

# MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL

*Asociación de Magistrados y Funcionarios de la  
Justicia Nacional. Comisión de Ejecución Penal  
y Comisión de Revista y Biblioteca IJ Editores*

---

## **DIRECTORES**

**Marcelo Peluzzi - María Jimena Monsalve – Vilma Bisceglia**

## **COORDINADORES**

**María Amelia Expucci - María Alejandra Méndez - Pablo Matkovic**

## **COORDINADORA SECTOR JURISPRUDENCIA**

**Melina de Bairos Moura**



# **MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL**

## **Directores**

Marcelo Peluzzi

María Jimena Monsalve

Vilma Bisceglia

## **Coordinación**

María Amelia Expucci

María Alejandra Méndez

Pablo Matkovic

## **Coordinación sector jurisprudencia**

Melina de Bairos Moura



Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal / Marcelo Gallo Tagle... [et al.];

compilado por Marcelo Alejandro Peluzzi ; María Jimena Monsalve; Vilma Bisceglia; coordinación general de María Amelia Expucchi... [et al.]- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2020.

Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-8377-67-4

1. Derecho Penal. I. Gallo Tagle, Marcelo. II. Peluzzi, Marcelo Alejandro, comp. III. Monsalve, María Jimena, comp. IV. Bisceglia, Vilma, comp. V. Expucchi, María Amelia, coord.

CDD 345.001

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos

son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la AMFJN, la Dirección, la Coordinación 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

**PRESIDENTE**

GALLO TAGLE, Marcelo Luis

**VICEPRESIDENTE EST. JUECES**

FACCIANO, Osvaldo

**VICEPRESIDENTA MP FISCAL**

ASARO, María Paula

**VICEPRESIDENTE MP DEFENSA**

ALVAREZ, José Atilio

**VICEPRESIDENTE FUNCIONARIOS**

CALLIZO, Maximiliano Alberto

**SECRETARIO GENERAL**

COMELLAS, Enrique

**PROSECRETARIA**

NICASTRO, Fátima

**TESORERA**

MONFERRER, Analía Silvia

**PROFESORERA**

SAGASTA, María Eugenia

**SECRETARIO DE ACTAS**

CORACH, Gregorio

**VOCALES**

CAVIGLIA, Natalia Beatríz

BOSCH, Enrique Jorge

LEÓN, Fabiana

PIZARRO, Manuel

REBAUDI BASAVILBASO, Ignacio

OCHOA, Carlos Arturo

ITURBIDE, Gabriela

RODRÍGUEZ, Jorge Ernesto

BASSO Andrés Fabián

PÉREZ NAMI, Ezequiel

CAUSSE, Federico Javier

LOPEZ CASTIÑEIRA José L.

SUTTER SCHNEIDER, Germán Luis

FULLANA, Moira

SCOTTO, Mariano

LAURÍA, Luciano

AMABILE, Roberto Daniel

VENCE, Alicia

**AUTORIDADES COMISIÓN DE EJECUCIÓN  
PENAL**

**PRESIDENTE**

PELUZZI, Marcelo

**Coordinadoras**

MONSALVE, María Jimena

BISEGLIA, Vilma

**AUTORIDADES COMISIÓN DE REVISTA Y  
BIBLIOTECA**

**PRESIDENTA**

EXPUCCI, María Amelia

**INTEGRANTES**

MÉNDEZ, María Alejandra

JANTUS, Guadalupe

MOURA, Melina de Bairos

MALATