños y niñas inocentes, que terminan viviendo en encierro, con afectación clara a su desarrollo pleno. En los casos de mujeres migrantes no residentes encarceladas, cuando llegan embarazadas o con hijos o hijas menores, carecen de un domicilio que permita que se cumpla con la normativa propuesta relativa a la prisión domiciliaria en abstracto. Por ello, este aspecto normativo no parece cubrir acabadamente las necesidades de este grupo de especial vulnerabilidad.

En el caso de las extranjeras no residentes, se observa que frecuentemente transitan en solitario la detención, con eventual aparición del personal consular del país de origen —si es que lo hubiera, y atendiendo a que seguramente se encuentra emplazado en la ciudad capital, cuando las cárceles muchas veces no están localizadas allí—, que realiza alguna suerte de acompañamiento. Véase, por ejemplo, entre otras circunstancias, que el acceso a los sistemas de llamadas telefónicas de larga distancia, con costos elevados, no suelen ser contemplados. Por ello, esas llamadas se producían en pocas ocasiones y por poco tiempo. Hoy en día, se ha avanzado en relación a la posibilidad de establecer comunicación por los sistemas habilitados de videoconferencia, que se ha agilizado a partir de la conectividad intensificada a causa de la pandemia del COVID-19.

vadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino, Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 5, consultado en [<http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf>].

III. Revisión de algunos casos judicializados

En distintos expedientes o en carpetas judiciales como se titulan en el Nuevo Código Procesal Penal Federal vigente en la jurisdicción Salta – Jujuy al mismo tiempo que el Código Procesal Penal de la Nación, se ha observado que ya condenadas, durante la ejecución de la pena, no descuidan las tareas de cuidado y de asistencia hacia su progenie o bien, a sus mayores, reclamando su presencia en los entornos familiares que fueran dejados en sus países de origen, o bien, en este.

Es así que, a modo de ejemplo, se detalla lo acaecido en cuatro casos.

En el Expediente No. 25637/2018/TO1/2, caratulado: “Y. R., R.- S/ Legajo de Ejecución Penal” (Infracción Ley N° 23.737), y 2018 en la causa Expte. N° FSA 23637/2018/TO1, caratulado: “Y.R., R. s/ Infracción Ley 23.737”, se condenó a R. Y. R., a la pena de cuatro (4) años de prisión, multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, y las costas del juicio por resultar autora responsable del delito de Transporte de Estupeficientes –arts. 12 y 45 del C.P., 530 y 531 del CPPN y art. 5 inc. “c” de la Ley 23.737, cumpliendo la mitad de la condena el 01/08/2020.

Del Legajo de Ejecución Penal, surge que la encartada es de nacionalidad boliviana y madre de dos niños menores de edad L.G.L.Y y B.A.L.Y, que quedaron bajo el cuidado de su padre. Ahora bien, debido a la actividad laboral del progenitor, la persona que asume —en ausencia del mismo— el rol de cuidado y asistencia hacia los más pequeño es el mayor de los hermanos de tan solo 6 años L.G.L.Y.

La Defensa Oficial aporta un informe de una trabajadora Social del Gobierno Municipal de Montero, Provincia de Obispo Santisteven, Bolivia, concluyendo que los niños necesitan a la madre, la extrañan, lloran, se han enfermado, resultándole difícil al padre salir a trabajar y cuidar a los hijos al mismo tiempo ya que no cuenta con otra familia que le ayude con el cuidado de los menores.

A su vez, el Licenciado de la Secretaria de Niñez y Adolescencia de Montero, Bolivia, determina que: *“en la actualidad ambos niños están a cargo del progenitor después de los hechos sucedidos con la progenitora. De acuerdo a entrevista psicológica se pudo percibir que los niños se encuentran en situación de abandono físico y emocional, debilidad en el desempeño paternal, ya que el padre*

tiene que salir a trabajar y el niño mayor algunas veces se queda solo en la casa exponiéndose así a un riesgo y maltrato por negligencia. El abandono emocional constituye la ausencia de la figura materna, los niños extrañan a su madre, desconocen su situación actual, los niños reclaman la presencia de su madre en el hogar para satisfacer las distintas demandas que tienen como ser, afectivas, educativas y alimenticias. Ambos menores valorizan mucho la figura materna, por ser una madre responsable, atenta, tolerante, educadora, cuidadora y proveedora de alimento y mucho afecto. Se percibe una relación identificadora con la figura materna, ya que expresan su nostalgia y añoranza debido a la ausencia y deseo de los hijos es estar cerca de su madre”

A raíz de lo expuesto, contando con dictamen Fiscal favorable, se hace lugar al Extrañamiento previsto por el art. 63 de la ley 25.871, por razones humanitarias, de manera excepcional y con prohibición de reingreso por ocho años.

En el Expediente No. 20376/2018/TO1/2/1 caratulado: “C. Q., A. – S/ Legajo de Ejecución Penal” (Infracción Ley N° 22.415), y del registro del Juzgado de Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal, la mujer ingresó a la Argentina, a bordo de un remise, trasladando dos tachos plásticos sin tapa y un bolso de mano tipo mercado envueltos en aguayos (tejidos típicos del norte), dónde, una vez abiertos, se encontraron veintisiete (27) paquetes de formato rectangular (12 en un tacho, 13 en el otro y dos en el bolso) conteniendo Clorhidrato de Cocaína, con un peso total de 26.814.96 gramos.

A la mitad de la condena, (fue condenada a una pena de CINCO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, por resultar autora responsable del delito de contrabando de importación de estupefacientes agravado por el destino de comercialización, la inhabilitación especial para ejercer el comercio por el tiempo de la condena, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad e inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan en sede aduanera, con más inhabilitación absoluta por tiempo de la condena del art. 12 del Código Penal y las costas del juicio (art. 866 2° párrafo, según art. 864 inc. “d”, 876 inc. “e”, “f” y “h” y 1.026 inc. “a” de la Ley 22.415; 12, 29 inc. 3°, 44 y 45 del C.P y 403, 530 y 531 del CPPN)) solicitó el extrañamiento hacia su país de origen, previsto en la Ley de Migraciones N° 25.871. En apoyo de su petición, la defensa técnica argumentó que su asistida, es madre de 6 niños menores de edad, que viven en la frontera

norte con Argentina, en una situación expuesta a riesgos propios de la vida en una zona con esas características. También justifica el pedido en que los mismos se encuentran expuestos a una posible explotación por la exposición en que se encuentran mientras el progenitor trabaja todo el día en la Argentina, señalando los escasos recursos de la familia para sobrevivir, la desesperación y soledad en la que están los niños por la ausencia de la madre del hogar.

Se le hizo lugar, ya que se entendió que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de la libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de la libertad en establecimiento carcelario afecta a un sujeto distinto del condenado, como, por ejemplo, los niños —y en situación de extrema vulnerabilidad—, como es el caso.

Especialmente se tuvo en cuenta *“que el castigo no signifique una mortificación que supere a lo que la pena exija”*. En el caso, la presencia de pequeños niños en zona de frontera configura una especial situación de vulnerabilidad.

En el Expediente N° 17872/2018/EP1, caratulado: “G., E. S/ Legajo de Condena” (Infracción Ley N° 23.737), consta que la nombrada fue condenada a la pena de cuatro (04) años de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo que dure la condena, las costas del juicio como autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, previsto y penado por I el art. 5° inc. c) de la 23.737

Cuando se solicita el extrañamiento de la mujer, la defensa refiere que surge de las constancias de autos, que ésta es de nacionalidad boliviana, madre de 3 hijos menores de edad de 15, 10 y 8 años de edad.

Agrega documentación que acredita el vínculo con los menores de la cual se desprende que su defendida compone una familia monoparental junto a sus tres hijos, en las que asumió su rol de proveedora para su familia brindándoles solvencia económica y emocional.

Los hijos K.O.S, M.O.S y O.Y.S desde que la madre está detenida, quedaron al cuidado de sus abuelos maternos quienes son personas de la tercera edad, con problemas de salud. Éstos tuvieron que salir a ganarse la vida para cubrir sus gastos y el de sus nietos; la abuela vendiendo refresco y el abuelo en carpintería. Ambos refieren como muy dificultoso cuidar de sus nietos, ya que es el único

ingreso estable con el que cuentan es el de bono de dignidad que ambos perciben de manera mensual (350 bolivianos), encontrándose limitados en poder brindarle apoyo necesario a sus nietos.

Que la hija mayor K.O.S está muy afectada emocionalmente. Abandonó sus estudios para trabajar y ayudar económicamente a sus abuelos en la manutención de sus hermanos, descendiendo de peso en forma notable. En cuanto al menor M.O.S la profesora refirió que comenzó a cambiar de conducta, es agresivo y demuestra tristeza, llamando la atención con su comportamiento, no se alimenta bien y que el menor le refirió que en las vacaciones tenía que trabajar para ayudar a sus abuelos.

La defensa explica la joven mayor fue seducida por un hombre, quien abusó de la misma, doblegando su voluntad y sometiéndola de forma continua.

Sostuvieron que a raíz de la grave situación de soledad y desamparo que atraviesa la joven que vio contención en un hombre que se aprovechó de su corta edad e inexperiencia, al punto de dejarla embarazada, advirtiendo que tal circunstancia agrava notablemente la vulnerabilidad en la que se encuentra la niña K.O.S, no solo porque se trata de un embarazo producto de un abuso sexual, sino por encontrarse sola para sobrellevar el mismo, sin su madre para apoyarla y contenerla en tan difícil momento.

Por todo lo que se relata, se le concedió el extrañamiento de manera excepcional y por razones humanitarias, con prohibición de reingreso al país por ocho años en orden a la normativa vigente.

En el Expediente No. 201/2019/TO1/2 caratulada: “V.V., M. S. S/Legajo de Ejecución Penal” (Infracción N° Ley 23.737), se condenó a la encartada a raíz de ingresar al país con una valija con escasas prendas de vestir, peso no acorde con su tamaño en la que, en las varillas metálicas de su interior, se detectó una sustancia que resultó ser cocaína, con un peso total de 522,04 gramos, sin envoltorios.

Durante el control judicial de la pena, la defensa invoca que su madre, de 80 años de edad, con padecimientos físicos, en especial, úlceras flebastáticas crónicas en miembro inferior derecho con herida eritematosa abierta, signos y síntomas de infección, que le imposibilitan deambular. Se agregó constancias de que requiere de asistencia hospitalaria y que *“no cuenta con ningún familiar que pueda asistirle y se encuentra viviendo en condiciones insalubres”*.

A raíz de considerar que la encausada resulta estar condenada manteniendo los deberes de cuidado en relación de su madre anciana, se le concedió el extrañamiento por razones humanitarias y con prohibición de reingreso al país.

Situaciones en común en los hechos relatados: las mujeres migran de sus ciudades o pueblos en procura de mejoras económicas e ingresan —en muchos de los casos— en las acciones delictuales confiando en modificar las condiciones de vida.

Migran por necesidad, no por voluntad.

Al mismo tiempo no dejan de lado sus obligaciones de asistencia, cuidado tanto de sus hijos como sus padres, ya que acarrear sus historias personales.

Donde vayan, aun detenidas, las funciones ejercidas con anterioridad no las abandonan. Por el contrario, las reclaman y se convierten en lo más importante, dejando a un lado su propia situación judicial como algo de menor valor.

A las penas privativas de libertad, se le suman las historias de los que dejaron atrás.

No obstante, las cargas propias y ajenas que tienen, en las unidades de detención buscan trabajar y generar recursos para solventarse y mandar a sus familias lo que puedan.

Desplazan con sus conductas los estereotipos de seres débiles y sumisas que se instalan o al menos se intentan instalar con la fortaleza y la decisión para defender sus derechos y hacer oír las voces.



REGLA 87
"El rol de la víctima dentro del Régimen de la ejecución de la pena:
¿Viraje humanitario al convidado de piedra?"

OSVALDO A. FACCIANO*

TOMÁS E. MALAPONTE**

LUCÍA DEGIOVANNI***

I. Introducción

En sus orígenes, la justicia penal retributiva otorgó preponderancia a la víctima, el castigo se regía por la sed de venganza. En las sociedades primitivas la privatización del conflicto era moneda corriente y la pretensa víctima, la única encargada de impartir justicia.

A medida que se constituyeron los Estados, el poder punitivo comenzó a ser monopolizado por el poder político, que estableció los límites de la respuesta penal, estandarizando las sanciones. Cobró relevancia la noción de bien jurídico protegido y el sistema penal fue diseñado en torno a la figura del delincuente. La víctima fue relegada a un papel secundario, propugnando a su casi total prescindencia en el impulso de la acción penal.

A partir del siglo XX, la preocupación por el destierro de la víctima en el proceso penal fue tal que nacieron disciplinas dedicadas por completo a estudiar la trascendencia del rol que debe mantener en el proceso de impartir justicia. Así surgen la victimología y la victimodogmática en el seno del Derecho Penal alemán tras los estudios realizados por criminólogos sobre los estragos ocasionados por el nazismo. Aunque, cabe aclarar, el término "victimología" suele atri-

* Juez de Cámara del Tribunal Oral Federal N° 3 de Rosario.

** Secretario del mencionado tribunal.

*** Relatora del mencionado tribunal.

buirse al interés que despertó en Estados Unidos el caso del asesinato de *Kitty Genovese*¹.

En nuestro país la incorporación de los Tratados Internacionales al plexo constitucional, a partir de la reforma del año 1994, sin lugar a duda, marcó un hito importante al respecto, desencadenando una serie de cambios legislativos que comenzaron a considerar a la víctima dentro del proceso penal.

Tan solo a modo ejemplificativo, se recuerda la ley 24.316, que le otorgó participación a la víctima en el instituto de la suspensión del juicio a prueba a través de los artículos 76 *bis*, *ter* y *quáter* agregados al Código Penal. Asimismo, pueden citarse los artículos 310 del Código Procesal Penal de la Nación o los artículos 250 *bis* y *ter* del mismo código, referidos a la Cámara Gesell.

Además, nuestro Estado suscribió cuantiosos instrumentos internacionales que acompañaban estos cambios en torno a una nueva noción de víctima. Tales como la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Belém do Pará) o la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En ese influjo, las Naciones Unidas adoptaron una serie de reglas destinadas, principalmente, a la salvaguarda de los derechos de las personas privadas de su libertad, concretamente las llamadas Reglas de Bangkok —adoptadas por la Asamblea General en el año 2010— y las Reglas de Mandela —del año 1955 y reformadas por última vez en el año 2015—.

De ellas llama la atención la consideración concreta a las personas víctimas de hechos ilícitos dentro del proceso penal, como parte, reconociéndoles similares derechos y garantías que los preservados respecto del imputado². Ello, se coliga con el rumbo humanístico que toma el Derecho Penal no sólo desde la noción individualista de aquel seleccionado por el poder punitivo, sino también del ofendido por su conducta.

Impulsado por estos cambios que, en parte, se vieron reflejados en el proyecto del Código Procesal Penal Federal de la Nación, en el año 2017, el Poder Legislativo sancionó la ley 27.372 titulada “*Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos*”.

¹ NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras, “¿Dónde está la víctima? Apuntes sobre victimología”, Buenos Aires, Ed. Histórica Emilio J. Perrot, 2008.

² Reglas Nro. 60 y 66 (Reglas de Bangkok) y nro. 71 (Reglas de Mandela).

Todo ello tuvo su correlato en la reforma de la ley de Ejecución Penal (24.660), que, mediante la ley 27.375, otorgó a la víctima participación en la ejecución de la pena (artículos 11 bis, 17, 33, 45, 54).

Como se verá, si bien ello implicó un viraje humanitario en la etapa de ejecución penal, donde la víctima había sido históricamente relegada, subsisten aún cuestiones que no han sido debidamente abordadas por las reformas legislativas, lo que genera un vacío que se ve obligado a suplir el magistrado a cargo de la respectiva incidencia.

En el presente artículo nos proponemos desarrollar las modificaciones legislativas que consideramos más relevantes al respecto, destacar las omisiones en las que entendemos se ha incurrido en la reforma citada y señalar posibles contradicciones que pueden surgir con el espíritu mismo de la ley de Ejecución Penal, es decir la resocialización del condenado. Asimismo, analizaremos los distintos abordajes que ha recibido el presente tópico por los distintos tribunales del país.

II. Definición de víctima. Derechos reconocidos en la norma positiva

El artículo 2 de la ley 27.372 le reconoce el carácter de víctima a *“la persona ofendida directamente por el delito y al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que impida ejercer sus derechos”*.

Vemos que la ley adopta una definición amplia de la noción de víctima, abarcando no solo a aquel que ha sufrido las consecuencias de la conducta delictiva (víctima directa) sino también, subsidiariamente, a un grupo cercano al ofendido cuando este se vea impedido de ejercer sus derechos, ya sea por muerte o por grave daño a su salud (víctimas indirectas).

Advertimos aquí que la norma solo otorga facultades de actuación a las víctimas indirectas en el caso de que la ofensa padecida haya sido de tal magnitud que la persona a la cual se dirigió la conducta ilícita se vea impedida de hacer valer por sí misma sus derechos. Es decir, más allá del obvio supuesto de muerte, el ofendido debe encontrarse totalmente incapacitado de actuar.

Ello implica un criterio más restrictivo al previsto en “Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”, instrumento internacional que ha inspirado las definiciones previstas en las legislaciones de los países iberoamericanos.

Al respecto, observamos que el citado instrumento prevé que “*el término víctima, también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa*”³. Lo que pareciera, incluso, entender de manera conjunta el concepto de víctima, en determinados supuestos, comprendiendo su faz directa e indirecta, de manera simultánea.

En cuanto al *resultado muerte*, debe destacarse que la norma no solo restringe el concepto al supuesto del homicidio, sino a toda aquella maniobra delictiva que produzca el fallecimiento del sujeto pasivo. Corresponde citar aquí al homicidio en riña, el abandono de personas, el abuso sexual y el estrupo, la privación de la libertad, el robo seguido de muerte, la extorsión, incendio y otros estragos, envenenamiento de agua potable y otras sustancias alimentarias, entre otros⁴.

El artículo 3 de la ley 27.372 señala los principios que han inspirado la sanción de la misma, mientras que el artículo 4 se ocupa de imponerle a las autoridades una serie de reglas que deben observar al interactuar con las víctimas. Ellas son: rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización. Entendemos que el espíritu de la ley ha sido el de no distinción entre procesos y competencias a la hora de establecer los lineamientos de referencia, por lo que deben cumplirse de manera transversal.

El artículo 5 de la ley se ocupa de enumerar los derechos que poseen las víctimas de delitos, desarrollados en 16 acápites que intentan abarcar la mayor cantidad de supuestos y garantías posibles. La norma tiene su semejante en el art. 80 de Código Procesal Penal Federal.

El artículo 6 se dedica a señalar una serie de supuestos de “*vulnerabilidad*” que obliga a las autoridades a dispensar una atención “*especializada*”. Dicha norma debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 8, en el que se describen una serie de delitos especialmente graves que permiten presumir la existencia

³ Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – Capítulo I, Sección Segunda- Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo de 2008.

⁴ FIGARI, Rubén, “*Somero análisis de la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley 27.372)*”, consultado en: [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseño/v2/doctrina2.asp?id=10227&base=50&t=j].

de peligro para la víctima. En dichos casos, dice la norma, el magistrado a cargo del proceso deberá adoptar "*medidas necesarias para neutralizar el peligro*".

Más allá de la posibilidad de "*reserva*" de datos que permitan identificar a la víctima, la norma no indica qué medidas podrán adoptarse en sede judicial para preservar la integridad física y psíquica del ofendido, ni establece plazos de actuación. Además, en cuanto al supuesto de "*reserva de datos*", contiene una *válvula de escape*, dado que permite levantar el secreto "cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciera imprescindible". Nos preguntamos aquí cuáles serían los parámetros para ponderar los bienes jurídicos que colisionarían estos supuestos y en qué casos debe preponderar el interés del victimario por sobre la protección integral del ofendido.

Los artículos 9, 10 y 11 se ocupan de desarrollar ciertas garantías y obligaciones que deben cumplirse durante la tramitación de una causa en relación a la víctima. Así se establece que, en caso de limitaciones económicas, la autoridad deberá dispensar a la víctima de todo gasto vinculado a su participación en el proceso. Asimismo, se establece que las convocatorias judiciales del ofendido deberán ser limitadas y, si así lo solicitase, podrá prestar testimonio desde su domicilio y/o sin la presencia de los imputados. Finalmente, se prevé la posibilidad que la víctima reciba un patrocinio jurídico gratuito.

En cuanto a la posibilidad que la legislación otorga a la víctima, de contar con un patrocinio jurídico gratuito, cabe indicar que la norma coloca la asistencia letrada dentro de la órbita del Ministerio Público de la Defensa, el que tiene amplias facultades en la regulación de dicha intervención. Ello ha sido recientemente ratificado por la Cámara Federal de Casación Penal, concretamente la Sala IV⁵, al sostener la constitucionalidad de la resolución nro. 1459/2018, por la que la Defensoría General de la Nación estableció las pautas de actuación del Defensor Público de Víctimas, condicionando su participación en los procesos penales al acaecimiento de determinados supuestos.

Entendemos que este plexo de derechos, garantías y obligaciones contenidos en la ley 27.375, puede englobarse en la noción de "tutela judicial efectiva", como categoría jurisdiccional rectora de la participación de la víctima en los procesos penales.

⁵ Fallo "*AMMIREVOLE, Roberto Sebastián*" -13.06.22- Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. Consultado en: <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

La tutela judicial efectiva en relación con la víctima se encuentra expresamente prevista en el art. 12 del Código Procesal Penal Federal, el que establece que *“la víctima tiene derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes, frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto”*.

Al respecto, debemos resaltar que *“el respeto a los derechos de las víctimas tiene su fundamento en normas supraconstitucionales, así podemos señalar que nuestra constitución al receptar los tratados internacionales sobre derechos humanos incorpora la tutela judicial efectiva, donde se advierte claramente que el proceso no debe agotarse con una condena a quien resulta ser autor del ilícito, sino que debe atenderse a la situación de la víctima (artículos 1.1, 8.1 y 25 CADH)”*⁶.

III. La participación de la víctima en la ejecución penal. Modo de intervención en caso de sentencia no firme. Supuestos de proposición de peritos. Opinión de la víctima sobre egresos anticipados

La ley de Derechos y Garantías de las Víctimas, en el artículo 12, prevé la participación facultativa de las víctimas de delitos durante la etapa de ejecución penal, incluso sin la necesidad que se hayan constituido previamente como querellantes. Recuérdese que dicha posibilidad le estaba vedada por el artículo 491 del CPPN.

De esta manera, el citado artículo establece que la víctima tiene derecho a ser informada y oída ante el Juez de Ejecución Penal cuando se suscite cualquier planteo que pueda decidir sobre la incorporación del condenado a los siguientes institutos: salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida y régimen preparatorio para su liberación.

La normativa regula que el momento en el que la víctima será consultada respecto a su deseo de intervenir en esta etapa será el del juicio, concretamente coetáneamente con el dictado de la sentencia condenatoria. En dicha oportunidad, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, establecer el modo en que recibirá las notificaciones y *proponer peritos*.

⁶ PRAVIA, Alberto, *“Código Procesal Penal Federal, ley 27063. Con la actualización de la ley 27.482. Comentado y concordado”*, San Miguel de Tucumán, Ed. Advocatus, 2019.

Pese a que la normativa no lo regula, entendemos que, en consonancia con los principios que han inspirado la reforma legislativa, la víctima que ha previamente decidido no participar de la etapa de la ejecución de pena por cualquier motivo o que, en la instancia del juicio no ha sido debidamente habida, podrá solicitar con posterioridad al Juez de Ejecución Penal su participación.

Asimismo, entendemos que el contacto entablado por el Tribunal de Juicio con la víctima deberá guiarse por las pautas establecidas en la ley, tendiendo siempre a salvaguardar su integridad física y psíquica y evitar la revictimización. En dicha oportunidad, se deberá explicar con claridad la pena impuesta al ofensor en la sentencia de condena, indicando su *quantum*, los plazos previstos en la ley de Ejecución Penal para obtener los beneficios allí ordenados, los procedimientos estipulados y las restricciones contempladas en la reforma introducida por la ley 27.375.

En la órbita del código de procedimiento, el art. 373 del nuevo CPPF prevé que la víctima tendrá derecho a ser informada de la iniciación de todo planteo en el que se pueda decidir cualquier forma de liberación anticipada del condenado o de la extinción de la pena o la medida de seguridad, siempre que lo hubiera solicitado previamente.

La ley 27.372 introduce reformas al Código Procesal Penal de la Nación, concretamente en orden al régimen de las salidas transitorias (art. 496 CPPN), en el que regula el derecho a la víctima a ser informada de la iniciación del trámite y establece la obligación de considerar sus *necesidades*. En igual sentido, se ha modificado el artículo 505 CPPN en cuanto a la concesión de la libertad condicional.

El artículo 12 de la ley de víctimas ha sido reproducido, casi en su totalidad, en el artículo 11 bis de la ley de Ejecución Penal, sancionado en la reforma introducida por ley 27.375. Sólo se diferencian en que éste último artículo considera *falta grave* el hecho que el juez incumpla con algunas de las obligaciones allí previstas.

Cabe advertir que en la ley de Ejecución Penal reformada, el artículo 17 referido a las salidas transitorias, establece una distinción concreta en orden a las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal (pornografía infantil, exhibiciones obscenas de menores y *grooming*). Allí se pone en cabeza del juez la notificación a la víctima, que será escuchada si así lo desea y podrá proponer peritos espe-

cialistas a su cargo para la elaboración de su propio informe previo a la resolución judicial. De igual manera, lo hace el artículo 28 de la mentada ley, en relación con la concesión de la Libertad Condicional.

La regulación específica en orden a las figuras delictivas detalladas no parece ser caprichosa. Advertimos que el legislador, en esos supuestos concretos, estableció la obligación de notificación a la víctima, que, en la mayoría de los casos, actuarán a través de representantes legales dada su condición de menores, con independencia de la manifestación oportunamente efectuada al respecto durante la etapa de juicio. Es decir, aunque la voluntad de la persona ofendida haya sido la de no ser anunciada sobre las cuestiones que se suscitaban durante la ejecución de la pena impuesta al victimario, en los supuestos citados, ella deberá ser renovada ante el Juez de Ejecución Penal.

Si bien la normativa en análisis prevé concretamente los casos en los que la víctima tiene derecho a participar en las cuestiones que se susciten durante el control de la ejecución de la pena, encontramos ausencia de determinaciones en algunos supuestos que suelen acaecer en el plano fáctico.

Concretamente, nos referimos a las condenas que no han adquirido firmeza por encontrarse pendiente de resolución la vía recursiva. Nos preguntamos si en esos casos resulta correcto otorgarle la posibilidad de intervención a una pretensa víctima en la resolución de un pedido de egreso anticipado por parte de un condenado. Piénsese que sobre el imputado aún subsiste la presunción de inocencia y que, aunque el dictamen que, en su caso, realice la presunta víctima no será vinculante para el Juez de Ejecución Penal, sí deberá ser contemplado en la resolución que al respecto se adopte.

Sobre el punto, coincidimos con la solución propuesta por el Dr. Marcelo Peluzzi⁷, en cuanto sostiene que, si bien la víctima tendrá derecho a ser oída, los peritos que en su caso propongan no podrán inmiscuirse en la cuestión relativa a la readaptación social ya que, aún el individuo goza de estado de inocencia y dichos requisitos no le resultan exigibles.

Ahora bien, vislumbramos la existencia de un supuesto en el que la participación de la víctima pareciera cuanto menos cuestionable. Este es el caso en el que, ante el pedido de pena efectuado por el acusador público en el marco del debate oral, antes del dictado de la sentencia condenatoria (veredicto), teniendo

⁷ PELUZZI, Marcelo A., "La participación de la víctima en la instancia de Ejecución Penal, una mirada desde la práctica judicial, a dos años de la entrada en vigencia de la ley 27.372", consultado en: [https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0b9ce467aab2e2044b2dc6f79070ee43]

en consideración el *quantum* de la sanción penal intentada y el tiempo en que el encartado permaneció detenido cautelarmente, la defensa solicite su excarcelación en los términos de una libertad condicional (art. 317 inc. 5).

Se observa que, en ese momento el Tribunal aún no ha recabado la voluntad de la víctima en cuanto a su intención de participar o no en la etapa de ejecución penal y que, sin embargo, se ve obligado a resolver el pedido defensivo de liberación anticipada.

En estos supuestos específicos consideramos que podría ponerse en cabeza del representante del Ministerio Público el contacto con la víctima previo a emitir su dictamen, en el que deberá valorar la manifestación que ésta eventualmente realice, ello en consonancia con lo normado en el art. 373 del CPPF.

Se advierte que en estos casos lo informes que deberán requerirse al Organismo Técnico Criminológico del centro de detención sólo deberán expedirse en torno a la observancia o no por parte del encartado de los reglamentos carcelarios. Por lo tanto, consideramos que aquí la proposición de peritos por parte de la víctima sería desaconsejable, dado que las cuestiones a analizar son propias y objetivas del personal especializado del Servicio Penitenciario.

Siguiendo al autor citado, abonamos a la idea de que, si bien no se encuentran específicamente previstos en la ley, deberá anoticiarse a la víctima en los casos de quebrantamiento de la pena por parte del condenado o en los supuestos de expulsión del ofensor extranjero del país o cuando se habilite el cumplimiento de la pena en el exterior. Ello, fundamentalmente, a los fines de otorgarle la posibilidad de solicitar el dictado de alguna medida de protección en situaciones de peligro, sobre todo en los delitos detallados en el artículo 8 de la ley 27.372, donde el riesgo se presume.

Aunque las realidades de los distintos juzgados del país sean disímiles, compartimos con la mayoría de ellos la preocupación sobre la ausencia de organismos especializados en la atención a las víctimas en las diferentes jurisdicciones. Fundamentalmente en supuestos de peligro concreto, donde se hayan juzgado delitos especialmente graves, y el magistrado a cargo de la ejecución de la pena deba adoptar medidas de protección de forma inmediata, la colaboración de organismos multidisciplinarios deviene absolutamente necesaria.

Sin lugar a duda la creación del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delitos (CENAVID), en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, debe celebrarse como un avance de relevancia. Entendemos que

la puesta en funcionamiento de organismos locales que trabajen en conjunto con las secretarías y juzgados de ejecución penal resulta imperiosa.

Regresando a la intervención de la víctima en la tramitación de una incidencia sobre la concesión al condenado del egreso anticipado del centro de detención, cabe efectuar una breve referencia en relación con la valoración que debe realizar el juez en el caso que la misma emita opinión al respecto.

En ese sentido, debe puntualizarse que la manifestación que realice la víctima no tiene carácter vinculante, aunque, sin lugar a duda, debe ser ponderada por el magistrado al emitir su resolución.

Coincidimos con Alderete Lobo en la crítica que realiza a la falta de precisiones sobre el alcance de la intervención de la víctima en la etapa de ejecución penal, dado que, en algunas ocasiones, su opinión puede llegar a convertirse en *“una carta abierta que puede presentar inconveniente con los fines de la ejecución penal”*.⁸

Nos interpela el modo en el que deben valorarse las consideraciones que pueda realizar la víctima al respecto, más aún cuando los requisitos legales para la concesión de un determinado instituto se encuentran cumplidos. Consideramos que el análisis se vuelve aún más dificultoso de realizar cuando el propio acusador público dictamina de forma favorable al otorgamiento de una libertad condicional o salidas transitorias.

Entendemos que, en aquellos casos, el examen de las opiniones de la víctima debe ser extremadamente riguroso a fin de no coartar la posibilidad de reinserción social del condenado, que, no debe olvidarse, es el fin último de la ley de Ejecución Penal. El magistrado deberá evaluar el tipo de delito por el que ha sido condenado el ofensor, la especial virulencia o no con el que se ha llevado a cabo, la magnitud del daño ocasionado a la víctima, la voluntad de reparar el daño y la conducta que ha adoptado al respecto. Por parte de la víctima, en caso de oponerse al egreso anticipado del condenado, deberán valorarse acabadamente las índoles y los alcances de las razones que invoca, ello guiado por los requisitos específicos que contempla la legislación respecto al beneficio pretendido por el imputado.

En los casos que, oída la víctima, el juez decida, de todas formas, conceder el beneficio pretendido por el condenado, deberá ser implacable en cuanto a la

⁸ ALDERETE LOBO, Rubén Adrián, *“Reforma de la ley 24.660. El Fin del derecho a la ejecución penal en la Argentina”* en *“Estudios sobre jurisprudencia”*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa (Secretaría General de Capacitación y jurisprudencia), Año 2017.

situación actual del ofendido, determinando si existe algún peligro en concreto que amerite el dictado de una medida urgente de protección.

Observamos que las imprecisiones se incrementan notablemente en cuanto a la posibilidad otorgada a la víctima por la ley de proponer peritos para la elaboración de los informes previos a la concesión de una salida anticipada. La legislación no establece el mecanismo de designación y, en su caso, aceptación del profesional ofrecidos, ni indica en concreto cuál debe ser su expertise en la materia. Tampoco se vislumbra la forma en que dichos peritos observarán la labor realizada por el organismo técnico criminológico del centro de detención que en el caso concreto deba intervenir.

Teniendo en consideración las situaciones de especial vulnerabilidad que, en la mayoría de los casos, se encuentran imbuidas las víctimas, la proposición de peritos técnicos pareciera casi materia de ciencia ficción. Incluso, aún superadas las dificultades propias de las mentadas realidades, subsisten aquellas propias del sistema judicial y del Servicio Penitenciario, que nos llevan a pensar que la propuesta realizada por el legislador no es más que letra muerta.

IV. Posibles cuestionamientos: aplicación retroactiva de la ley y vía recursiva

Uno de los cuestionamientos que ha suscitado la ley de Víctimas se vincula a su aplicación retroactiva. Es decir, a la posibilidad de garantizar la participación de las víctimas en causas en las que se han juzgado hechos acaecidos con anterioridad a la sanción de la ley. Ello podría traer aparejada una presunta violación al principio irretroactividad de la ley penal, y, en última instancia, al derecho que tiene el encartado de solicitar la aplicación de la ley penal más benigna.

El debate ha sido zanjado en el año 2018 por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en un supuesto en que la defensa había cuestionado la intervención de la víctima en una incidencia de la etapa de ejecución penal. En la resolución de la cuestión planteada, el Dr. Hornos, en su voto, al que adhirieron sus restantes colegas, sostuvo que *"(...) en el presente caso, tal como se afirma en la resolución recurrida, la vigencia de la ley 27.372 –de carácter procesal– no afecta ni afectará aquellos actos que fueron cumplidos de conformidad con lo previsto en la ley anterior en el presente incidente de ejecución. De este modo, los alcances de la nueva ley no se retrotraen, pero sí se proyectan a los actos que se hubiera recu-*

rrido a la aplicación retroactiva de una ley cuyos efectos fueran más perjudiciales para su asistido, o mejor dicho, que se hubiera omitido la aplicación retroactiva de una ley más benigna”⁹.

La solución adoptada por el Tribunal Casatorio luce razonable y adecuada al ordenamiento jurídico vigente. Más allá del carácter procesal de la norma, consideramos que el fundamento esencial para sostener la aplicación de la ley de víctimas a partir de su vigencia a todos los casos en trámite ante la justicia penal radica esencialmente en el espíritu de esta, es decir la tutela judicial efectiva de las personas víctimas de delitos de acuerdo a lo estándares internacionales. Es decir, se trata de una norma destinada a la protección de los derechos del ofendido y no del ofensor, que se encuentra protegido por garantías procesales distintas dentro del plexo normativo nacional.

De igual manera se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional, al indicar que la aplicación de la ley 27.372 no podía ser entendida como una violación al principio de irretroactividad de la ley penal, aunque el hecho atribuido era anterior a la sanción de la ley. En ese sentido, se sostuvo que “debe atenderse en todo caso al objetivo de la protección de la víctima, que tuvo en cuenta el legislador, lo que podría cumplirse haciéndole saber del trámite de esta incidencia, si expresamente manifestara su voluntad en ese sentido”¹⁰.

Otra de las problemáticas que se presentan en torno a la ley de víctimas, se relaciona con la facultad de estas de recurrir las resoluciones que adopte, en su caso, el Juez de Ejecución Penal ante una decisión desfavorable a sus intereses.

Primariamente, cabe señalar que la vía recursiva no se encuentra prevista en la ley 27.372 ni en la reforma introducida por ley 27.375 a la ley de Ejecución Penal. Consecuentemente, nos convoca el supuesto en el que, ante la concesión de una salida anticipada, la víctima pretendiera llevar el caso a un tribunal superior, aun cuando el titular de la acción penal así no lo considerara.

En el año 2019, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió declarar inadmisibles un recurso de casación interpuesto por la parte querellante ante la concesión de la libertad condicional a un condenado por crímenes de lesa humanidad. Si bien el voto del Dr. Gemignani, que lidera el acuerdo, se li-

⁹ CFCP, Sala IV, 3/4/18, “JUNCO, Omar Oscar s/recurso de casación”, causa nro. 749/2006/to1/4/3/CFC8, consultado en: [<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>]

¹⁰ CNCCC, sala 1, LEDESMA VALLEJOS, CCC 26554/2002/TO1/4/CNC272/2018, reg. n° 72/2018, 15/02/2018, consultado en: [<https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>]

mita sostener que los argumentos esgrimidos por la querrela no logran conmover aquellos desarrollados por el Juez de Ejecución Penal de primera instancia, cabe poner de resalto lo esbozado a continuación por la Dra. Catucci.

La magistrada entendió que el recurso intentado por la querrela debía considerarse mal concedido por cuanto la parte querellante carecía de legitimación para intentar la vía recursiva. En ese sentido, ha indicado que *"(..) el a quo concedió el remedio interpuesto a partir de una interpretación de la normativa vigente extensiva, errónea y opuesta al derecho de defensa en juicio del acusado. En efecto, para considerar legitimada a la parte privada hizo referencia a los artículos 12 de la ley 27.372 y 11 bis de la ley 24.660 (según ley 27.375) que hacen referencia al derecho de "ser informado y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancia cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a... libertad condicional", y al 505 del Código Procesal que en la misma sintonía prevé que se informe a la víctima el inicio de incidencias de este tipo y de que sea oída en sus necesidades, extremos todos ajenos a la legitimación errónea y extensivamente otorgada en desmedro de los derechos del acusado"*.

Entendemos que la solución propuesta por la magistrada se basa en el sistema de la taxatividad de las impugnaciones previsto en el Código Procesal Penal vigente —artículos 432 y 435, y, concretamente en la etapa de ejecución penal, artículo 491 del CPPN—. Criterio que ha sido recogido por el Tribunal Casatorio en materia de excarcelaciones, en orden a lo previsto en el art. 332 CPPN¹¹.

Ahora bien, no podemos dejar de advertir que el artículo 491 del código de procedimiento, que veda la intervención de la querrela en las incidencias de ejecución penal, ha sido sustancialmente modificado por la nueva ley de víctimas, la que reconoce expresamente la participación del particular damnificado en las cuestiones relativas a la ejecución de la pena.

Por lo tanto, consideramos que, si el ofendido debe ser oído al definir cuestiones relativas al cumplimiento de la pena impuesta al condenado, deberá tener, asimismo, la facultad de impugnar las resoluciones que al respecto adopte el Juez de Ejecución a cargo de la incidencia. Ello más aún al no existir una prohibición expresa a la víctima de la vía recursiva en la ejecución penal.

¹¹ Causas No. 6006 "Chabán, Omar Emir s/rec. de queja" reg. No. 574/05, rta. el 7 de julio de 2005, No. 6062 "Villareal, Raúl A. s/rec. de queja" reg. No. 808/05, rta. el 30 de septiembre de 2005 y No. 251/13 "Echeverría, Agustín s/rec. de casación", del 3/7/2013, reg. 1058.13.

Claro está que la capacidad recursiva será exclusiva del ofendido que se ha constituido formalmente en parte querellante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CPPN.

Definido aquello, cabe efectuar la salvedad que, ante un recurso intentado por el acusador público o, en su caso, la defensa, el tribunal superior al que le corresponda intervenir en el caso no tiene la obligación de hacer partícipe a la víctima previo a emitir su resolución, dado que la etapa en la que debe garantizarse su participación ha precluido. Aunque, en orden a los principios anteriormente expuestos, el tribunal de origen deberá informar a la víctima de la eventual concesión del recurso y, a la postre, de la resolución adoptada por el tribunal superior al respecto.

Sin perjuicio de ello, consideramos que corresponde al legislador aunar criterios en esta materia a fin de compatibilizar por la vía pertinente los derechos reconocidos al ofendido en la nueva ley de víctimas, concretamente en el período de ejecución penal, y las definiciones previstas en el código de forma.

V. Reflexiones finales

En el decurso del presente trabajo hemos efectuado un somero análisis sobre el nuevo rol asignado a la víctima en la etapa de ejecución de la pena. Ello, a la luz de los vientos de cambio promovidos por Derecho Internacional y plasmados en diversos documentos adoptados por nuestro ordenamiento jurídico interno, tales como las Reglas de Bangkok o las Reglas de Mandela.

El norte de estas reformas parece ser un reconocimiento al otrora relegado del proceso penal, el particular ofendido en el delito, en consonancia con una nueva concepción del juzgamiento de estos hechos ilícitos. Se trata una nueva noción del Derecho Penal, en la que el poder punitivo, exclusivamente reservado al Estado, mire no solo al criminal, sino al principal afectado por las conductas disvaliosas.

En nuestro país, este viraje humanitario del proceso penal se ha visto reflejado en la sanción de la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (nro. 27.372) y en los principios e institutos consagrados en el nuevo Código Procesal Penal Federal.

Si bien estas reformas legislativas deben ser celebradas al colocar a nuestro ordenamiento jurídico a la par de los principios promovidos por los organismos internacionales, los que buscan instaurar una noción de justicia penal más humanitaria y restaurativa, no podemos dejar de señalar que, en la etapa de ejecución de la pena, ello no debe ser interpretado en desmedro de las garantías penales del condenado. No debemos olvidar que el fin principal del tratamiento penitenciario es propender a su resocialización. Objetivo que, por cierto, se encuentra consagrado, así también, en los artículos 5.6 de la Convención Americana de Derecho Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que conforman nuestro plexo constitucional.

Entendemos que corresponderá al Magistrado a cargo del control de la ejecución de la pena aunar criterios en las resoluciones que deberá adoptar en cada caso concreto, garantizando la intervención y protección de la víctima en las respectivas incidencias, sin menoscabar los derechos inherentes a la persona condenada.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la nueva legislación debe ser interpretada como el puntapié inicial del viraje humanitario del antes llamado "convidado de piedra" en el proceso penal. La praxis judicial se encuentra y lo seguirá haciendo, con vacíos, incongruencias y contradicciones entre las normas y las diversas situaciones que pueden presentarse en el plano fáctico. Algunas de ellas han sido puestas de resalto en el presente trabajo, otras podrán concluirse de su lectura. Lo que sí es una certeza es la existencia de vientos de cambios que, sin lugar a duda, deberán ser acompañados de un accionar comprometido por parte de los diversos actores del sistema judicial.



REGLA 88

Las medidas alternativas a la prisión preventiva como posibles atenuantes de la crisis carcelaria. La importancia del trabajo interinstitucional conjunto

ANABELLA PAGOTTO FUHR*

LAURA GIBERTO**

I. Aproximación

Con fecha 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal emitió la Resolución No. 2/19¹, mediante la cual dispuso la entrada en vigencia de los artículos 210, 221 y 222 de ese nuevo ordenamiento procesal, introduciendo uno de los temas más provechosos de este nuevo ordenamiento legal en todo el país: la regulación de las medidas cautelares.

Con la nueva incorporación, se evitaban las inquietudes entre las diferentes jurisdicciones en las que aún no se implementa el nuevo código, y se consolidó la regla general que busca mantener en libertad a la persona humana durante la sustanciación del proceso, destacando el carácter excepcional y de última ratio de la prisión preventiva.

El nuevo Código Procesal Penal Federal² contiene tres normas especialmente aplicables a las medidas de coerción (arts. 15, 16 y 17) y, además, el art. 209 acompaña las mismas restringiendo la posibilidad de disponerlas de oficio.

En cuanto al art. 15 del mencionado Código, establece claramente un fuerte principio en materia carcelaria, prohibiendo alojar a personas privadas de liber-

* *Abogada de la Universidad Nacional del Sur, Magister en curso de dicha casa de estudios, Doctoranda de la Universidad Nacional de Córdoba, Secretaria delegada de Ejecución de la CFCP en Rawson, Chubut.*

** *Abogada UBA, Doctoranda, Especialista en Derecho Penal, Diplomada en Ejecución Penal y cuestiones penitenciarias, Secretaria de Ejecución Penal del Tribunal Oral Federal de Posadas, Misiones.*

¹ Consultado en: [<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/221385/20191119>].

² Consultado en: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>].

tad en lugares no habilitados o que no reúnan las condiciones básicas de salubridad. Por otro lado, el art. 17 establece que las medidas restrictivas sólo podrán fundarse en la existencia de peligro real de fuga o entorpecimiento de la investigación; conectando así con el art.16 en cuanto a que, toda restricción a derechos fundamentales debe ejercerse en base a principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

En este sentido podemos observar un claro reflejo de las Reglas de Mallorca³ en el articulado, las cuales, en su principio decimosexto, consagran que *“las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de pruebas”*, agregando, el punto subsiguiente, que se regirán *“por el principio de proporcionalidad, considerando en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”*. Luego, como vigésima regla general y siendo lo más importante, se establece que *“la prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como ultima ratio. Sólo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de prueba”*

Es evidente que la Resolución 2/19 pretendía incorporar gradualmente los lineamientos del nuevo ordenamiento y, en honor a esa gradualidad, no incluyó el artículo 17 que consagra explícitamente la mencionada regla general, ni los arts. 15 y 16 del Código Procesal Penal que completan la tríada de disposiciones “principistas”. Por otro lado, tampoco lo hizo con el art. 209, que prohíbe al Juez ordenar la prisión preventiva de oficio. De esta manera, los operadores judiciales tendrían cierta “flexibilidad” para aplicar los nuevos preceptos, sin verse conminados a adaptarse tan repentinamente, pero sí preparándose para los posteriores cambios.

Entendemos que el espíritu final del legislador fue poner freno al excesivo uso de la prisión preventiva, que contribuye actualmente en gran medida a que el sistema penitenciario se encuentre en estado de emergencia dado tanto por la falta de cupos en las unidades penitenciarias, como así también, por las paupérrimas condiciones de salubridad en algunos casos.

Esta emergencia fue puesta en evidencia por el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con fecha 26 de marzo de 2019 mediante

³ Consultado en [<http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>].

Resolución 2019-184-APN-MJ⁴, donde argumentó que el Sistema Penitenciario Federal alojaba a internos por encima de su capacidad y proyectó un agravamiento de la situación entre los años 2019 a 2022 por los efectos de la aplicación de la Ley 27.375 —que modificó el régimen de progresividad en la ejecución de la pena privativa de la libertad- y de la Ley 27.272 -que estableció un nuevo procedimiento para los casos de flagrancia—.

El escenario descripto obliga a realizar un profundo y sincero diálogo interinstitucional que incluya a los tres poderes del estado, debiendo realizar cada uno los aportes necesarios para superar el hacinamiento de la población privada de su libertad y lograr así un mínimo de aceptabilidad de las condiciones de alojamiento, aprovechando las nuevas herramientas del art. 210 del Código Procesal Penal Federal, incorporadas a todas las jurisdicciones a partir de la Resolución 2/19.

Dicho diálogo es vital para evitar que nuestro Estado incurra en responsabilidad internacional por no asegurar las condiciones dignas de detención que prevé nuestra Constitución Nacional en su art. 18 y los diferentes tratados internacionales con rango constitucional, tales como la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (art. 5), la “Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.2) y el “Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos” (arts. 7 y 10.1), que aseguran los derechos para las personas privadas de su libertad, los que en consecuencia se erigen en obligaciones para el Estado y que, en lo esencial, tienen por finalidad resguardar el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” para los reclusos o internos de un establecimiento penitenciario, excluyendo todo tipo de padecimiento físico, psíquico o moral durante todo el tiempo que subsista la privación de la libertad personal.

Este tema ha sido motivo de numerosos habeas corpus correctivos colectivos en los cuales se ha declarado que no es conveniente la continuidad del incumplimiento de normas de superior jerarquía, ni siquiera en épocas de emergencia.

II. Interinstitucionalidad

No pasa inadvertido que las principales críticas vinculadas a la profunda crisis en la que se encuentra el sistema penitenciario siempre están dirigidas al Poder

⁴ Consultado en: [<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326>].

Judicial, y sin perjuicio de que tiene un rol preponderante, no es quien diseña las políticas criminales ni carcelarias y, ni mucho menos, definen la conveniencia pública del encerramiento de ciertos individuos. Sus funciones deben circunscribirse a su jurisdicción, sin excederse ni afectar las de otros poderes del Estado, debiendo evitar avanzar sobre sus facultades en pos de garantizar la armonía del ordenamiento en su conjunto. Aun así, su aporte puede ser muy significativo para mitigar la situación de crisis actual y sobre ese punto volveremos más adelante.

No hay dudas de que la Resolución que motiva este trabajo pretendió ser una herramienta diseñada por el Poder Legislativo para disminuir la aplicación de la prisión preventiva, pero, al haber omitido la inclusión de los Art. 17 y 209 del Código Procesal Penal Federal, sus buenas intenciones quedaron completamente desnaturalizadas.

Independientemente de que la Resolución incorporó pautas claras que no estaban presentes en el Código Procesal Penal de la Nación y limitó la discrecionalidad de los Jueces al momento de restringir la libertad individual de las personas sometidas a procesos penales, lo cierto es que, si la resolución judicial se encuentra debidamente fundada en la existencia de un peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, la aplicación de la prisión preventiva no recibe cuestionamientos.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo ha realizado aportes tendientes a disminuir la población carcelaria, ello reflejado en la Resolución 2019-184-APN-MJ (que declaró la emergencia en materia penitenciaria por tres años) y en la Resolución 2022-436-APN-MJ⁵ (que la prorrogó por dos años más), en cuyos textos puede percibirse la preocupación por relevar cuáles fueron los factores de política criminal y normativos que influyeron o causaron la situación de hacinamiento que vive la población hoy en día y la necesidad de dictar las medidas necesarias para mitigar el flagelo. En ese sentido, el propio Servicio Penitenciario Federal ha emitido el Boletín Normativo No. 785 por el cual se ha encomendado a la Dirección General de Régimen Correccional, al Instituto de Criminología y la Dirección de Criminología, la evaluación y propuesta de modificaciones de los programas de tratamiento aprobados bajo los lineamientos de la Resolución 1551/2015 de la Dirección Nacional, la cual busca que los nuevos programas de tratamiento tiendan a disminuir la reincidencia, promuevan el desistimiento del

⁵ Consultado en: [<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/261670/20220502>].

delito y atiendan a la seguridad pública, adecuando así el paradigma criminológico a los lineamientos de la Ley 24.660.

En cuanto al Poder Judicial, tal como fuera adelantado, puede realizar un aporte realmente significativo que es el que resulta de nuestro interés para este trabajo. Señalamos anteriormente que el Poder Legislativo y Ejecutivo han dictado normas y recomendaciones para mitigar la crisis, y son los Jueces quienes deben realizar una labor hermenéutica de esas normas para lograr superarla junto a todos los actores involucrados, haciendo un uso inteligente y apropiado de las mismas y de lo previsto en el art. 210 del Código Procesal Penal Federal, que establece un catálogo de medidas alternativas de coerción de menor a mayor gravedad que el juez debe ir evaluando para determinar cuál es la que mejor se aviene, en el caso concreto, para neutralizar los riesgos procesales. Si hay varias medidas idóneas debe escoger la menos gravosa e incluso puede combinarlas.

Hasta el 13 de noviembre de 2019 con la entrada en la vigencia de la Resolución 2/19, lo relativo a la materia de medidas cautelares estaba regido para los Magistrados por el art. 312 del Código Procesal Penal Nacional, que establece que se puede ordenar la prisión preventiva al dictar el auto de procesamiento solo cuando el delito que se atribuye prevé una pena privativa de la libertad en la que no es procedente una condena de ejecución condicional y además cuando exista peligro de fuga o entorpecimiento. Este artículo, junto al 319 del mismo Código (que establece las condiciones para la denegación de la excarcelación o exención de prisión) complementado por la doctrina del plenario 13 de la C.N.C.P. “*Díaz Bessone*” (2008), no suministraba a los Jueces pautas claras de cómo debía interpretarse la existencia de riesgos procesales, y eso desencadenó en la aplicación del instituto de la prisión preventiva de tantas formas diferentes como jueces hay.

Sumado a ello, nos encontramos con las decisiones adoptadas por los Tribunales dependientes de la Cámara Federal de Salta, cuyos Magistrados aplican actualmente en forma íntegra el Código Procesal Penal Federal y propician así el desencadenamiento de una fuerte crisis institucional, en la cual los imputados permanecen o no en libertad en función de la zona del país en la que se los juzgue o, lo que es peor, en función del criterio de cada Magistrado dentro de una misma jurisdicción.

Para mitigar el profundo desconcierto que genera ese abanico de pronunciamientos contradictorios vinculados a la aplicación de la prisión preventiva y

evitar situaciones de profunda desigualdad, se dictó la Resolución 2/19. Esta dispuso la entrada en vigor de los arts. 221 y 222 del Código de forma, precisando cuáles serán los dos elementos que deben analizarse para determinar si existe peligro de fuga o de entorpecimiento. En un principio se deberá valorar especialmente “*el arraigo (determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto), las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos, y el comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal...*”.

Posteriormente, como segundo elemento, hay que considerar que “*para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren...*”.

Como puede apreciarse, el legislador ha enumerado claramente cuáles son las circunstancias a verificar durante el proceso para determinar que existe peligro de fuga, otorgando así a los Magistrados cierto respaldo ante la no aplicación de la prisión preventiva, respaldo que, por cierto, no tenían antes de noviembre de 2019.

Durante los primeros meses en los que rigió la nueva norma, fueron pocos los pronunciamientos judiciales que aplicaron la nueva doctrina procesal, ello debido a que no existían Resoluciones de los Ministerios Públicos que instruyeran a los órganos al respecto. En este escenario, sería cuestión de tiempo para que la nueva norma se transforme en letra muerta.

Tuvo que aparecer una pandemia para dar un giro a esa realidad, y así fue que comenzaron a emitirse recomendaciones por parte de algunos organismos

locales e internacionales sobre la necesidad de llevar a cabo acciones para cumplir con el distanciamiento social obligatorio dentro de los centros de detención. De esta forma, los Magistrados se vieron obligados a aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva y, además, analizar si las personas que se encuentran encarceladas realmente debían permanecer allí.

En este sentido, la Cámara Federal de Casación Penal por Acordada 9/2020⁶ expresó su preocupación por la situación de los internos ante la epidemia teniendo en cuenta las condiciones en las que se encontraban y, por ese motivo, emitió una serie de recomendaciones a los órganos bajo su jurisdicción para que adopten medidas alternativas al encierro.

A su turno, el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, emitió la Resolución No. 158/20⁷, por la cual instruyó tanto a Defensores Oficiales como a Fiscales para que inmediatamente procedan a evaluar la conveniencia de las prisiones preventivas vigentes, a fin de razonar si éstas se podían morigerar o, en su caso, aplicar alguna alternativa menos severa.

No fue la primera vez que el Procurador provincial se pronunció a favor de descomprimir la población carcelaria, ya en el año 2019, mediante Resolución No. 918/19⁸, exhortó a los miembros del Ministerio Público Fiscal a que reevalúen las medidas de coerción cuando las condiciones de alojamiento puedan importar un trato cruel, inhumano o degradante, y además invitó a utilizar todas las medidas que impliquen templar la prisión preventiva y extremar los medios para controlar sus tiempos.

Esa Resolución se dictó en el mismo sentido que la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual sus Ministros expresaron su preocupación por la cantidad de detenidos que presentaba tanto el sistema penitenciario como las comisarías con motivo del uso abusivo en la utilización de la prisión preventiva, sumado a la desmedida duración de los procesos.

Como puede apreciarse en los párrafos que anteceden, todos los actores judiciales tomaron medidas urgentes que contribuyeron a una disminución de la población carcelaria, motivadas por las nefastas consecuencias que podría oca-

⁶ Consultado en: [<https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal.html>]

⁷ Consultado en: [<https://www.mpba.gov.ar/files/content/PG%20158-20%20Resolucion%20Coronavirus-MPBA-Detenidos.pdf>]

⁸ Consultado en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1588/PG_n_918-19_Deja_sin_efecto_Resol_n__567-13_s._medidas_privativas_de_libertad.pdf].

sionar el ingreso de un virus a los lugares de alojamiento superpoblados. Esas instrucciones por parte del Procurador General son necesarias para lograr que el uso de la prisión preventiva comience a disminuir.

Como puede advertirse de la simple lectura del art. 210 del Código Procesal Penal Federal, que ya rige desde noviembre de 2019, es el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante quiénes podrán solicitar al Juez alguna de las diez medidas alternativas al encarcelamiento durante el proceso. En caso de no existir esos pedidos o requerimientos, es altamente probable que los jueces no intenten hacer uso de la herramienta, a sabiendas de que su decisión, a posteriori recibirá cuestionamientos por parte del titular de la acción penal, generando así un dispendio judicial innecesario por el sólo hecho de querer aplicar el nuevo precepto legal, sin la petición de parte.

El catálogo de medidas que podría requerir el Fiscal o la querrela está compuesto por: *“1. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; 2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; 3. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; 5. La retención de documentos de viaje; 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; 7. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; 8. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; 9. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; 10. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga...”*

Como puede apreciarse luego de sorteado el análisis de los arts. 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal, el ordenamiento jurídico provee de esas diez alternativas a la prisión preventiva cuya aplicación contribuiría enormemente a la superación de la superpoblación carcelaria tanto en unidades penitenciarias federales como en los lugares alternativos que se utilizan (como fuerzas de seguridad, comisarías o unidades penitenciarias provinciales), pero para ello es vital que exista un diálogo interinstitucional a fin de coordinar los esfuerzos y criterios, que resulta de muy difícil concreción.

Algunos precedentes de este tipo se vieron por ejemplo en Mendoza, también en épocas de inicio de la pandemia, cuando en fecha 14 de abril de 2020 se firmó un “*Acuerdo institucional entre la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia...*”⁹ donde, entre otros temas, se hicieron recomendaciones sobre la necesidad de considerar la viabilidad de medidas alternativas a la privación de la libertad, fijando criterios claros a considerar por todos.

En el ámbito de la Justicia Federal, el 8 de noviembre de 2021 en la ciudad de Posadas, Misiones, atendiendo a la cantidad de detenidos alojados fuera de las unidades federales y dependientes de esa jurisdicción, se realizó una Mesa de diálogo para renovar lazos de articulación interinstitucional de la que participaron autoridades de la Justicia Federal, Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscalía, Procuración Penitenciaria, Fuerzas de Seguridad, Policía Federal, Policía de la provincia de Misiones, Procuración Penitenciaria, Servicio Penitenciario Federal, Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y Dirección Nacional de Migraciones. En dicha mesa de dialogo se resaltó que todas las instituciones se encuentran trabajando sobre un mismo colectivo con competencias, cometidos y roles diferentes, pero todos con la misión de preservar las garantías constitucionales y los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. La principal idea de esas reuniones es la de trabajar en conjunto sin perder la identidad, la autonomía propia jurisdiccional y de competencia, generando una comunicación interinstitucional más fluida para evitar la generación de conflictos innecesarios, logrando de esta manera la solución más rápida y efectiva a las situaciones que se planteen. Se mencionó la competencia común de todas las instituciones participantes para peticionar en forma conjunta (ya sea al gobierno nacional o provincial) sobre cuestiones administrativas o de decisión netamente política, evitando de esta manera la judicialización innecesaria de temas. Como ejemplo, podemos mencionar la falta de cupo de alojamiento para personas privadas de su libertad en sitios federales, lo que conlleva el uso de lugares inapropiados que no están preparados ediliciamente, que no cuentan con los recursos humanos adecuados, y no disponen de la estructura para la resocialización de los detenidos ni el cumplimiento de las disposiciones de la ley

⁹ Consultado en: [<https://drive.google.com/file/d/1WZqLW4KONn97ng3C076CeUezuuDv4VCW/view>].

24.660 respecto al régimen de progresividad. Se destacó, entre otras cuestiones, que la temática de construcciones de Unidades Federales o Pabellones adicionales en las existentes es competencia exclusiva del Poder Político, ajeno al Servicio Penitenciario Federal y al Poder Judicial de la Nación.

Se establecieron prioridades comunes para los ingresos de los detenidos a las Unidades Federales a fin de afrontar de manera más eficiente y humana el tema de falta de cupos de alojamientos federales. Fundamentalmente se resaltó la necesidad de implementar medidas alternativas a la prisión preventiva como un gran paliativo a la situación de emergencia carcelaria que se está viviendo.

III. Conclusión

Es innegable que el problema de la superpoblación carcelaria y la crisis que atraviesa el sistema es complejo, dinámico y multicausal, pero esa complejidad es la que obliga a todos a comprometernos con lograr una eficiente articulación interinstitucional entre las áreas de seguridad, justicia, poder ejecutivo y ministerios públicos, en procura de obtener los mejores resultados posibles en pos del cuidado y bienestar de la seguridad ciudadana. Para ello es vital que el Ministerio Público Fiscal emita Resoluciones por las que se recomiende al órgano el pedido de aplicación, en los casos que es posible, de las medidas previstas en el art. 210 del Código Procesal Penal Federal, distintas a la prisión preventiva.

Esas Resoluciones y las prontas acciones que se han tomado para mitigar la pandemia por COVID-19 son las que se requieren para superar la superpoblación carcelaria, de fuerzas de seguridad y de comisarías, ya que la política criminal así lo demanda. Todos los actores debemos entender que la pandemia para quienes cumplimos funciones en materia de ejecución penal, son el hacinamiento y las indignas condiciones de alojamiento que sufre toda la población carcelaria, quienes viven en edificios de 1950 en algunos casos, cuyas construcciones ya han llegado al final de su vida útil y, aun así, continúan teniendo su capacidad al máximo.

REGLA 96

**Breve análisis del Derecho al Trabajo de la persona privada de libertad
en el ámbito de las unidades del Servicio Penitenciario Federal**

TRISTÁN GONZÁLEZ CORREAS*
GUILLERMO ROQUE GIESCHEN**

I. Introducción

Toda condena a una pena de privación de la libertad, en virtud de una sentencia firme dictada por un juez competente, trae aparejada —por la condición de encierro— la limitación de ciertos derechos. Sin embargo, el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de libertad; es que —con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento—, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos¹.

Por lo tanto, cabe afirmar sin hesitación que la privación de la libertad ambulatoria de una persona de manera alguna puede significar un impedimento a los fines del irrestricto ejercicio del derecho al trabajo², ya que en virtud de lo expuesto en el artículo 106 de ley 24.660 y el artículo 97 del decreto 303/96, el trabajo de la persona privada de libertad es un derecho.

Asimismo, corresponde destacar que este derecho no solo está protegido por las normas antes mencionadas, sino que también recibe su amparo de la Constitución Nacional (artículo 14 bis), y de diversos Tratados Internacionales

* Abogado UMSA, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales USAL, Secretario del Juzgado Nacional de Ejecución Penal No. 5, Docente de grado de la materia Derecho Procesal Penal.

** Abogado UBA, Jefe de Despacho del Juzgado Nacional de Ejecución Penal No. 5.

¹ CSJN, en la causa M.821 XLIII “Méndez, Daniel Roberto s/recurso de casación”, rta. el 1/11/11, considerando 6°.

² CFCP, Sala II, causa No. 1318/13, “Kepych, Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación”, Reg. 2490/14, 1/12/14.

de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, tales como la Declaración Internacional de Derechos Humano (artículo 23), la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 14), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6 y 7), y de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson de Mandela) (artículo 98).

Respetar el derecho laboral de la persona en condición de encierro, hace posible que adquiera las herramientas necesarias para luego, una vez que recupere su libertad, poder desarrollarse. Sabido es que el trabajo dignifica al hombre. A través de él logrará su sustento —no solo para él, sino para su familia—. Es por ello que el Estado debe garantizar en las unidades de detención que la persona sea afectada a una tarea laboral, enseñándoles un oficio o profesión, conociendo así lo que es la responsabilidad, el cumplimiento de los deberes, el horario, y demás variables relacionadas con la actividad laboral, actividad ésta que en la mayoría de los casos no estaba presente en la vida ellos —el común de los casos no registra empleo al momento de su detención—. Por ello, el trabajo hará que la persona se sienta valorizada y deje atrás el pasado que lo llevó a encontrarse en esa situación.

En este contexto, cabe traer a colación lo dicho por el criminólogo Ángel E. González Millán, quien señaló que: “Si me preguntaran que busco del preso, diría; lo primero, no corromper; lo segundo, procurar mejorarlo; lo tercero, no partir de la base de que el pasado es incorregible, no hacer del pasado el futuro. Considero que con un mínimo de seguridad y de control social se pueden encontrar elementos de sustento que permitan, con apoyo material y moral, lograr mejores perspectivas de futuro”³.

En por ello que, en virtud del trabajo, se le brinda al penado ese apoyo moral y material que necesita para desarrollarse. El trabajo lo hace sentir capaz, útil, necesario, autosuficiente y perteneciente a una sociedad.

Ahora bien, conforme lo expuesto, se analizará en el siguiente punto, la situación actual de los establecimientos penitenciarios federales, la actual incidencia de la ley de riesgos de trabajo en estos casos y los fallos dictados al respecto por los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y por la Cámara Federal de Ca-

³ Confidencias y experiencias de un criminólogo, Separata de Doctrina y Acción Postpenitenciaria, Publicación del Patronato de Liberados de la Capital Federal, año 4, n° 6, 1990, pág. 17.

sación Penal, a fin de determinar si, a la luz de esos precedentes se encuentra garantizado el derecho laboral del interno.

II. Situación actual en las unidades del servicio penitenciario federal

A través de la ley 24.372 (B.O. 26/09/94) se crea el Ente de Cooperación Técnica y Financiera (ENCOPE), que tiene por finalidad propender al mejor funcionamiento y la modernización de los métodos operativos de los talleres de laborterapia para los internos alojados en jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, y su objeto se circunscribe exclusivamente, a coadyuvar a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, a la cumplimiento de lo establecido en el capítulo VI —Trabajo— de la Ley Penitenciaria Nacional, Dec. Ley 412/58.

Es función del ENCOPE la resocialización de las personas privadas de libertad por medio del trabajo, para ello genera talleres laborales en el ámbito de las Unidades del SPF, los que se dividen en tres grupos: industriales, agrícolas y servicios. Actualmente hay 255 talleres productivos, distribuidos en las 26 unidades del SPF. Lo que allí se produce se comercializa y el dinero se reinvierte.

Realizado un análisis de algunas de las distintas unidades y complejos penitenciarios pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal, a través de un pedido de informes a la División Trabajo de aquellas, fue posible comprobar el grado de afectación laboral de la población a los diversos talleres con los que cuentan.

Así, se constató que en el interior del país la afectación laboral es mayor que en la zona metropolitana. A saber:

-Unidad No. 25 de Gral. Pico, La Pampa: 18 de los 24 internos están afectados laboralmente y 4 a la espera de su alta. Allí cuentan con talleres de: Porcicultura, Ovinocultura, Cunicultura (2 internos), Lavadero de autos (2 internos), Panadería (2 internos), Mayordomía (4 internos) y Mantenimiento general del establecimiento —electricidad, albañilería, pinturería, parques y jardines (7 internos).

-Unidad No. 13 Instituto Correccional de Mujeres, La Pampa: 44 de las 45 internas allí alojadas, están afectadas laboralmente (una mujer es pensionada). Cuenta con talleres de: Costura, Lavandería, Repostería, Tejido,

Manualidades, Muñequería y Cotillón; Horticultura, Mantenimiento, Aseo y Limpieza, Mayordomía.

-Unidad No. 16 de Cerrillos, Salta: Allí cuentan con talleres de: Herrería (12 internos); Carpintería (15 internos), Talabartería (12 internos), Bloquería (18 internos), Parques y Jardines (15 internos), Horticultura (18 internos), Mantenimiento general del establecimiento (4 internos), Lavado de autos (1 interno), Mayordomía (35 internos).

-Unidad No. 6 de Rawson, Chubut: 363 de los internos están afectados laboralmente. Allí cuentan con talleres de: Albañilería (8 internos), Bloquería (21 internos), Carpintería (11 internos), Electricidad (5 internos), Herrería (11 internos), Horticultura (11 internos), Imprenta (11 internos), Pintura de Obra (7 internos), Plomería (2 internos), Reciclado (7 internos), Sastrería (9 internos), Tapicería (5 internos), Tareas Externas (9 internos), Higiene del Alojamiento (236 internos).

-Complejo Penitenciario Federal V de Senillosa, Neuquén: 487 de los 514 internos están afectados laboralmente. En trámite de alta: 27. Allí cuentan con talleres de: Armado de instrumentos musicales (8 internos), Manualidades y Artesanías (1 interno), Artículos de limpieza (1 interno), Carpintería/Tapicería (6 internos), Costura/Sastrería (7 internos), Herrería (7 internos), Horticultura (108 internos), Lavado de autos (2 internos), Panadería/Repostería (4 internos), Automotores y Mecánica (1 interno), Mayordomía (46 internos), Higiene del Alojamiento (204 internos), Mantenimiento del Alojamiento (90 internos).

-Complejo Penitenciario Federal IV de Luján de Cuyo, Mendoza: 312 internos están afectados laboralmente. Allí cuentan con talleres de: Carpintería, Herrería, Sastrería Masculina, Sastrería Femenina, Reciclado, Fraccionado de Aceite, Agricultura masculino, Agricultura Femenino y Taller Lavadero de Autos. Como también talleres de Servicios Generales los cuales abarcan: Higiene de Alojamiento, Mantenimiento General del Establecimiento, Mayordomía, Aseo y Limpieza.

En la página web del Servicio Penitenciario Federal⁴, en el apartado denominado estadísticas⁵, se informa que un total de 7.347 son las personas afectadas laboralmente, lo que equivale al 64,72% de la población penitenciaria (información al 05/08/22).

⁴ Consultado en: [<https://www.argentina.gob.ar/servicio-penitenciario-federal>].

⁵ Consultado en: [<https://www.argentina.gob.ar/spf/estadisticas>].

Por otra parte, es grato destacar que el 24 de mayo de 2022, la Jefatura de Gabinete de Ministros aprobó la solicitud que había emitido la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, y a través de la Decisión Administrativa n° 525/2022, firmada por el Jefe de Gabinete y el ministro de Justicia y Derechos Humanos, la Jefatura de Gabinete de Ministros autorizó la orden de compra que había solicitado la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal para usufructuar la contratación del Seguro de Riesgos de Trabajo.

El antecedente de esta medida se había producido el 14 de julio de 2021, cuando se firmó un Convenio Interadministrativo entre la JGM y la firma PROVINCIA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SOCIEDAD ANÓNIMA para que las jurisdicciones y entidades celebren con el proveedor Provincia ART S.A la contratación del Seguro de Riesgos del Trabajo cuando así lo requieran.

La Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo establece que las jurisdicciones y entidades deberán contratar un seguro obligatorio, con el fin de amparar a sus dependientes frente a los posibles riesgos del trabajo, reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales contempladas en la normativa vigente.

De esta manera, se da cumplimiento a lo dispuesto en la Regla de Mandela 101 que establece que: *“En los establecimientos penitenciarios se deben tomar las mismas precauciones que se toman para proteger la seguridad e higiene de los trabajadores libres. Se deben tomar medidas para indemnizar a los reclusos si sufren un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Esas medidas no pueden tener condiciones menos favorables que las que la ley dispone para los trabajadores libres”*; y a reglado en el artículo 130 de la ley 24.660 que señala *“La muerte o los accidentes sufridos por internos durante o con motivo de la ejecución del trabajo, así como las enfermedades profesionales contraídas por su causa, serán indemnizables conforme la legislación vigente.*

III. Jurisprudencia

Es profusa en los últimos años la jurisprudencia tanto federal como ordinaria en materia penal, que se ha expedido en pos de la equiparación de los derechos laborales de las personas privadas de su libertad a los del trabajo en el medio

libre, con todos sus alcances (asignaciones familiares, obra social, cobertura frente a accidentes de trabajo, capacitación laboral, agremiación, etc.) por imperio del principio de progresividad, maguer la legislación específica de materia laboral, el control judicial de las decisiones administrativas y el remedio articulado para garantizar el no agravamiento de las condiciones de detención.

En el emblemático caso *supra* referido de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, “Képych Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación” (causa nro. 1318/13, reg.nro. 2490/14, rta. 1/12/2014), el máximo tribunal de la justicia penal federal, luego de superar el análisis de la competencia del fuero –laboral por el tema, federal por la vía escogida y el establecimiento, o del juez natural del detenido en cuestión por el control judicial de las decisiones administrativas- dio respuesta a un caso en el que, mediante una acción de *habeas corpus* colectivo iniciado por el causante Képych Yúriy Tibériyevich, en su nombre y en representación de las personas privadas de su libertad alojadas en distintos pabellones del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal, se verificó que existió un agravamiento en las condiciones de detención (art. 3, inc. 2 de la ley 23.098) de aquellos afectados por la decisión administrativa emanada por el Ente Cooperador Penitenciario que impuso un descuento salarial a los detenidos allí alojados; en franca diferencia con las postulaciones efectuadas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas 99 1., 102 1., 103, 1.) y las previsiones de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (arts. 107 y 120).

Así, el planteo efectuado por la representación de un grupo de personas detenidas fue acogido con el objeto de adecuar la situación de trabajo intramuros a la normativa laboral vigente, toda vez que únicamente se abonaban las horas trabajadas y no aquellas que ya sea por cuestiones de enfermedad, educación u otras inherentes al régimen penitenciario (como visita, procedimientos disciplinarios, etc.) le impiden al detenido presentarse a cumplir con las tareas a las cuales se encuentra afectado, lo que se tradujo en una disminución en el monto dinerario percibido por el privado de su libertad ambulatoria al final de cada liquidación. En consecuencia, la decisión fue dirigida para que los salarios sean abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente, y en consecuencia el trabajo penitenciario no sea diferenciado del trabajo extramuros en relación a los derechos y condiciones reconocidos a los trabajadores en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.⁶

⁶ cfr. voto de la Dra. Ángela E. Ledesma que hace referencia a la doctrina “*Detenidos Unidad 15*”

Además, se relevaron los datos estadísticos que enmarcan la realidad laboral carcelaria argentina en aquel año 2014, toda vez que el 59 % de las personas privadas de su libertad en nuestro país no accedía a ningún trabajo remunerado. Asimismo, se hizo referencia a los indicadores oficiales, que informan que, del universo de aquellos trabajadores presos, ocho de cada diez no gozaban de los derechos consagrados en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, ya que solo el 19% contaba con la posibilidad de acceder a cuarenta horas semanales de trabajo remunerado, en tanto el 81% restante, o bien laboraba menor cantidad de horas o no gozaba la posibilidad de acceso a un trabajo pago, ambas por razones ajenas a su voluntad.

También se afirmó que no se podría evadir que, para cubrir el equivalente al salario mínimo dispuesto por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (Resolución 3/2014 del 1º de septiembre de 2014), una persona privada de la libertad debería trabajar un mínimo de diez horas durante cinco días de la semana.

En suma, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Ángela E. Ledesma, Alejandro W. Slokar y Pedro R. David, de manera unánime y fundado en profundas citas y referencias doctrinarias, brindó acogida al remedio para que se garantice a las personas privadas de su libertad el principio constitucional de “igual remuneración por igual tarea” (arts. 14 bis y 75, inc. 22 CN -Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.a.i.). En consecuencia, se ordenó al ENCoPe —en coordinación con diferentes organismos atinentes— la elaboración de un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad que, a la par de organizar el trabajo intramuros atendiendo al especial ámbito en el que se desarrolla, adapte su régimen a la normativa local vigente y a los instrumentos internacionales que rigen la materia.

En el precedente “Hurtado Suárez, William s/ habeas corpus”⁷, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, también se pronunció al respecto. Por eso, más allá de la discusión de la competencia plasmada en el debate de los ma-

Batán s/ recurso de queja interpuesto por el fiscal de Estado, sentada por la Sala III del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, sentencia publicada en la edición 140 de la Revista Pensamiento Penal del 16/3/12.

⁷ Causa nro. 80199/2018/CNC1, reg. nro. 117/2019, rta. 26/02/2019.

gistrados allí intervinientes en virtud de los precedentes “Manrique” y Saucedo” (si es competencia federal o del fuero ordinaria, a raíz del rechazo de acciones de hábeas corpus originadas por acciones u omisiones de las autoridades y funcionarios en el ámbito de las cárceles federales —como lo es el Complejo Penitenciario Federal con asiento en CABA—, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 8.1 y 20 de la ley 23.098), sin resolución por parte del máximo tribunal de justicia; se consideró que no correspondía señalar que la situación laboral en una unidad de detención respondía a un programa organizado cuya finalidad es la resocialización del detenido con “criterios pedagógicos y psicotécnicos. Aunado a ello, se cuestionó que la alzada que revocó el acogimiento dado por el juez de primera instancia de la acción promovida, entendió que el artículo 132 de la ley 24.660 contempla específicamente que el detenido solamente percibirá remuneración cuando la incapacidad laboral sea producto de su trabajo.

Se destacó que si bien la tarea laboral de la persona privada de libertad en ese caso, respondía a un programa global que busca su capacitación y la creación de hábitos positivos en pos de lograr su reinserción social, ello no impedía que se apliquen todos los derechos -compatibles con su particular situación de encierro- que tiene cualquier otro trabajador en el medio libre, conforme lo establece la propia ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660) en sus arts. 107 inciso g) y 120, y también el artículo 72 —actual art. 99— de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1995.

En la especie, se destacó que ello no se conmueve por las dolencias que no fueran frutos de la afectación laboral rentada, sean por un tiempo prolongado o definitivo, pues el artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo establece los plazos por los cuáles aquellos accidentes o enfermedades inculpables no afectarán a la remuneración. Así, se aludió al precedente de esa Sala “Álvarez”, en el que se sostuvo que la disminución de la remuneración pecuniaria de las personas privadas de su libertad *“al margen de las más elementales normas en materia laboral, puede implicar, ciertamente, un caso de agravamiento de las condiciones de detención, en el sentido del art. 3, inc. 2, de la ley 23.098, como profusa jurisprudencia viene manifestando”*, realizando alusión a los fallos “Képych Yúriy Tibériyevich” de la Sala II de la C.F.C.P. ya mencionado, y de la Sala I, “Procuración Penitenciaria de la Nación; Internos de la Unidad n° 4 del S.P.F. s/habeas corpus”.⁸

⁸ Causa nro. 7825/2016/1/CFC1, reg. 125/17, rta. 16/3/17.

Es así que se consideró, en el caso concreto, que la disminución en un 50 % de su expectativa de ingreso durante el periodo cuestionado, motivado por razones de salud debidamente justificadas, provocaba un caso de agravamiento de las condiciones de detenciones en los términos del art. 3, inc. 2) de la ley 23.098.

En el marco del control jurisdiccional de las decisiones administrativas para velar por la estricta observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio por parte de la autoridad carcelaria (artículos 3 y 4 inciso a de la ley 24.660), que debe ser ampliamente ejercido por la justicia de ejecución penal, de acuerdo con los lineamientos interpretativos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Romero Cacharane” (Fallos 327:388), cabe traer a colación lo resuelto por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 5 en la causa “Gianoto, Lucas Marcel s/ legajo de condena” (causa nro. 18493/2014/TO1/EP1, rta. 3 de septiembre de 2019).

Allí se consideró que la actividad laboral intramuros resulta ser uno de los pilares sobre los cuales se asienta el tratamiento penitenciario y el Juez de Ejecución Penal no solo tiene la facultad de resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las penas privativas de libertad en particular, sino también la obligación garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los Derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

En ese peculiar caso, confirmado por la CNCCyC, se analizó si correspondía o no ordenar a las autoridades carcelarias que le sea liquidado al condenado las remuneraciones correspondientes durante el periodo en el que se encontraba internado durante cuatro meses del año 2018 en un nosocomio extramuros - Hospital Muñiz-, lapso donde estuvo imposibilitado de prestar tareas laborales por enfermedad. Para analizar el caso, se destacó que el artículo 117 de la ley 24.660 y el artículo 103 del Decreto Reglamentario 303/96 establecen que se deberá respetar la legislación laboral y seguridad vigente. A su vez se puso de relieve lo prescripto en el artículo 132 de la ley 24.660, que establece que durante el tiempo que dure su incapacidad, el interno accidentado o enfermo percibirá la remuneración que tenía asignada.

También se expuso que cuando haya una incapacidad demostrada, el detenido o detenida deberá continuar percibiendo el salario asignado, en vigencia del artículo 4 de la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557), ya que en caso en que

la Aseguradora de Riesgo de Trabajo (ART) se encuentre adecuadamente controlada, ésta podrá entonces afrontar el costo dinerario durante el lapso de inactividad; lo que también podría generar un reemplazo en aquél puesto de trabajo. Entonces, tras evidenciar que la ausencia del detenido en su lugar de trabajo durante las jornadas no liquidadas fueron por una afección a su salud debidamente acreditada, en cumplimiento con la normativa citada, en conjunto con las previsiones del artículos 106, 107 y 128 de la ley 24.660, artículo 208 LCT y de acuerdo a lo estipulado por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos Punto 99.1) y 2), y 101 1) y 2), en consideración de precedentes –muchos de ellos reseñados precedentemente–, se declaró la competencia de la judicatura en el entendimiento que era obligación garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley. A su vez se hizo lugar al requerimiento tendiente a rectificar la planilla laboral correspondiente al periodo con la inclusión del motivo de salud que justificó las ausencias del nombrado a sus jornadas laborales, y se ordenó se extienda una liquidación que contemple y garantice el derecho a remuneración del interno respecto a dicho periodo. Finalmente, se ordenó al Presidente del Ente de Cooperación Técnico Financiera del Servicio Penitenciario, proceda al pago del peculio del monto dinerario equivalente a la liquidación referida.

En el sentido del cumplimiento de los derechos laborales consagrados en nuestra Carta Magna, el mismo Juzgado Nacional de Ejecución Penal No. 5 resolvió una cuestión que a la luz del contexto sanitario evidenciado particularmente durante los años 2020 y 2021 por la pandemia por COVID-19, resulta más actual y novedoso. Así fue la cuestión traída a estudio en el caso “Habiaga, Raúl Adrián” (causa nro. 50459/2011/TO1/EP1/CNC4, rta. 26/11/2021), en cuanto se solicitó se autorice al condenado a prestar labores en una empresa editorial internacional, cuya tarea puede ser realizada de manera remota, sería provisto de los elementos correspondientes; como computadora, teléfono fijo, etc., y solo debía proveérsele una conexión de internet estable, la posibilidad de acceder —obviamente— a dicho materia suministrado y de un espacio inicial para efectuar la capacitación. A tal evento, debido a la oferta concreta por el contexto sanitario, la defensa actuante desistió de un trámite previo que venía incoando a tales efectos, el régimen de Semilibertad (art. 23 LEP), régimen que prevé la posibilidad de que el condenado pueda “trabajar fuera del establecimiento sin

supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral. Para ello deberá tener asegurada una adecuada ocupación y reunir los requisitos del artículo 17”.

En los argumentos utilizados en el fallo referido, la jueza Monsalve relevó cifras del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal. Durante el año 2020, el 47% de las personas privadas de su libertad al momento de su ingreso no tenía ni oficio ni profesión, mientras que el 40% eran personas desocupadas; el 64 % actualmente no accede a trabajo remunerado, y casi un 90 % no participó de algún programa de capacitación laboral.

Es así que la magistrada, en términos generales, citó que, en este ámbito, como en el medio libre, nunca es tan necesario recordar el eterno adagio: “el trabajo digno dignifica al hombre”. En la especie, señaló que se encuentra previsto en la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena, en su artículo 119, la posibilidad de que el empleador de trabajo sea una entidad de carácter privada y establece el régimen de seguimiento que habrá de mantenerse en ese caso, dada la particular situación legal de quien será empleado por una entidad ajena al Estado.

Entonces, la actualmente extendida práctica del teletrabajo como consecuencia de las medidas preventivas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional debido a la pandemia por el virus COVID-19 dejó en evidencia un contexto excepcional en el Complejo Penitenciario de Devoto, en el cual se autorizó a una persona privada de su libertad a prestar tareas laborales de manera remota para una empresa desde el establecimiento penitenciario, alojamiento que debería proveer el espacio para la instalación para el teletrabajo. Así, en este novedoso caso, el ofrecimiento laboral se presentó como un caso sumamente excepcional, en el que un actor privado pretende colaborar con el proceso de reinserción social de un detenido, brindándole una herramienta fundamental como lo es un trabajo remunerado.

Es así que, en este último precedente de la justicia de ejecución penal, se invocó para su solución, el artículo 117 de la Ley 24.660 y el artículo 103 del Decreto Reglamentario 303/96, que establecen que se deberá respetar la legislación laboral y seguridad vigente; pues no se advirtieron en el caso concreto obstáculos de carácter legal u operativo en la propuesta realizada que impidan que se pueda llevar a cabo las tareas laborales en el contexto mencionado. También se hicieron operativas las Reglas Nelson de Mandela, 99 y 101.

IV. Crítica

La actividad jurisdiccional referida también se enmarca en deficiencias técnicas y/o administrativas en relación a la afectación laboral del detenido, es decir a cuestiones previstas por la ley que no logran materializarse plenamente por déficit presupuestario, incapacidad operacional u operativa del establecimiento. Hay muchos casos donde la relación laboral se encuentra atravesada por incumplimientos al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social vigente. Ello se ve reflejado en la cantidad de cupos laborales dinámicos, que depende mucho de la cantidad de plazas disponibles debido al incremento de internos autorizados y la duración de sus penas, sin adentrarse en las características de algunas de las tareas. Entonces, la cantidad de plazas de alojamiento en el Servicio Penitenciario Federal, puede provocar un mayor o menor índice estructural de desocupación, dependiendo del establecimiento carcelario que se trate; como también un menguado nivel formativo de la mayoría de las tareas desarrolladas —inherente muchas veces a la etapa del régimen progresivo al que se encuentra sometida la persona privada de su libertad—, y la afectación por el nivel de discrecionalidad y arbitrariedad en el inicio, desarrollo y culminación de esta relación bajo custodia. Particularmente, en la práctica, y dependiendo del establecimiento que se trate, las irregularidades alcanzan su mayor impacto en las demoras para la asignación de una actividad laboral rentada, y en otra medida la eventual alteración discrecional de las horas abonadas mensualmente, el no reconocimiento de licencias justificadas, y la interrupción transitoria o definitiva de la relación, muchas veces por causas ajenas a la voluntad o al comportamiento del detenido; cuestiones que como se indicó, activan el sistema de control judicial de las decisiones administrativas.

Es así que, la principal crítica, es la carencia de plazas laborales suficientes previstas con anticipación al ingreso de nuevos detenidos, como también la reiterada demora en el otorgamiento de altas laborales, que aumenta el ya previsto tiempo administrativo que insume en el medio libre, que se suma con la gran cantidad de actividades disponibles poco constantes cuya genuinidad y formación se encuentra en duda, debido a su relación con conservar el orden interno y el autoabastecimiento del mantenimiento de los establecimientos.

Entonces, puede erigirse como crítica secundaria a la relativa al sistema de cupos y demoras registradas, que las relaciones laborales intramuros, con la sal-

vedad de cada establecimiento, refuerzan en mayor o menor medida por el contexto de encierro, un sistema de premios y castigos encubiertos para garantizar el respeto del orden en el contexto de encierro, es decir la posibilidad de mejoras o ceses laborales no fundadas en ley.

Todas estas cuestiones que han sido evidentemente disminuidas muy paulatinamente, ponen de relieve la necesidad de elaborar una estrategia de política penitenciaria que aborde un sistema de trabajo de pleno empleo, mayormente formativo y durante jornadas regulares, atendiendo las propias características del contexto de encierro —y protegiendo, a su vez, lo que implica trabajar bajo custodia—, aunado a la plena vigencia del sistema de garantías del medio libre que se ha referenciado en el marco de este artículo para disminuir los índices de discrecionalidad.

En suma, éstas críticas fueron captadas principalmente en el precedente *Keyych* de la Cámara Federal de Casación Penal, que como se señaló, han postulado la necesidad que el Estado Nacional adapte dichos extremos deficitarios.

V. Conclusión

De lo hasta aquí reseñado, se ve reflejado en la actividad llevada a cabo por la administración penitenciaria, de manera progresiva y paulatina, tendiente a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, en particular y en la especie con Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), la Constitución Nacional, la normativa legal y reglamentaria aplicable, y la jurisprudencia.

También, la actuación del Poder Judicial fue determinante en la dirección de garantizar las obligaciones señaladas, en un contexto paulatino y de recursos escasos, ya que sin perjuicio de la vía intentada —el remedio articulado colectiva o individualmente ante un juez federal con competencia territorial del establecimiento federal o bien mediante una petición ante el juez natural del privado de su libertad— en los últimos años, y particularmente con más fuerza desde el precedente “*Keyych, Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación*” de la Sala II de la CFCP, progresivamente se han expedido en pos de la equiparación de los derechos laborales de las personas privadas de su libertad a los del trabajo en el medio libre, con todos sus alcances por imperio del principio de progresividad

del régimen penitenciario, el control judicial de las decisiones administrativas y el no agravamiento de las condiciones de detención.

Asimismo, conforme la reseña de los fallos citados, podemos apreciar que, en todos los casos, fueron los tribunales los encargados de velar por el cumplimiento de la ley 24.660 y, especialmente, por lo establecido en las Reglas Mandela.

Al respecto, se aprecia que en el fallo “Képych Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación”, se garantizan a las Reglas 99, 102 y 103. En el precedente “Hurtado Suárez, William s/ habeas corpus”, se respetan las Reglas 99 y 101. En las decisiones adoptadas en los fallos “Gianoto, Lucas Marcel s/ legajo de condena” y “Habiaga, Raúl Adrián” (causa nro. 50459/2011/TO1/EP1/CNC4, rta. 26/11/2021), se resolvió con apego a las Reglas 99 y 101.

En definitiva, consideramos que es de suma importancia asegurar el derecho al trabajo de la persona privada de su libertad, respetar los derechos que las normas nacionales e internacionales le acuerdan, crear talleres productivos en las distintas unidades penitenciarias, y de esta manera proporcionarle al interno de las herramientas necesarias para aprender un oficio para que, una vez que recupere su libertad, emprenda la senda del trabajo y ganarse su sustento para él y su familia.

REGLA 98

Prisión domiciliaria, trabajo y perspectiva de género. La necesidad de respuestas integrales

MARIANO PEDRO PICCIONI*

I. Introducción

El presente artículo pretende plantear la necesidad de buscar herramientas judiciales —en lo inmediato— y legislativas —en lo mediato— que permitan dar respuesta a las personas —en particular pertenecientes al colectivo de mujeres— que si bien han sido incorporadas al régimen de prisión domiciliaria no cuentan con la posibilidad de realizar una actividad laboral que les permita llevar adelante una vida digna junto a su familia. Es así que en este caso abordaré específicamente el supuesto previsto por el art. 32 f) de la ley 24.660. Es que la prisión domiciliaria tan solo resuelve una de las problemáticas que atraviesan madres e hijos. Así, la ley solo se ocupa de que madres e hijos residan juntos, pero nada establece respecto a los instrumentos que se les brindarán para que sus vidas sean dignas. Ello genera que, en ocasiones, por no retornar a una unidad penitenciaria —con todos las problemáticas personales y familiares que suscita— deban padecer situaciones de extrema vulnerabilidad y en casos de violencia, por no contar con la posibilidad de auto sustentarse.

Sin embargo, ¿no sería lógico permitir que las mujeres privadas de su libertad accedan a trabajos dignos? Si el mismo artículo 1 de la ley 24.660 enuncia que la finalidad de la pena es la reinserción social, entendiendo la misma como la obligación del estado de brindar herramientas durante esta etapa para que las personas puedan reintegrarse al medio libre, ¿cómo puede considerarse razo-

* Abogado UBA, Secretario de Primera Instancia con funciones en DPO N° 2 ante los JENP y Defensor Público Coadyuvante, especialista en “Derecho Civil Constitucionalizado” UP, cursando “Maestría en Derecho” UP, participante del “Programa de Gobernabilidad y Gestión Pública” de la Universidad de San Andrés.

nable que no puedan trabajar cuando quien incluso se encuentra en una unidad carcelaria tiene acceso a un trabajo remunerado? ¿No es acaso en determinadas situaciones la prisión domiciliaria una solución a medias, donde el Estado considera que cumple con su función con el solo hecho de que su detención sea fuera de una unidad penitenciaria?

Entonces, entiendo que es necesario lograr un instrumento que permita a las mujeres incorporadas al régimen de prisión domiciliaria acceder a un trabajo digno, lo que en definitiva permitirá que ella y el grupo familiar tengan una vida digna, ello sin perjuicio de lo previsto para la semi libertad, instituto con recaudos tan exigentes que tornarían de imposible cumplimiento la propuesta esbozada.

Veremos que la propuesta permitiría responder también a las “Reglas Bangkok” y a las “Reglas Mandela” las que a partir de una interpretación amplia — “pro homine” — servirán como guía del presente desarrollo, demostrando que la solución pretendida encuentra también su anclaje en las mencionadas normas.

II. Definiciones conceptuales

Así, a los fines de un adecuado abordaje, desarrollaré qué se entiende conceptualmente por juzgar con perspectiva de género y describiré brevemente el instituto de prisión domiciliaria en el marco del supuesto ya indicado. Luego, citaré jurisprudencia con perspectiva de género que, si bien no versa sobre el punto en análisis, marcan un norte respecto a la adopción de medidas que resguarden derechos de las mujeres.

Comenzaré por establecer qué se entiende por juzgar con perspectiva de género. En palabras de Graciela Medina, *“para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socio cultural que promueven y sostienen la desigualdad de género, son necesarios conocer y aceptar su existencia al momento de juzgar. En otras palabras, es necesario un intenso y profundo proceso de educación del juzgador que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión. Estamos convencidos que resulta indispensable contar con una adecuada perspectiva de género a la hora de analizar y abordar situaciones de violencia familiar en general y en particular en*

*el caso de las mujeres. Es decir, que tenemos que analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres. Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada “neutral” a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin*¹. De tal modo, la perspectiva de género implica reconocer la desigualdad histórica existente entre hombres y mujeres (lo que redundará en el sometimiento de este último colectivo) al momento de juzgar.

Siguiendo la modalidad de análisis propuesto, se destaca que la sanción de la Ley No. 26.472 modificó la redacción del art. 32 de la Ley No. 24.660, haciendo operativos los derechos plasmados en la convención de los derechos del niño. La Ley No. 26.742 en su parte pertinente ha establecido que “*El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo*”. Todo ello sin perjuicio de la interpretación amplia del artículo que se ha dado en su aplicación concreta, tema que excede el presente artículo.

Por su parte, según las directrices y normativas internacionales que se aplican en el caso, todos los operadores estatales tienen la obligación de escoger según el Interés Superior del Niño, por su jerarquía, en caso de colisión con los intereses persecutorios del Estado². En este punto, se resalta la Recomendación VI/2016 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, la que en la actualidad es integrada por la reciente Acordada No. 2/20 de la CFCP. Allí el Superior resaltó: “*Por último, concierne considerar las condiciones reales en que las mujeres con hijos e hijas cumplen con las medidas alternativas. En efecto, en estos supuestos, se han verificado obstáculos para cumplir con las reglas establecidas por los órganos judiciales —la permanencia en el domicilio— y, al mismo tiempo, obtener un trabajo remunerado, continuar con su formación académica, acceder a programas sociales, mantener la vivienda en*

¹ MEDINA, Graciela, “Juzgar con Perspectiva de Género” “¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?”. Consultado en [<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>]

² v.g. OC Nro. 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, fecha 28/8/2002

condiciones dignas y, desde ya, cumplir con las exigencias del cuidado diario de sus hijas e hijos³.

Puntualmente, la Procuración Penitenciaria ha expresado la pertinencia de que los jueces otorguen autorizaciones de salidas que contemplen las tareas de cuidado de las mujeres. Además, dicho organismo señaló que las medidas judiciales orientadas a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres redundaría en intervenciones positivas de la cotidianidad de las mujeres en sus hogares⁴.

Estos aspectos merecen especial consideración de conformidad con los parámetros antes señalados para el sostenimiento y acompañamiento de las mujeres en el cumplimiento de las modalidades alternativas⁵.

Más allá de estar destinado a proteger el interés superior del niño es necesario tener un enfoque con perspectiva de género frente al instituto de prisión domiciliaria. Desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, el Estado debe reconocer la necesidad de proteger su interés de desarrollar de modo pleno y efectivo el vínculo con su núcleo familiar. En sentido similar, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer ha reconocido la importancia de mantener los vínculos para las mujeres detenidas y propiciar al máximo posible las alternativas a la prisión carcelaria (Cf. Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer: misión a la Federación de Rusia, E/CN.4/2006/61/Add.2 Recomendaciones). Es que la posibilidad laboral redundará también en favor del niño bajo su cuidado.

Actualmente, existe consenso en punto a que el encarcelamiento tiene un impacto más severo sobre las mujeres que sobre los varones. Se ha estudiado que esto sucede, entre otros motivos, porque en función de su rol social, las mujeres se ven muy afectadas por la ruptura de sus vínculos con familiares⁵.

³ Defensoría General de la Nación *"Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario."* - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2015. Consultado en: [<https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/2373-punicion-maternidad-acceso-al-arresto-domiciliario>]

⁴ En cita a Procuración Penitenciaria, *"Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión"*. Informe de situación. Equipo de Género y Diversidad Sexual. Febrero 2020. Consultado en: [<https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48722-situacion-mujeres-embarazadas-yo-hijos-privadas-libertad-informe-procuracion>]

⁵ Para un examen sobre las diferencias del encierro en las mujeres y sobre las prácticas de discriminación indirecta en las prisiones, cf. Conf. CEJIL, *"Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay"*, Buenos Aires, 2007, pág. 11; ALMEDA E., *"Corregir y Castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres"*, Barcelona, Ed. Bellaterra, Año 2002.

III. Algunos criterios jurisprudenciales (perspectiva de género)

Así también, se debe anexar la perspectiva de género desde el punto de vista jurisprudencial. Resulta pertinente recordar el señero fallo “Miranda” (41231/18) dictado por la Sala de Turno de la Cámara Federal de Casación Penal donde se ponderó la gravedad suscitada por la declarada emergencia sanitaria en el marco de la ya revelada emergencia carcelaria, pero, a su vez y particularmente, se estableció: *“Resulta entonces imperioso resaltar que la problemática del presente caso requiere también de una mirada y una visión con perspectiva de género que permita analizar el impacto diferencial de las acciones del Estado sobre varones y mujeres privadas de su libertad...”* La jurisprudencia nacional también ha dicho al respecto: *“[L]a resolución impugnada desatiende, por otra parte, los estándares internacionales que deben guiar las decisiones que involucren a mujeres privadas de su libertad [...] la Recomendación VI emitida por el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias denominada ‘Derecho de las Mujeres Privadas de la Libertad –Género en Contextos de Encierro’ exhorta a los miembros del Poder Judicial a que ‘...al momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (No. 57, 58, 60, 61,62, 63, 64), y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de libertad. Con esa finalidad, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal’...”*⁶. La CFCP refirió: *“La Regla 1 de las ‘Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes’ (‘Reglas de Bangkok’) señala que ‘a fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas’. Finalmente, la Regla 64 reza que ‘cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero*

⁶ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, “LRB”. Reg. N° 226/2017 Causa N° 51775/2016. 5/4/2017

teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”⁷. Asimismo, la Corte IDH expuso: “Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. (...) las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención”⁸.

Por su parte, el TEDH también destacó la importancia de brindar particular protección a las mujeres privadas de su libertad. Así, expuso: “[L]os demandantes [varones] habían sido condenados a cadena perpetua, mientras que las mujeres, los delincuentes juveniles y las personas de 65 años o más condenados por los mismos delitos o delitos comparables, no habrían recibido una pena de cadena perpetua según la legislación nacional pertinente. De ello se desprende que los demandantes se encontraban en una situación análoga a la de todos los demás delincuentes que habían sido condenados por los mismos delitos o delitos comparables, y que habían sido tratados de manera diferente por motivos de sexo y edad” (párr. 68) “La Corte considera que la justificación de esa diferencia de trato, a saber, promover los principios de justicia y humanidad (que exige que la política de imposición de penas tome en cuenta la edad y las “características fisiológicas” de las diversas categorías de infractores), ha sido legítima” (párr. 73) “En lo que respecta a las quejas de los demandantes sobre la diferencia de trato en comparación con las mujeres delincuentes, el Tribunal acepta que existe un interés público en eximir a las mujeres delincuentes de cumplir una cadena perpetua. En particular, el Estado señaló [...] la necesidad de proteger a las mujeres contra la violencia de género, el abuso y el acoso sexual en el entorno penitenciario...” (párr. 82) “La imposición de cadena perpetua a un delincuente adulto por un delito particularmente grave no está prohibida ni es incompatible con la Convención Europea [...] y es bastante natural que las autoridades nacionales, cuyo deber es considerar los intereses de la sociedad en su conjunto, tuvieran un margen de maniobra considerable (‘margen de apreciación’) a la hora de decidir sobre materias como la política criminal. No incumbe al Tribunal decidir la duración apropiada de la

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Gómez Jensen, Silvia Gabriela” Causa N° 698. Registro N° 24.591. 13/5/2015

⁸ Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, 25/11/200, párr. 303.

detención aplicable a un delito en particular o pronunciarse sobre la duración apropiada de la detención u otra sentencia que debería cumplir una persona después de la condena”⁹.

En el citado fallo “L.R.B.”, la CNCCC también expuso: *“Según se desprende del informe social agregado [...] del legajo de personalidad, elaborado por la licenciada en trabajo social Laura Ferradás, R B L es una mujer de 22 años, quien fue madre de dos hijos –de los cuales uno falleció–, encontrándose actualmente embarazada. Asimismo, se indicó que la nombrada comenzó a trabajar a su temprana infancia, efectuando diversas actividades informales en la vía pública, como venta ambulante y cuidado de autos; que en su adolescencia mantuvo consumo problemático de sustancias psicoactivas y registró varios ingresos en centros de régimen cerrado para adolescentes. La profesional interviniente concluyó, luego de realizar la entrevista, que ‘se infiere que se trata de una joven que ha mantenido escasa contención parental, transitando situaciones de vulnerabilidad en su trayectoria vital, con períodos de permanencia en la calle, alternadamente con su vivienda familiar, convivencia con parejas y alojamiento en instituciones de privación de libertad desde su adolescencia’. [E]n estas condiciones, de acuerdo a las normas de derecho internacional antes reseñadas, el alto grado de vulnerabilidad social que atravesó la vida de la imputada debe ser tomado en consideración para evaluar, precisamente, una vía alternativa o al menos morigerada de la privación de libertad...”*. “[El Programa de asistencia de personas bajo vigilancia electrónica], instrumentado mediante resolución 1379/15, presenta a su vez la particularidad de que viene acompañado de la labor de un grupo interdisciplinario cuya función primordial es la de contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas incorporadas al sistema a los efectos de promover su reinserción social [...] Es decir, conjuga, como se dijo, la problemática relativa al peligro de fuga con la cuestión vinculada a la situación personal de los beneficiarios del sistema...”¹⁰.

A partir de lo expuesto jurisprudencialmente, se puede advertir la obligación del Estado —dentro del cual se encuentra el Poder Judicial— de proteger y velar por los derechos de las mujeres privadas de su libertad de modo integral, considerando su extrema vulnerabilidad y los contextos que transitan. Es decir, más allá de que los fallos citados no versen exactamente sobre la materia de análisis de este artículo, lo cierto es que establecen el claro criterio respecto a la ne-

⁹ TEDH, “Khamtokhu y Aksenchik v. Rusia”. 24/1/2017, párr. 87.

¹⁰ CNCCC, Sala II. “LRB”. 5/4/2017, voto del juez Morin al que adhirió el juez Sarrabayrouse.

cesidad de adoptar medidas pertinentes para proteger al colectivo vulnerable de las mujeres, tomando decisiones concretas en cada caso. De ese modo, será necesario buscar una solución que se encuentre a la altura de los estándares reseñados.

IV. Marcos de protección. Reglas Mandela y Bangkok

En este marco, entiendo oportuno reiterar que considerar que la sola incorporación al régimen de prisión domiciliaria soluciona la problemática familiar es una mirada absolutamente formal, que impide adentrarse en los conflictos de fondo que presentan en ciertos casos las mujeres incorporadas a tal dispositivo. Es que el solo hecho de otorgar una prisión domiciliaria lo único que asegura es que la persona incorporada no transite su detención en un establecimiento penitenciario y que pueda estar cerca de quien se encuentra a su cargo. Sin embargo, quedan fuera de esta decisión judicial las condiciones en las cuales las mujeres deben atravesar estos procesos, más allá de que se realizan informes sociales (que en situaciones no logran advertir el real panorama). Justamente, la dificultad de acceder a un empleo digno impacta directamente sobre su posibilidad de elección y, en muchas ocasiones, las deja supeditadas a contextos donde, claro está, no se respeta ninguno de sus derechos.

La aplicación de una pena tan solo puede limitar a quien se le impone su libertad ambulatoria. Pero no puede en ningún caso privarla de otros derechos —constitucionales— como sucede en el caso de las mujeres incorporadas al régimen de prisión domiciliaria. Así, no solo el Estado incumple con las obligaciones contraídas en materia de género, sino que vulnera también el derecho al trabajo —art. 14 bis C.N. — y a una vida digna —reconocido convencional y constitucionalmente—.

En particular, en cuanto a las reglas Bangkok y Mandela, si bien no abordan directamente la cuestión en análisis, lo cierto es que de las mismas podemos extraer valores y directrices que avalan la necesidad de avanzar en políticas públicas que aseguren a las mujeres incorporados al régimen de prisión domiciliaria la posibilidad de acceder a un trabajo digno que permita garantizar sus derechos fundamentales y los de sus hijos.

Al respecto, cabe citar la Regla 46 de las Reglas Bangkok. La misma expresa: *“Las autoridades penitenciarias, en cooperación con los servicios de libertad condicional y de asistencia social, los grupos comunitarios locales y las organizaciones no gubernamentales, elaborarán y ejecutarán programas de reinserción amplios para el período anterior y posterior a la puesta en libertad, en los que se tengan en cuenta las necesidades específicas de las mujeres”*. En consonancia, la Regla 47 establece: *“Tras su puesta en libertad, se prestará apoyo suplementario a las mujeres que requieran ayuda psicológica, médica, jurídica y práctica, en cooperación con los servicios comunitarios, a fin de asegurar que su reinserción social tenga éxito”*. Luego, la Regla 60 establece: *“Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal”*. A continuación, la Regla 63: *“Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social”*. Por su parte, la Regla 67 establece que: *“Se procurará organizar y promover investigaciones exhaustivas y orientadas a los resultados sobre los delitos cometidos por mujeres, las razones que las llevan a entrar en conflicto con el sistema de justicia penal, la repercusión de la criminalización secundaria y el encarcelamiento en las mujeres, las características de las delincuentes, así como programas orientados a reducir la reincidencia de las mujeres, como base para la planificación eficaz, la elaboración de programas y la formulación de políticas destinadas a satisfacer las necesidades de reinserción social de las delincuentes”*. A continuación, la Regla 69 dispone: *“Se procurará examinar, evaluar y dar a conocer periódicamente las tendencias, los problemas y los factores relacionados con la conducta delictiva de las mujeres y la eficacia con que se atiende a las necesidades de reinserción social de las delincuentes y sus hijos, a fin de reducir la estigmatización y las repercusiones negativas que estos sufran por los conflictos de las mujeres con el sistema de justicia penal”*.

Es decir, del citado articulado podemos advertir que la necesidad de implementar políticas públicas que permitan a las mujeres mantener una vida digna, siendo para ello una de las condiciones su acceso a una fuente de trabajo. Es que incluso las personas privadas de su libertad en un establecimiento penitenciario del S.P.F. cuentan con una actividad remunerada, de modo tal que en ese punto

quienes se encuentren incorporados al régimen de prisión domiciliaria se encuentran en peor situación.

También podemos encontrar fundamentos legales a la propuesta formulada en las Reglas Mandela. En particular, ya en la observación No. 2 de las Reglas Mandela se estableció: *“1. Es evidente que, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo momento. No obstante, estas reglas deberán servir para estimular un esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, con la conciencia de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas”*. *“2. Por otra parte, las reglas se refieren a un ámbito en relación con el cual la reflexión intelectual evoluciona constantemente. No tienen por objeto excluir experimentos y prácticas, siempre que estos se ajusten a los principios e impulsen los propósitos que se desprenden del texto en su conjunto. Guiándose por ese espíritu, la administración penitenciaria central siempre podrá autorizar excepciones”*.

De lo expuesto se desprende que, desde ya, las Reglas Mandela incentivan la búsqueda de soluciones que permitan enfrentar los problemas suscitados en el marco de las privaciones de libertad. Así, al igual que en el caso de las Reglas Bangkok, las Reglas Mandela también nos orientan en el sentido de buscar respuesta a la problemática de la falta de acceso a empleos dignos. De hecho, la Regla 4.1 establece: *“Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo”*. Mientras que la Regla 4.2: *“Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”*. La Regla 5 dispone que: *“El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano”*.

En cuanto a la actividad laboral específica, las Reglas Mandela establecen en su art. 96 que: “1. *Los reclusos penados tendrán la oportunidad de trabajar y participar activamente en su reeducación, previo dictamen de aptitud física y mental emitido por un médico u otro profesional de la salud competente.*

2. *Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo que sea suficiente para que se mantengan ocupados durante una jornada laboral normal*”. En la misma línea la Regla 98 establece: “1. *En la medida de lo posible, el trabajo contribuirá, por su naturaleza, a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganarse la vida honradamente tras su puesta en libertad.*

2. *Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes.*

3. *Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán elegir la clase de trabajo a la que deseen dedicarse*”.

V. La necesidad de una política pública que dé respuesta al problema esbozado

Llegado a este punto, hemos planteado un problema: la necesidad de que las mujeres —en particular— que se encuentran incorporadas al régimen de prisión domiciliaria puedan acceder a un trabajo remunerado, el que les permitirá llevar una vida digna y, en definitiva, ejercer plenamente sus derechos. Al respecto, también planteamos la necesidad de contar con perspectiva de género, a los fines de dar una respuesta concreta a los problemas que padece el mencionado colectivo (vulnerable). Incluso, es evidente que garantizar el acceso al trabajo se relaciona también íntimamente con la finalidad de la pena prevista por la ley 24.660 —reinserción social—.

Jurisprudencialmente se entendió: “*En el supuesto sometido a conocimiento en el presente recurso, considero que las salidas laborales peticionadas, que vendrían en el caso bajo análisis a complementar la morigeración de la prisión preventiva de la que viene gozando el nombrado Crespo, resulta suficiente como cautelar en este caso excepcional puesto que existen circunstancias especiales y excepcionales que neutralizan los peligros procesales y promueven la reinserción de la mejor manera posible de una persona condenada a la sociedad como ya lo he referido oportunamente (arts. 5, 6, 11.1 y 29.2 de la Declaración Universal de De-*

rechos Humanos; arts. 25 párrafo 3 y 26 párrafo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 5.1, 5.2, 7.3 y 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 9.3 última parte, 10.1, 10.2a), 10.3 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Se ha destacado en la creación de este instituto el fin humanizador y resocializador de la pena, en contraposición a castigos especialmente crueles, y que respete el principio de proporcionalidad, culpabilidad, de última ratio, de no marginación, de respeto a la dignidad humana y el de pro homine¹¹.

Es así que desde mi perspectiva es necesario contar con un Estado que en los tres niveles de gobierno trabajen de manera coordinada para lograr llegar a la población destinataria de la política pública mencionada. Entonces en el caso no se requiere solo la participación del Poder Judicial, sino también la intervención de organismos estatales que permitan lograr el tan mentado fin. De hecho, en el caso de las prisiones domiciliarias intervienen múltiples organismos como la DECAEP¹² y el Programa de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica¹³ (destacando que las pulseras con GPS permiten saber la ubicación de sus usuarios). Estos organismos pueden funcionar como enlace y asistencia para conocer específicamente los casos de las personas que atraviesan situaciones de extrema vulnerabilidad para poder llegar a la población destinataria de la polí-

¹¹ CP LA PLATA, Sala I, “Crespo, Leonardo”, 26/05/2014, consultado en [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos39112.pdf.]

¹² DECAEP: “Para la tarea de supervisión, el magistrado es asistido por un organismo auxiliar de seguimiento y asistencia. Originalmente esa tarea era llevada adelante por el antiguo Patronato de Liberados que informaba al juez sobre el progreso y el cumplimiento de las obligaciones impuestas al tiempo de concederse la suspensión del juicio a prueba. Dicha función es actualmente desarrollada por un nuevo actor, la DECAEP. La Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DECAEP) fue creada mediante ley 27.080 (B.O. 09/02/2015) para actuar en el ámbito del Poder Judicial de la Nación como auxiliar de la justicia nacional y federal. La reglamentación de la ley quedó a cargo de una comisión conformada por los presidentes de la Cámara Federal de Casación Penal, de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal”, consultado en: [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/08/doctrina47935.pdf.]

¹³ Entre sus funciones también promueve el acceso a los derechos de las personas que cumplen el arresto domiciliario u otra modalidad de detención o ejecución de la pena bajo la modalidad de monitoreo electrónico, brindando acompañamiento psicosocial a través de un equipo interdisciplinario, compuesto por psicólogos y trabajadores sociales. El objetivo es contribuir a la progresividad de la pena mediante el desarrollo de capacidades personales, fomentar la interacción social mediante el fortalecimiento de vínculos sociales saludables y la reinserción en la comunidad”, consultado en [https://www.argentina.gob.ar/la-justicia-argentina/asistencia-de-personas-bajo-vigilancia-electronica].

tica pública concreta. Se deberán sumar a tal propósito los organismos estatales que cuenten con los recursos necesarios para brindar la respuesta pretendida. Además, conforme se encuentra estadísticamente acreditado, las mujeres tienden a contar con acceso a peores empleos que el género masculino, desafío que también debe ser ponderado en el marco de esta problemática¹⁴, mediante un Estado que dé de una vez por todas respuesta en modo eficiente. Es que en el punto deseo enfatizar en que no basta con la autorización para realizar tareas laborales, sino que deben generarse las condiciones para que el empleo al que accedan sea digno y registrado (para que cuenten también con toda la protección del sistema de seguridad social).

Así, en palabras de Martínez Nogueira, *“cualquiera sea la atribución de causalidades y responsabilidades, existe una comprensión bastante generalizada de las lógicas básicas que condujeron a una administración pública cuyos atributos distan de satisfacer las aspiraciones sociales. Esas lógicas fueron producto de un largo proceso histórico durante el cual el Estado asumió una configuración muy particular: disperso, fracturado, poco inteligente, con patrones culturales y modos de hacer alejados de la noción de lo ‘público’ y sometido al acecho y a la apropiación de grupos corporativos. La tarea para transformar esta situación es enorme e involucra la movilización de importantes recursos políticos, sociales y de conocimiento. Este objetivo comprende cambios en los marcos institucionales, la construcción de alianzas, la movilización de capacidades académicas y profesionales, el replanteo de las funciones normativas y reguladoras y reorientaciones en los comportamientos de los actores involucrados en los procesos de elaboración y ejecución de las políticas públicas. Esa caracterización de la situación actual y de los desafíos que plantea explica la significación del abordaje del planeamiento estratégico. Los programas de reformas integrales dirigidos a todo el sector público y que abarcan simultáneamente las dimensiones normativas, de recursos, de procesos y los modos de financiamiento, cayeron en un gran desprestigio por la distancia entre las ambiciones a que respondían y los logros efectivamente alcanzados. Frente*

¹⁴ “Las mujeres representan el 43% de las personas ocupadas. Su participación se acentúa en las ramas asociadas al cuidado (servicio doméstico, enseñanza y servicios sociales), donde representan, en promedio, el 82% de las y los trabajadores. Por el contrario, la industria, el transporte y la construcción son sectores fuertemente masculinizados. El fenómeno por el cual las mujeres se concentran laboralmente en actividades consideradas estereotípicamente ‘femeninas’ (y que tienen, en general, condiciones laborales más precarias y peor remuneradas) se conoce como ‘segmentación horizontal’ o ‘paredes de cristal’, concepto que alude a la existencia de barreras invisibles para que las mujeres accedan a otro tipo de trabajos”. Consultado en [<https://ministeriodelasmujeres.gba.gov.ar/gestor/uploads/Informe%20estad%C3%ADstico.pdf>]

a estos intentos se impuso una orientación más realista, centrada en cuestiones y problemas relevantes cuya atención y resolución pueden desencadenar procesos de mejoramiento de la gestión que impacten sobre la capacidad de gobierno y sobre la calidad de las relaciones entre la administración y la ciudadanía”¹⁵.

Justamente, uno de los pilares fundamentales de la reinserción social es lograr incorporar a las personas condenadas al mercado laboral —digno—, responsabilidad que, reitero, asumió el Estado en sus tres niveles de gobierno.

Cabe citar aquí también las palabras de Luis Beccaria y Roxana Maurizio: “Se enfatiza aquí la necesidad de proceder a lo largo de un camino de incremento de la cobertura mediante diferentes instrumentos y políticas de protección social; también se subraya el papel relevante que tiene el mercado de trabajo como eje de integración social. De allí la importancia que se asigna al dinamismo del empleo decente como medio para mejorar el nivel de bienestar de la población y reducir la inequidad. Cabe tener en cuenta que las estrategias de universalización aquí propuestas no eliminarán todas las brechas que hay entre la calidad de vida de los trabajadores formales e informales. Algunas de éstas podrán ser temporales pero otras se mantendrían de manera más persistente ante la dificultad de extender completamente la cobertura de ciertos riesgos, como los de seguridad e higiene laboral, o por las brechas que continuarían presentes, por ejemplo, entre las prestaciones que obtendrían beneficiarios de los pilares contributivos y no contributivos de pensión. Por lo tanto, el avance hacia la universalización de la protección debería ir acompañado, por un lado, de regulaciones que mantengan, y si es posible, eleven, las condiciones de trabajo de las ocupaciones formales. Por el otro, de políticas que fomenten el crecimiento de los puestos de buena calidad en términos de estabilidad, condiciones de trabajo y productividad. Las enormes diferencias que persisten en la calidad de los empleos en la región requieren que se actúe sostenidamente en la distribución primaria del ingreso como vía para reducir la inequidad y permitir que la obtención de un empleo sea un mecanismo efectivo de salida de la pobreza y una puerta de entrada a la protección”¹⁶.

¹⁵ MARTINEZ NOGUEIRA, Roberto, “El planeamiento estratégico y el mejoramiento de la gestión pública”, compiladores Jorge Walter y Diego Pando, Año 2014, pág. 22. Consultado en [https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/2751/4/%5BP%5D%20Cap%201-El%20planeamiento%20estrat%C3%A9gico%20y%20el%20mejoramiento%20de%20la%20gesti%C3%B3n%20p%C3%ABlica-R.%20Mart%C3%ADnez%20Nogueira.pdf]

¹⁶ BECCARIA, Luis Alberto y MAURIZIO, Roxana del Luján, “Hacia la protección social universal en América Latina. Una contribución al debate actual”, Revista Problemas del Desarrollo, 177 (45), abril-junio 2014, pág. 56.

Asimismo, la OIT expuso la necesidad de avanzar en políticas públicas que garanticen empleos dignos, ello como instrumento igualador de derecho. En concreto, el organismo internacional expuso: *“Uno de los desafíos que se presentan en relación con las políticas de mercado de trabajo es la extensión de su cobertura, en especial la de aquellas que brindan seguridad de ingresos a trabajadores desempleados o informales en situación de vulnerabilidad. Asimismo, también se destaca la necesidad avanzar en tres áreas: la articulación de prestaciones monetarias entre programas que cubren poblaciones con perfiles similares; la coordinación de políticas entre niveles de gobierno y la articulación entre componentes contributivos y no contributivos. Dadas las características de movilidad ocupacional, este último aspecto es de suma importancia para elevar la cobertura de la seguridad social. Por otra parte, si bien se ha avanzado en la cobertura de las prestaciones monetarias a los trabajadores desocupados, el nivel de estas ha quedado rezagado para algunos programas; por ejemplo, la tasa de reemplazo del seguro de desempleo contributivo es baja. Otro aspecto a considerar es la articulación entre las políticas de protección social y las de mercado de trabajo. En particular, puede observarse que con la implementación del programa Asignación Universal por Hijo, que ha tenido un significativo impacto en cobertura y reducción de la inseguridad económica de los hogares más vulnerables, se han dado algunas transiciones no planeadas, donde personas en edad de trabajar abandonan —o no participan en— acciones que incrementan su empleabilidad para poder continuar percibiendo la prestación monetaria.*

También persisten desafíos para lograr que las Oficinas de empleo se conviertan en referentes directas ante cuestiones de oferta y demanda de empleo. Uno de ellos es alcanzar una mayor vinculación con el sector empresarial y sindical a nivel local. La integración de estas acciones con planes de desarrollo regional y sectorial puede redundar en un mayor impacto y en la mejora del funcionamiento de los mercados laborales locales y regionales. Otro aspecto que puede implicar un mayor involucramiento de las Oficinas de empleo en la gestión de las políticas, y que también es relevante para la articulación de los componentes contributivos y no contributivos, es el fortalecimiento del vínculo entre las acciones de activación y el seguro de desempleo (administrado por la Administración Nacional de la Seguridad Social). Por otra parte, en materia de formación profesional continua se presenta el desafío de mejorar la calidad a fin de que permita resolver cierta tensión entre la lógica educativa, vinculada con la oferta formativa y con la oferta docente,

cuya dinámica de adaptación es más lenta, y la lógica del trabajo, vinculada con las demandas laborales, cuya dinámica de adaptación es más rápida (Madoery, 2011)¹⁷.

VI. Conclusión

En definitiva, se advierte que el trabajo decente (en términos de la OIT) es una herramienta igualadora de derechos y de protección social. También es evidente que las mujeres incorporadas a prisión domiciliaria son particularmente vulnerables, situación que se agrava aún más ante la severa dificultad de acceder a trabajos dignos, que le permitan a su vez ejercer plenamente sus derechos —y por añadidura los de su familia—. Asimismo, es claro que el trabajo es un pilar fundamental de la reinserción social, destacando que tanto las Reglas Bangkok como las Mandela resaltan la importancia de aplicar políticas públicas que piensen no solo en el momento de la privación de la libertad, sino además en el post. El trabajo de calidad, resultará un puente hacia la plena reinserción social. Es necesaria la intervención del Poder Judicial como un actor de política pública relevante para que, en coordinación con los demás poderes del Estado, subsane esta situación¹⁸. En ese sentido, resulta útil citar también el fallo “MENDOZA” de la CSJN, donde el órgano Judicial ordenó el cumplimiento de una concreta política pública. Así, podemos concluir que es necesario delinear una política pública que involucre al Estado en su conjunto, para que de manera integral genere las condiciones necesarias para que el acceso a un empleo digno de las mujeres incorporadas al régimen de prisión domiciliaria sea una realidad, lo que impactará en su calidad de vida, debiendo el poder judicial potenciar esa misión estatal en razón de su rol.

¹⁷ Notas OIT, “Trabajo decente en Argentina”

¹⁸ BERGALLO, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, Seminario; Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Rio de Janeiro; 2005

REGLAS DE BANGKOK

La influencia de las Reglas de Bangkok en la reformulación de las alternativas a la pena privativa de libertad a partir de la reforma legislativa en Cuba

IRACEMA GÁLVEZ PUEBLA*

I. Introducción

La privación de libertad ejerce una función central en el andamiaje teórico, en las leyes, en la opinión colectiva y en el sentir de los propios jueces, como refutación por excelencia del Estado ante un hecho antijurídico que menoscaba bienes jurídicos, por ser la pena por antonomasia dentro del catálogo de sanciones en los códigos sustantivos; no obstante, la complejidad de intereses en juego que se desencadenan cuando se produce un hecho delictivo, hace que el sistema penal haya puesto en práctica mecanismos legales y procesales como posibles consecuencias jurídicas que van más allá de la tradicional pena.

A partir de la reforma legislativa que se desarrolla en Cuba, se han incorporado alternativas reguladas en el Código Penal y Procesal¹ que implican cambios significativos que repercuten a nivel penitenciario. Ante los resultados adversos que provoca la utilización de la pena de prisión, se hizo indispensable encontrar otras opciones sustitutivas del encarcelamiento, sobre todo si estamos en presencia de una imputada o sancionada² embarazada, con hijos menores o

* Profesora Titular de Derecho Penal, Criminología y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina de la Caridad, "El Principio de Oportunidad. Fundamentos para su inserción en Cuba. En Los retos del debido proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho Procesal", Mendoza Díaz, Juan (Dir.). Manso Lache, Jané (Coord.), La Habana, Ed. ONBC., Año 2019, pág. 343.

² La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que adopte medidas, según proceda, para asegurar la difusión amplia de las Reglas de Bangkok, como complemento de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delinquentes Reglas de Bangkok.71ª sesión plenaria, 21 de diciembre de 2010. Consultado en:

con un rango de edad entre los 16 y 18 años³. La utilización de alternativas a la privación de libertad por parte del órgano jurisdiccional siempre que sea posible, permite además lograr la reinserción social del o la sancionada⁴ como una herramienta de inclusión social.

Estas posibilidades que brinda tanto el nuevo código sustantivo como la ley de proceso penal en cuanto a la aplicación de sanciones no privativas de libertad o la utilización de salidas diferentes al proceso penal a las personas autoras y partícipes implicadas en un hecho delictivo se emplean siempre que sea posible y que se cumpla con los requisitos legalmente establecidos.

Con estas formas de resolver el conflicto, nuestro ordenamiento jurídico penal se aleja de la teoría tradicional absolutista de la utilización de la pena, en la cual ante la presencia de una infracción penal se tiene obligatoriamente que culminar con una sentencia condenatoria o absolutoria, y cierra con ello la posibilidad de apelar a nuevas alternativas de solución al conflicto. Potenciar estos mecanismos y la aplicación de sanciones no privativas de libertad, permite que nuestro Código Penal y Procesal estén a tono con las exigencias del Derecho comparado y a la altura de las modernas doctrinas imperantes⁵.

[https://www.unodc.org/ropan/es/PrisonReform/Reglas_de_Bangkok/presentacion.html], el 7 de julio de 2022.

³ El artículo 17.5 de la Ley de Proceso Penal establece: los criterios de oportunidad se aplican a las personas menores de dieciocho años de edad, en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando: a) se trate de hechos con una elevada lesividad social; b) el delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo; c) para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás; d) resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos del proceso. Ley 143 del Proceso Penal, Gaceta Oficial N° 140, Ordinaria, de 7 de diciembre de 2021.

⁴ UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes y sus comentarios. Sección III de las Reglas de Bangkok, 16 de marzo de 2011, directrices que abarcan la aplicación de medidas y sanciones no privativas de libertad a las mujeres delincuentes y las delincuentes juveniles en las etapas del procedimiento de justicia penal, con inclusión del momento de su detención, y las etapas anterior al juicio, del fallo y posterior a este. Reglas 57- 58 las que se refieren a que cuando estas mujeres comisoras de hechos delictivos no son un riesgo para la sociedad es preferible sanciones no privativas de libertad porque permiten una mejor reinserción social.

⁵ Sección III de las Reglas de Bangkok. Ob cit. Reglas 57-58 establece además la necesidad de crear estructuras y mecanismos para implementar alternativas al encarcelamiento, cuando sea posible, incluyendo justicia restaurativa y resolución alterna de conflictos. Regla 60, 63, 64.

II. El tracto sucesivo de las sanciones subsidiarias y alternativas a la pena privativa de libertad en Cuba

Desde la década del 70, Cuba ha ido incursionando en la búsqueda de alternativas a la pena de prisión; así podemos hacer referencia a las modificaciones que introdujo el Código penal, Ley 21 del año 1979. En este sentido, se incorporó la Limitación de Libertad como sanción subsidiaria de la pena privativa de libertad que no superara una sanción de tres años.

Dentro de los mecanismos legales, las sanciones subsidiarias de la pena privativa de libertad se fueron sumando dentro de la práctica jurídica por el movimiento internacional de reforma a la pena de prisión y el deseo de conferir a todo el sistema de consecuencias jurídico-penales un sentido educativo inspirado en el ideal humanitario. El reexamen al que fue sometida la pena privativa de libertad provocó un perfeccionamiento dentro del moderno desarrollo tanto de las regulaciones penales como de las novedosas tendencias sancionadoras que sustituirían en gran medida las deshumanizantes penas de prisión.

La otrora vigente ley 62 del año 1987 supuso el inicio de la época de las luces del Derecho penal en nuestro país por la aplicación estricta del principio de mínima intervención penal, que propició un proceso de reforma y despenalización de todas aquellas figuras delictivas de escasa lesividad social e incorporó nuevas sanciones subsidiarias a la privación de libertad como el Trabajo Correccional sin Internamiento.

Resaltamos uno de los criterios emitidos y que sustentaron este periodo de transformación en Cuba por la trascendencia que presenta en el cambio de paradigma que debe prevalecer en el enfrentamiento a la actividad delictiva y con ello el modo de sancionar y ejecutar la pena; según opinión emitida por el entonces Ministro del Interior en Cuba: *“El criterio de penalización no solo no nos hizo avanzar hacia el objetivo de reducir el delito, sino generó dificultades adicionales, esencialmente complejas y de gran impacto social como el aumento de la población penal del país y la sobrecarga inmanejables de actuaciones y procesos; y peor aún, les impide concentrar las fuerzas de las instituciones especializadas en la lucha contra las tipicidades verdaderamente graves y socialmente peligrosas de la actividad delictiva (...) fue un error de apreciación pensar que con solo aplicar más sanciones de prisión y penas más largas el delito retrocedería”*.⁶

⁶ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón: *“El delito y el Derecho penal en Cuba después de 1959”*. En Crimino-

Las diferentes modificaciones a la que fue objeto la Ley 62, como el Decreto-Ley 140 del año 1993, el Decreto-Ley No. 150 del año 1994; el Decreto-Ley 175 de 17 de junio de 1997, la Ley 87 de 16 de febrero de 1999, así como el Decreto-Ley 310 de 2013, introdujeron diferentes variantes en nuestro sistema penal, las cuales serán valoradas en cuanto a su repercusión y trascendencia en la ejecución de la pena.

El Decreto-ley 175 del 17 de junio de 1997 permitió que se extendiera la aplicación de las sanciones subsidiarias a la pena privativa de libertad, a aquellas sanciones que no excedan los cinco años como sanción inicialmente impuesta, que por las condiciones personales del autor y la índole del delito pudieran ser subsidiadas.

Introdujo el artículo 8 apartado 3, que permitió la aplicación de una multa administrativa a los sujetos comisores de aquellos delitos que no superaran el año de privación de libertad o multa superior a 300 cuotas; cuestión que fue modificada posteriormente con el Decreto-ley 310 del 2013, que aumentó los límites mínimos y máximos para su aplicación, si el responsable satisface el pago de la multa que le fue impuesta y además cumple con los términos de la obligación civil durante los tres días hábiles a su posterior imposición, se tendrán por concluidas las actuaciones y, a los efectos penales, el hecho no será considerado delito.

En estos casos se aprecia un criterio de oportunidad reglada como una figura jurídica de solución del conflicto como alternativa al juicio oral⁷, que supone la facultad discrecional que tiene el fiscal de poner o no en práctica la persecución penal por razones de política criminal, debido a la poca dañosidad al bien jurídico tutelado o porque no compromete gravemente el interés público, así como la falta de relevancia con relación a otros hechos de mayor importancia.

En efecto, el principio de oportunidad opera como excepción al principio de legalidad y permite en la actualidad brindar una salida alternativa a la sanción penal con mecanismos más flexibles que logren resolver el conflicto creado al vulnerarse la norma penal. Su utilización por parte del Ministerio Fiscal como autoridad actuante a favor de la persecución penal, puede disponer o no el inicio de las investigaciones a pesar de ser considerado el hecho como delito por estar recogido dentro de la norma penal.

logía, La Habana, Ed. Félix Varela, Año 2004. pág 94.

⁷ Con la puesta en vigor del Ley del Proceso Penal en el año 2021, se traslada a los criterios de oportunidad la multa penal administrativa, cuestión que se fundamenta en los artículos 17.2 en relación con el 407 al 410. Gaceta Oficial N° 140, Ordinaria, de 7 de diciembre de 2021.

Este principio puede valorarse desde un sentido estricto, y desde su modalidad reglada, que se establece en determinados casos definidos por la ley y posibilita prescindir de la persecución penal pública⁸. La utilización de esta variante del principio de oportunidad se ha basado fundamentalmente en cuestiones de utilidad pública e interés social, que ha justificado entre otras razones:⁹

La escasa lesión producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal.

El estímulo a la pronta reparación de la víctima que es uno de los objetivos de los sistemas de transacción penal.

Evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración.

Conseguir la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.

El Decreto-Ley 175 del año 1997 modificó el beneficio de la Remisión Condicional, instrumento que suspende el cumplimiento de una sanción penal a favor de un sujeto imputado que se somete, durante un plazo determinado, a un periodo de prueba en el cual deberá cumplir satisfactoriamente determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imponga el tribunal. Sin dudas es otra de las soluciones al conflicto penal, aplicable a los supuestos que no excedan de los cinco años de pena privativa de libertad, ofrecen al sancionado la posibilidad —en dependencia de las circunstancias del hecho y personales del autor— suspender la ejecución de la sanción principal. La suspensión es siempre facultativa, en virtud de las consideraciones del tribunal juzgador.

Asimismo, la pena de multa es considerada como alternativa¹⁰ de la pena privativa de libertad, regulada con anterioridad en otros cuerpos legislativos que se pusieron en vigor en Cuba. Se recoge en el artículo 35 del Código penal cubano, es una sanción pecuniaria que afecta el patrimonio de la persona in-

⁸ MAIER, J. B. J.: “*Derecho procesal penal*”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, Tomo I, pág. 557-562.

⁹ MENDOZA DÍAZ, Juan: “*Principios del proceso penal*”, en Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal, Colectivo de Autores, La Habana, Ed. Félix Varela, Año 2006, pág. 77

¹⁰ Con cierta frecuencia, se han identificado, por la teoría penal, las penas subsidiarias y las penas alternativas, sin embargo, las primeras van dirigidas a la no utilización de la pena privativa de libertad, por eso es que al apreciarlas, estas necesitan de la existencia de una pena principal; las penas alternativas por su parte, se concretan en la parte especial de los códigos, encontrándose establecidas dentro de los tipos penales como sanciones principales que el juez puede aplicar una u otra variante o en ocasiones ambas. QUIRÓS PÉREZ, Renén., “*Manual De Derecho Penal IV. Parte I*”, La Habana, ed. Universitaria Félix Varela, Año 2015, pág. 87.

culpada, debiendo aclararse que su aplicación se regirá por los principios de la sanción. Es una pena personalísima, que debe ser proporcional al hecho causado, su imposición presenta determinadas ventajas, tales como:

- no tiene efectos desocializantes, ni estigmatizantes, y
- no conlleva una ruptura entre el sujeto y la sociedad, lo cual no provoca una afectación emocional como consecuencia de su cumplimiento.

Sin embargo, no han dejado de suscitarse ciertas críticas ante su utilización, que parten de considerar que a pesar de ser una alternativa para despoblar los centros penitenciarios por el desuso de la pena privativa de libertad, su incumplimiento puede conllevar al fracaso de este mecanismo cuando es preciso regresar a la aplicación de la pena de prisión que puede afectar el principio de igualdad y se considera un aspecto fundamental para valorar el alcance de la Ley y su aplicación a todos los implicados al producirse un hecho delictivo.

La imposibilidad de ejecutar lo establecido en la sentencia vulnera su cumplimiento y el derecho de quien resulte perjudicado de lograr la satisfacción de la obligación contraída por el deudor o deudora, pasando por las condiciones económicas por las que atraviesa la persona sancionada, lo que puede afectar gravemente a la familia y a todo el que depende económicamente de esta persona.

III. Una visión diferente de la situación jurídica de la pena en Cuba desde el punto de vista sustantivo y procesal

Alternativas a la privación de libertad desde la arista sustantiva

Con la aprobación y puesta en vigor del nuevo Código Penal cubano, se amplió el catálogo de sanciones alternativas en nuestro sistema jurídico-penal a partir de nuestra realidad social y económica, incorporándose la reclusión domiciliaria y el trabajo en beneficio de la comunidad.

El objetivo que se pretende perseguir con esta ampliación de las penas alternativas es permitir una gradación en el registro de sanciones de aplicación directa incorporadas en la nueva ley, dentro de las cuales se regulan de manera escalonada. Se parte de la limitación de libertad que es una de las sanciones menos severas y con una antigua previsión normativa como se valoró *ut supra*;

se contempla también el servicio en beneficio de la comunidad, que se puede imponer siempre que la pena privativa de libertad no supere los 3 años; así como también el trabajo correccional sin internamiento y la reclusión domiciliaria. Empero, además, el juez podría en caso de revocación de la pena impuesta por la comisión de un nuevo delito, aplicar otras de las establecidas a partir de la gravedad y lesividad social del hecho.¹¹

Servicio en beneficio de la comunidad o Trabajo a favor de la comunidad, como también se ha denominado desde los criterios empíricos e incluso en su concreción legislativa; es una de las sanciones que a pesar de haber tenido una progresiva acogida dentro de la doctrina penal, por las connotaciones que ha provocado con la reparación del daño a la víctima y a la comunidad en sentido general, no dejó de provocar ciertos recelos. En efecto, tales consecuencias suelen provocar la inclusión de una nueva pena, que desde su propia esencia no ha dejado de presentar la efectividad que cabe esperarse de su aplicación, por el doble efecto resocializante que presenta, desde el punto de vista de la obligación que entraña *a posteriori* para el sujeto responsable de los hechos, quien tiene que enfrentarse a las consecuencias de sus actos así como también a valorar los derechos legítimos que presentan las personas que han sido víctimas de los hechos acontecidos.

Es una vía para que las personas sancionadas interioricen las normas sociales, mediante la aportación de su trabajo en beneficio de la comunidad y además es una sanción que se impone ante hechos que no meritan por su escasa lesividad la pena privativa de libertad, generalmente es utilizada ante delitos que no superen los dos años como límite máximo de la sanción.

Se requiere, para su ejecución satisfactoria, del cumplimiento de ciertos requisitos que deben ser impuestos por el juez y deben ser tenidos en cuenta por parte de la persona sancionada, tales como:

- Abandonar o ausentarse injustificadamente al trabajo que ha de realizar.
- Oponerse a la ejecución de alguna tarea que se le haya encomendado.
- Por indisciplinas graves que ameriten el cese de su labor en el centro.

Dentro de las ventajas que se pueden valorar en este tipo de sanción encontramos:

¹¹ Código Penal, aprobado en la Quinta sesión extraordinaria correspondiente a la novena legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 15 de mayo de 2022, el cual ya entró en vigor.

- La ubicación del sancionado o sancionada a un trabajo lo más próximo posible a su entorno social.
- La actividad que ha de realizar debe ser lo más útil posible a la comunidad.
- El carácter regenerador y constructivo que presenta.

Sin embargo, existen determinados cuestionamientos ante la utilización de este tipo de pena, las cuales giran alrededor de los siguientes argumentos:

Es una pena que no presenta remuneración por el trabajo que se realiza.

El gasto público que provoca su implementación.

Al respecto consideramos que tales argumentos no han sido de lo más convincente, pues la prisión presenta un costo público superior al de la puesta en funcionamiento del trabajo en beneficio de la comunidad, ya que, si bien no es remunerado, no debe valorarse como un trabajo forzoso con el cual se viole el principio de humanización de las penas ni dignidad de la persona.

La reclusión domiciliaria se reconoce en el nuevo Código Penal cubano como la obligación que presenta la persona sancionada de permanecer en su domicilio por el tiempo que establece la sanción dictada por el órgano jurisdiccional competente. El tribunal impondrá además determinadas obligaciones establecidas en la ley, que deben ser cumplidas estrictamente por quien esté sujeto a esta sanción.

Desde una valoración procesal

Los criterios de oportunidad incorporados a la Ley 143 del 2022 permiten una salida diferente al proceso penal; la resolución en la que se disponga la aplicación de un criterio de esta naturaleza tiene efecto de extinción de la acción penal e imposibilita presentarlo posteriormente al órgano jurisdiccional.

En efecto, la búsqueda de nuevas alternativas al modelo tradicional del proceso penal¹² como marco escénico, ha propiciado la aparición de una tercera vía que ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal¹³.

¹² PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther, "El acceso a los métodos alternos de solución de conflictos desde la nueva Constitución en Cuba", En Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano, LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.), La Habana, ed. ONBC Dykinson, S.L. Madrid, Año 2020, Pág. 91-111.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación". Revista del Poder Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Año 1997. Pág. 199.

La conciliación víctima-comisor¹⁴ se considera que debe colocarse dentro del Derecho penal, y orientarse según sus principios generales, en dependencia del tipo de hecho delictivo que se haya llevado a cabo. Esta negociación necesita por consiguiente del Derecho penal para decidir qué es delito, quién es el sujeto comisor y quién es la víctima.

Lo que se pretende es analizar la posición en la que ha quedado la víctima y valorar de qué forma puede sentirse ésta compensada; se debe precisar la proporcionalidad de la gravedad del daño que lógicamente será siempre un marco importante de referencia para su uso. La llamada conciliación víctima sujeto comisor es considerada una alternativa más, no la única de la justicia penal¹⁵, desarrolla mecanismos que logran solucionar el conflicto creado. De lo contrario, en el supuesto de no existir acuerdos para resolver entre las partes el problema suscitado de manera espontánea y sus divergencias jurídicas; entra a jugar su rol fundamental la administración de justicia, solucionándose por la vía jurisdiccional.

Una de las finalidades más significativas de la conciliación víctima-comisor, es encontrar soluciones que logren disminuir los efectos del delito de una manera rápida y eficaz. La doctrina no propone —con la utilización de la posibilidad de que concilien las partes— que gocen de impunidad determinados hechos antijurídicos, sino, por el contrario, brinda una solución que puede resolver el conflicto siempre que sean susceptibles de valorarse otras formas de solución ajenas a la represión.

En materia penal en Cuba la conciliación como mecanismo alternativo de resolver los conflictos¹⁶, ha tenido acogida dentro del nuevo código procesal, en su artículo 18.1 inciso c) apartados 3 y 4, y en el artículo 19 apartados 1, 2, 3 y 4.

El jurista LLOBET RODRÍGUEZ señala que: *“en la actualidad existe una tendencia en el Derecho comparado a darle relevancia a la conciliación entre el autor*

¹⁴ Algunos autores no denominan esta relación víctima-comisor, y lo traducen en víctima-delincente. GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio, *“Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Año 1994, pág. 64, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, et. al., *“La conciliación en el proceso penal”*, en Cuadernos de Estudios Judiciales Rafael Alvarado Manzano, Honduras, Año 2001. Pág. 55.

¹⁵ El modelo de solución mediada de conflictos puede construirse como una vía alternativa a la jurisdicción penal o como mecanismos insertos a ella. *Ídem.* p. 24.

¹⁶ LUNA, Erik. *“La justicia restaurativa: Un modelo de penas alternativas”*, en La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil. Reforma Penal Internacional, Ciudad de la Habana, Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Año 2006, págs. 102 a la 116.

de un hecho delictual y la víctima como premisa para sobreseer la causa penal".¹⁷

Se entiende que con este esquema para resolver el conflicto, se promueve el resarcimiento y, con ello, se obtiene un efecto resocializante, porque se obliga al autor o autora a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. Resulta importante destacar aquí que tal reparación puede ser un acto simbólico, con lo cual también se ven la cara autor-víctima en un diálogo frente a su problema.

El tratamiento y la respuesta al fenómeno criminal deben estar a la medida de la lesividad social y gravedad del hecho; lo cual implica que los criminólogos se enfrenten al reto teórico, metodológico y práctico de encontrar y fundamentar nuevas estrategias y modelos institucionales que permitan una disminución en la utilización de la pena privativa de libertad y consecuentemente de la prisión.

Y es precisamente a partir de este anhelo que entra a jugar un papel en los discursos político criminales actuales, la búsqueda de nuevos modelos de justicia que busquen la solución del conflicto penal de una manera diferente a la sola alternativa represiva desplegada por los actores del sistema de justicia. En esta nueva modalidad se tiene como eje central a los propios protagonistas del acto delictivo, con la capacidad de restaurar las secuelas, el daño, los perjuicios causados no solo en la víctima sino además en la propia persona infractora, la familia y la comunidad.

IV. El sobreseimiento condicionado

Es una salida alterna que permite dar por culminado el proceso penal, sin llegar al acto del juicio oral ni que medie sentencia como resolución por excelencia; es una oportunidad para que se extinga la acción penal siempre y cuando el imputado o imputada cumpla con el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima o perjudicado del delito y cumpla con las condiciones impuestas.

Esta medida es propuesta por el Ministerio Fiscal; se supedita a un periodo de prueba durante el cual la persona imputada debe cumplir un grupo de obligaciones, ya sea a través de medidas o restricciones, con el objetivo de lograr

¹⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Proceso penal comentado", Costa Rica, Ed. Investigaciones Jurídicas S. A. Costa Rica, Año 1998. Pág. 134.

que el fin de la punición sea alcanzado sin necesidad de que el fiscal ejercite la acción penal.

Presenta determinados requisitos para su utilización, pues puede aplicarse ante hechos imprudentes o aquellos delitos intencionales cuya pena en absoluto no superen los 5 años de privación de libertad y se debe tener en cuenta, además, que su aplicación, los hechos y las características del autor o autora. Se sostiene a partir de la anuencia de estos, del criterio de la víctima o perjudicados por los hechos acontecidos, y que haya sido resarcido el daño o el perjuicio; de lo contrario debe seguir su curso.

El periodo de prueba oscila entre uno y dos años, quedando sujeto a determinadas restricciones¹⁸ establecidas en la Ley 143 del Proceso Penal; su control queda bajo la supervisión del Juez de Ejecución, tal como se regula en la Ley de ejecución penal que se encuentra aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, de reciente puesta en vigor.

Son varios los diseños que se han asumido dependiendo del contexto donde se aplican estos mecanismos alternativos, mayormente implementados en países desarrollados. Sin embargo, en Latinoamérica han sido varios los países que han asumido modelos alternativos de justicia obteniendo resultados positivos.

Cuba no está exenta de las disfunciones que a nivel general causa el propio sistema formalizado de justicia penal, por lo que constituye una premisa evaluar cómo en materia de política criminal se ha reaccionado al fenómeno delictivo en los últimos años y cuáles han sido las tendencias seguidas en todos los niveles del sistema, de manera que sea posible comprender las condiciones actuales de la justicia penal cubana y la factibilidad de seguir incrementando una variedad de mecanismos que permitan disminuir la aplicación y utilización de la sanción de privación de libertad para sustentar aún más los modelos alternativos de justicia.

¹⁸ Artículo 420.1. El período de prueba discurre entre uno y dos años, y pueden disponerse las restricciones y medidas siguientes: a) La prohibición de ocupar cargos de dirección o de ejercer determinada profesión u oficio; b) no cambiar de domicilio, de residencia o lugar de trabajo, ni trasladarse de municipio o provincia sin autorización del juez de ejecución; c) prohibición de salida del país sin autorización del tribunal; d) prohibición de frecuentar determinados lugares; e) someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, en los casos que se requiera, especialmente si se trata de violencia de género o familiar; f) prohibición de acercamiento o contacto con la víctima, perjudicado o familiares allegados; g) suspensión de licencia de conducción o de permiso de aprendizaje, o prohibición de adquisición de cualquiera de ellos, en caso de haber incurrido en delito cometido en ocasión de conducir vehículo por la vía pública; h) cualquier otra que por la naturaleza del delito sea aconsejable para evitar la perpetuación de sus efectos o el daño a la víctima o perjudicado. Ley 143 de Proceso Penal, Edición Ordinaria, Gaceta Oficial N° 140, Ordinaria, de 7 de diciembre de 2021.

V. Control y seguimiento del cumplimiento de los mecanismos alternativos a la pena de prisión

La ejecución penal comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan el cumplimiento de las sanciones penales, sean privativas de libertad o no, las medidas de seguridad y cautelar de prisión provisional. Como es sabido, la pena resulta la consecuencia jurídica de los hechos delictivos cometidos por las personas, naturales o jurídicas, y se impone mediante sentencia del tribunal competente y el verdadero sentido de la sentencia se concreta en la fase de ejecución, por lo que cada término de esta debe ser interpretado con miras a su aplicación práctica.

Los tratados internacionales establecen que la finalidad de la ejecución penal será *“lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la Ley procurando su adecuada reinserción social, estableciéndose así cuales son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de libertad y a los que deben estar orientados a la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales”*.¹⁹ Si los órganos jurisdiccionales no ejercen todas sus facultades y solo se limitan a la imposición de la pena, se desnaturaliza esta fase del proceso penal.

Dentro de las categorías en cuanto a la intervención judicial en el control de la ejecución de la sanción encontramos tanto a los jueces de sentencia, que como parte de sus funciones se encuentra la de velar por lo ejecutado, como el juez especial o juez de ejecución, cuya función ha sido diseñada específicamente para controlar la materialización de las penas privativas de libertad, que trascienden al cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la sentencia penal.

En Cuba se han realizado determinados avances para lograr una interrelación de la fase procesal y ejecutiva, los tribunales, después de emitir el fallo brindan al cumplimiento de la sanción de privación de libertad el seguimiento que necesita, pues dentro de las funciones de los jueces mediante lo regulado en la Ley de Proceso Penal en el Libro Octavo La Ejecución de las Sentencias, Título I La ejecución de las sanciones y demás disposiciones de la sentencia, Capítulo I, se faculta: *“... al tribunal a ejecutar la sentencia y a adoptar sin dilación las medidas y disposiciones que en cada caso se requieran, librando órdenes y despachos indispensables a ese fin.”*

¹⁹ Sobre el alcance del concepto de readaptación social de conformidad con los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Vid. CESANO, José Daniel, *“Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria”*, Córdoba, Ed. Alveroni, Año 1997.

Por tanto, se hizo imprescindible una disposición jurídica que regulara los aspectos medulares de la ejecución penal, que se encontraban dispersos en varias normas, primero, regulada parcialmente en la Ley No. 5, “Ley de Procedimiento penal”, de 13 de agosto de 1977, Ley No. 6, “Ley Procesal Penal Militar”, de 8 de agosto de 1977, Ley No. 22, “De los delitos militares”, de 15 de febrero de 1979, y la Ley No. 62, “Código Penal”, de 29 de diciembre de 1987, con las sucesivas modificaciones realizadas a las referidas normas jurídicas y otras disposiciones complementarias emitidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular,²⁰ el Fiscal General de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y por otros organismos de la Administración Central del Estado.

En el marco de la reforma legislativa por la cual atraviesa el país, se trabajó en la conformación de este cuerpo normativo, aprobándose en sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional el 15 de mayo de 2022, ya en vigor. La Ley de Ejecución penal tiene como objeto la regulación de la ejecución de las sanciones principales detentivas o no y accesorias que le hayan sido impuestas a las personas naturales y jurídicas mediante sentencia firme por el Tribunal competente, las medidas de seguridad; la instrumentación y control de la medida cautelar de prisión provisional; e incluso el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el órgano jurisdiccional al imputado o imputada cuando se ha decidido el sobreseimiento condicionado; asegurando el control jurisdiccional sobre la ejecución, el respeto a la legalidad, las garantías y derechos que posee toda persona que hubiera sido sancionada, asegurada, beneficiada; buscando el cumplimiento efectivo de los fines de la pena, haciendo especial énfasis en las funciones del juez de ejecución.

En la ley de ejecución penal se establece el papel que juega el Tribunal, en cuanto a la resolución de todas las cuestiones e incidentes que se desprendan

²⁰ Dentro de estas instrucciones se valora la 163 Bis de 2002 que incorporó la figura del juez de ejecución, que se introdujo en Cuba tardíamente, y se redujo su actuación al control de las sanciones subsidiarias de las penas privativas de libertad, la remisión condicional, las medidas de seguridad predelictivas y los beneficios de excarcelación condicionados; como el controlador asiduo de las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales. Este instrumento jurídico de avanzada para su momento, implementó varios aspectos trascendentales para la instauración de los cimientos del derecho procesal en este tipo de ejecución penal, los cuales se fueron enriqueciendo con la aprobación de otras disposiciones normativas sobre esta materia, como la RESOLUCIÓN CONJUNTA 1 de 2001, la Instrucción 201 de fecha 9 de octubre de 2012, el Acuerdo 309 del 2012, la Instrucción 219 de 2013, la Circular 264 de 5 de febrero de 2013, la CIRCULAR 270 DE 2015, la Circular 274 de 2015, la Circular 279 de 2016 y la Instrucción 234 del propio año.

de la ejecución de la sentencia siempre y cuando sean de su competencia y excluye a cualquier otra autoridad al respecto.

VI. Control de la legalidad durante la fase de ejecución

El control de la legalidad durante el cumplimiento de las sanciones penales corresponde a los Tribunales y la Fiscalía General de la República, en lo concerniente a sus funciones. En este sentido, la Ley establece que ambos órganos podrán, de conjunto y previa coordinación, desempeñar esta función cuando resulte necesario.

La Ley precisa las facultades que ostenta el fiscal en el control de la legalidad en la fase de ejecución, destacando entre ellas las inspecciones a los lugares de internamiento para la comprobación del cumplimiento de la legalidad y el respeto a los derechos y garantías de las personas privadas de libertad. En consonancia con esta actividad, le corresponde la tramitación e investigación de las denuncias presentadas por las personas sancionadas y sus familiares ante la violación de derechos, garantías, o cualquier otro motivo, ofreciendo la respuesta que proceda en los plazos que se establezcan. En este sentido, deberá exigir el restablecimiento de la legalidad ante la demostración de lo alegado por quien reclama y cualquier infracción de la ley que sea detectada.

Es incuestionable el valor científico y teórico de todo el marco legal que se proyecta para la ejecución penal en el país, demandando que, la Ley, deba ser apreciada por todo el personal para su concreción práctica y cumplimiento efectivo, aplicación que será irrefutable en Cuba.

VII. A modo de conclusión

Las Reglas de Bangkok establecen la prioridad, siempre que sea posible, de la utilización de sanciones no privativas de libertad (regla 57 y 58).

Cuba, desde hace dos décadas, ha incursionado en la introducción de las alternativas a la pena privativa de libertad en nuestro sistema penal, ello se ve reflejado en la regulación de la limitación de libertad como pena subsidiaria, concebida como una forma de establecer una sanción penal que no se tradujera

en internamiento, en la otrora vigente Ley No. 62 de 1987, permitió la incorporación de otras alternativas a la pena de prisión.

El nuevo Código Penal cubano en vigor introduce nuevas sanciones alternativas como la reclusión domiciliaria y el servicio en beneficio de la comunidad, lo cual amplía la posibilidad de optar por la aplicación de una pena que responda a la futura reinserción social de la persona que será privada de su libertad, y una menor utilización, siempre que sea posible de la privación de libertad.

La Ley del Proceso Penal introdujo salidas diferentes al proceso penal que permiten una descongestión de los despachos judiciales y la posibilidad de no hacer un uso desmedido de la utilización de la pena privativa de libertad como sanción por antonomasia.

La figura del juez de ejecución juega un rol esencial en el control de las sanciones que constituyen una alternativa a la privación de libertad.



CIERRE

Justicia de la Ejecución penal: necesidad de su regionalización*

ARMANDO MARIO MÁRQUEZ**

En oportunidad de hacer una exposición en el Instituto de Política Criminal de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en referencia a la pretendida reforma al sistema penal federal propiciada por el Poder Ejecutivo Nacional, con media sanción legislativa por parte del Senado de la Nación, así me manifestaba en punto al asunto de marras: *“Una reforma que se engalana de traer soluciones al funcionamiento del Poder Judicial a partir de reformular su organización no puede dejar de lado algo de tanta importancia como lo es la Ejecución Penal, para nada mencionada en su letra. Esta especialidad jurídica se está abriendo paso cotidianamente y está en condiciones de erigirse en una rama autónoma del Derecho, contando para ello con los tres requisitos para tenerla por tal: autonomía legislativa, autonomía interpretativa y autonomía didáctica”*.

Era ese el pie que me daba para criticar en el aludido proyecto legislativo la falta de decisiones sobre el tema propuesto en este trabajo, en particular la creación de Juzgados Federales de la Ejecución Penal en el interior de nuestro territorio nacional, cuestión desde hace bastante tiempo reclamada por el fuero federal penal asentado en las provincias.

Recuerdo, a propósito de ello, lo normado por la ley 24.121 “Implementación y Organización de la Justicia Penal”, cuyo artículo 75 “Juez de Ejecución en el interior del país” dispone: *“Las funciones del juez de ejecución que establece el Código Procesal Penal de la Nación serán desempeñadas, en el interior del país, por un juez del tribunal oral respectivo...”*.

* Neuquén, agosto de 2022

** Socio Adherente de la AMFJN. Comité Académico de la Revista Jurídica de la AMFJN. Ex Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, Río Negro. Presidente de la Junta de Estudios Históricos del Neuquén. Presidente del Centro de Estudios Constitucionales del Comahue. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Sería esta una verdad a medias sino destaco otros dos aspectos que hacen también al asunto de marras:

- La misma solución la advertimos en delitos menores -correccionales- cuando la sanción es impuesta por el Juez de Sección, siendo éste quien se encarga del control de la ejecución.
- En el caso de concretarse la suspensión del proceso a prueba —conocida como “probation”— el control de su cumplimiento lo ejerce el tribunal que la ha dispuesto, ya sea el Tribunal Oral en lo Criminal Federal o el Juez de Sección según el caso (art. cit. “*in fine*”).

Objetivado este cuadro de situación, habremos de ensayar una crítica al mismo y proponer una solución al respecto, que no es otra cosa que la invitación contenida en el título de este ensayo. Vamos.

La primera pregunta que habría que hacerse radica en la conveniencia o no de modificar el actual sistema en vigencia. Dos respuestas aparecen encaminadas a dar una respuesta afirmativa a tal interrogante:

- la necesidad de contar con un eficaz control sobre la forma en que se cumple la imposición de una pena impuesta por un tribunal, tarea delegada por el Poder Judicial al Poder Ejecutivo, encargado de hacer efectivo el castigo penal por medio de sus organismos penitenciarios.
- la coincidencia entre el juzgador y el controlador de la ejecución de la pena, lo cual, además de generar subjetividades y celos, implica una rémora del sistema anteriormente vigente (totalmente escrito). Es indudable, por otra parte, que, por más que no sea una situación buscada, la relación llega indudablemente “contaminada”, con los riesgos que ello presupone.

El otro interrogante que sigue consiste en preguntarse si la modificación propugnada sería practicable y de verdadera utilidad, acá doy respuesta favorable a ello con la presentación de dos realidades:

- la distinta solución adoptada para con los tribunales federales penales asentados en las provincias, muy diferente de aquella asumida para con los tribunales de idéntico fuero y competencia con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —por aquel entonces aún Capital Federal—, para quienes asigna Jueces de Ejecución Penal, para que continúen el trámite de control del cumplimiento de la pena una vez que la sentencia adquiere firmeza.
- los modelos vigentes en los sistemas judiciales de la gran mayoría de los estados provinciales argentinos, que han consagrado la figura del Juez de Eje-

cución Penal diferenciada de la del Juez instructor o del de juicio, que asume su jurisdicción una vez que la sentencia adquiere firmeza y es a su cargo tal tarea específica de seguimiento y control.

No estaría completa esta evaluación y diagnóstico previos de la cuestión en trato y la propuesta contenida en el presente trabajo sino destacara que ya nuestra rica Historia de la Época Patria nos muestra interesantes aspectos sobre la cuestión, a la que no le era indiferente. Veamos.

Uno de los primeros antecedentes, ya instaurado el primer gobierno patrio, tras los sucesos de mayo de 1810 en la ciudad del puerto, lo advertimos —contemporáneamente con la sanción del Estatuto Provisional— en el Decreto de Seguridad Individual, dictado por el Primer Triunvirato integrado por Feliciano Antonio Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso el 22 de noviembre de 1811, cuyo artículo sexto se ocupa específicamente de la cuestión, en letra que se nos acerca al texto hoy vigente en nuestra Norma Primordial.

No podemos soslayar, tampoco, lo abundantemente normado sobre el particular por el llamado “Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata”²¹, el que fuera dictado por ese mismo Primer Triunvirato y fechado el 23 de enero de 1812. En tal documento advertimos —entre muchos otros— dos destacables aspectos referidos al instituto en trato, a saber:

- Debido Proceso Legal en Materia Penal: de este aspecto se ocupa en forma bastante y eficaz la norma de mención, en especial, con las previsiones contenidas en su artículo vigésimo octavo.
- La tutela judicial efectiva de las personas sometidas a proceso en situación de encierro, tal lo que nos marca el reglamento en su artículo vigésimo noveno, cargando de responsabilidad adicional a la totalidad de las autoridades, sin distinción de su origen, como nos lo indica su artículo treinta.
- No escapa tampoco a este punto la labor desplegada en ese sentido por parte de la Asamblea General Constituyente convocada por decreto del 24 de octubre de 1812 y que iniciara sus sesiones en la ciudad de Buenos Aires el 31 de enero de 1813 —además de la ya consabida “Ley de Abolición de los Tormentos” del 2 de febrero de 1813—, toda vez que el día 6 de septiembre de 1813 sancionó el denominado “Reglamento para la Administración de Jus-

²¹ Disponible en <https://archive.org/details/reglamentodeinst00prov/mode/2up>

ticia”²², el cual a lo largo de sus cuarenta y tres artículos, y en orden a lo acá expuesto que genera nuestro especial interés, establece:

- La expresa reafirmación del debido proceso legal en materia penal, en cuanto prioridad jurisdiccional.
- La tutela judicial amplia y efectiva de las personas privadas de libertad ambulatoria.

Advertimos, pues que, previamente a la sanción de nuestra Constitución Nacional el 1 de mayo de 1853 en la ciudad de Santa Fe de la Veracruz, que entronizara la garantía constitucional del derecho a la adecuada ejecución penal, contenida en el artículo 18 “in fine” de nuestra ley mayor, esa premisa ya era preocupación del Estado, conforme lo advertimos de la citada legislación.

No hay duda, pues, de que ya desde los primeros momentos de nuestro pasado patrio, lo atinente a la Ejecución Penal fue motivo de preocupación de nuestros hombres de entonces, cuestión —por otra parte— que no se vio desatendida -al menos en el aspecto legislativo, no en la cotidiana realidad- aun después de sancionada nuestra Constitución Nacional.

Tampoco hay dudas que en el referido artículo 18 de nuestra Constitución Nacional el legislador constituyente, utilizando la importante labor legislativa nacional previa, agrupó en su letra las denominadas “Garantías del debido proceso en materia penal”, que abarcan el procedimiento penal desde su inicio y que se extiende hasta más allá de culminado el mismo con la tutela a la llamada “garantía de la correcta ejecución penal”, aspecto que da el marco a este ensayo, por el que se propugna la mejor forma de hacerla operativa.

Lo hasta acá expuesto, nos permite afirmar sin equivocarnos que resulta una realidad a todas luces que la Ejecución Penal es una materia específica y autónoma dentro del campo de las Ciencias Penales y su abordaje por parte del Estado debe incluir herramientas que hagan efectivo su ejercicio, máxime en un aspecto en que la experiencia e información cotidiana nos muestra una realidad muy alejada de los preceptos y las declamaciones.

Retomando, así, la propuesta contenida en el nombre de este trabajo y planteado el problema y presentada la cuestión —aunque de manera somera—, destacando con énfasis que con el camino aconsejado se ganaría una mayor calidad en el ejercicio y la aplicación del precepto contenido en el artículo 18 “in fine”

²² Disponible para el lector en http://www.argentinahistorica.com.ar/intro_archivo.php?tema=8&titulo=11&subtitulo=22&doc=90

de nuestra Constitución Nacional, me permito ahora ensayar la propuesta de solución al asunto: es decir, la necesaria instauración de jueces Federales de Ejecución Penal en el territorio nacional allende la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aspecto que, por otra parte, pondría fin a la situación írrita y desigual de trato entre los jueces de la ciudad del puerto y sus pares de las provincias.

Tenemos entonces —lo reitero y enfatizo— un cuadro de expresa dualidad: ya que mientras que en el resto del país, en competencia compartida con su función original y de manera rotativa por uno de los Jueces de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y los Jueces de Sección, el que se erigirá en Juez de Ejecución Penal y tendrá a su cargo las cuestiones surgidas a propósito de la actividad generada por los cuerpos que integran, los Jueces de Ejecución Penal asentados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actuarán recién una vez que reciban la derivación por parte de los tribunales de juicio que los preceden en la actividad jurisdiccional de trámite, es decir que llegan en una situación de “asepsia” para con el caso y el causante al que deben tutelar, en tanto que aquellos no en razón de haber generado la propia intervención.

No debemos olvidar, por otra parte, que ya han transcurrido casi treinta años desde el momento en que tal sistema se ha implementado y desarrollado, lo que constituye una inmejorable oportunidad para hacer una evaluación crítica sobre el particular y, en especial, —no hay que olvidar el objetivo, que no es una cuestión meramente burocrática o de forma— si ese esquema es el mejor para poder cumplir con la finalidad de una correcta y eficaz ejecución penal en favor del justiciable.

Puesto ahora a opinar, el análisis precedente y la práctica, me indican que debo dar respuesta negativa a tal interrogante, como previamente lo indicara, porque el involucramiento previo que ello encierra atenta contra el mejor y más objetivo cumplimiento de la función, potenciado cuando la coincidencia que hay lo es entre el Juez que liderara el debate y pronunciara el primer voto —siempre hablando en términos de sentencia condenatoria que es lo que amerita la causa que nos ocupa— y el que ejerce la función de Juez de Ejecución Penal, lo que genera los indisimulables e inocultables recelos por parte del sujeto hacia quien debe ir direccionada la tutela que ello conlleva y que, obviamente, conspira a que esa relación transcurra en los mejores términos, por mejor voluntad que en ello se ponga: hay un “pecado original” que no siempre puede ser sorteado. ¿Qué decir cuando la función de control la ejerce el Juez de Sección?

Esa práctica a la que aludo no solo se basa en mi propia experiencia, sino que es también aquella que he recogido tras el intercambio de vivencias con colegas que han transitado por la misma doble función, y la comparación que he efectuado con respecto de la restante versión de la tarea que se nos carga.

¿Acaso no es ello motivo de conversación y tratamiento específico —y consecuente reclamo— en cuanto Congreso, encuentro o actividad académica reúne a los colegas del fuero?

Un aspecto que no puedo soslayar, ante un serio examen del asunto, es la obligación impuesta a los Jueces de Ejecución de visitar periódicamente los lugares en que la restricción de la libertad ambulatoria de nuestros detenidos se consuma, lo que no siempre es posible cumplir, por un lado por la distribución de esas personas a lo largo de las diversas unidades —tanto nacionales cuanto provinciales— que hay a lo largo del mapa argentino en las que tenemos distribuidas y alojadas a las personas bajo nuestra tutela y no siempre en la zona de cercanía de nuestros asientos, y, por el otro, que esa ausencia de nuestro lugar de trabajo —aunado a la ya crónica existencia de vacantes y al cúmulo de tareas que pesa sobre nuestros tribunales, en constante incremento— resiente indudablemente el buen desempeño de los organismos jurisdiccionales de esa naturaleza que integramos.

Resulta por demás obvio que un juez dedicado exclusivamente a ello lo cumpliría de mejor forma y sin desairarse otras cuestiones que ameritan la atención jurisdiccional específica.

Así, creo que la mejor posibilidad de buen cumplimiento de la manda constitucional contenida en la parte final del artículo 18 de nuestra Ley Mayor es la separación de labores entre Juez de Ejecución Penal y Juez de Trámite con posterior actividad en esa materia.

No me gusta señalar deficiencias sin aportar cómo producir la reparación de ellas. Veamos.

La mejor solución a lo planteado sería —como lo adelanté en el párrafo anterior— extender al resto del territorio de nuestro país el régimen imperante para con los Tribunales de injerencia penal —federal y nacional— situados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se crearían, de tal modo, juzgados de región en materia de Ejecución Penal, cuya implementación sería la lógica resultante de un análisis interactuado que contemplaría tres variables, a saber:

- la estadística general y criminal en específico –causas en trámite, sentencias dictadas, población judicializada, densidad poblacional, disponibilidad de viviendas, esquemas sanitarios, sistemas y vías de comunicaciones, distribución de las fuerzas federales y de seguridad, etc.,
- la localización de las unidades federales de detención y proyección de futuras construcciones —en este punto tampoco habría que desatender las opciones que brindan los estados provinciales al respecto, dado la irregular distribución de las unidades del Servicio Penitenciario Federal en nuestro territorio nacional— y, por último;
- el lugar de asiento de los Juzgados Federales de Sección, de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y de las Cámaras Federales —estos últimos: organismos que entienden en las vías recursivas que se generan en asuntos de Ejecución Penal, tal lo que manda el artículo 75 *in fine* de la ley número 24.121 (ver nota al pie número 13) —.

Ese cruzamiento de información e interacción de esos tres postulados, e interpretados de manera inteligente y con una visión plurifacética, nos daría la mejor aproximación a la cantidad de Juzgados de esa clase a poner en funcionamiento y la adecuada ubicación de esos organismos propuestos, de manera que surgiría la optimización de sus recursos en sentido amplio, que le permitirían generar una ágil comunicación y una adecuada actuación ante los casos que se planteen, a la vez que su asada distribución en el mapa del país, y, lo que me parece de suma importancia: su efectiva presencia en los sitios en que los justiciables cumplen con el encierro que les fuera impuesto, es decir: dónde es necesario que estén.

Propugno, me apresuro a aclararlo, la creación de Juzgados de región, utilizando los tres parámetros o variables a los que hiciera mención *ut supra*, diferenciándome de alguna propuesta que impulsara la mera creación de uno por cada distrito provincial —solución que considero meramente facilista y de poca elaboración—, en la inteligencia que con ello se haría un uso más racional de recursos a la vez que una superior optimización de las funciones acordadas.

Con relación a lo mencionado en el acápite precedente y, más allá de lo aclarado en la última referencia al pie, estimo que debe haber una activa interacción estatal y privada, es decir no solo deben estar seriamente comprometidas las tres expresiones del poder del Estado, sino también la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, los Colegios de Abogados, las Uni-

versidades y las distintas Organizaciones no Gubernamentales con injerencia en el tema, sin dejar de escuchar la opinión de los estados provinciales.

Esta última propuesta la formulo sin perjuicio de la necesaria invitación que se habrá de extender a organismos o entidades de carácter técnico cuando las específicas situaciones así lo ameriten.

Para terminar —y como dato de la realidad para nada menor— quiero destacar que como docente en Derecho Constitucional, cuando abarco la cuestión del divorcio entre la constitución formal y la constitución material —o si se quiere entre los planos o dimensiones normativa y sociológico— y le pido a los alumnos ejemplos concreto sobre el particular, la cuestión atinente a las cárceles y al precepto final del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, es un verdadero clásico y encabeza el ranking “por varios cuerpos”, cuestión que se extiende al resto del cuerpo social si esa misma percepción se la pedimos al hombre común, los que nos pone de frente a la crudeza y precariedad de la situación y a la necesidad de hallar una más efectiva participación de nuestro Poder Judicial en orden a ello.

Se erige, entonces, como un verdadero llamado de atención, que de manera alguna puede ir separado del creciente fenómeno de la llamada “inseguridad”, por la íntima conexión entre ambos temas, aunque el análisis de la relación de entre ellos dos excede el marco de este ensayo.

La especialización en la materia de Ejecución Penal, llevada a la práctica con la instauración del referido fuero en la totalidad del orden nacional y no solo circunscripto al ámbito de los tribunales asentados en la ciudad del puerto, modelo iterado en la mayoría de las circunscripciones provinciales a partir de ese ejemplo (y antes aún), ha avanzado sobre la mejor aplicación del precepto constitucional, aunque, ocioso es remarcarlo, aún queda mucho por hacer, pero, tal vez, lo acá propuesto sea un paso más para mejorar esa práctica.

Que nuestra actitud militante, en especial en lo institucional, lo haga realidad.



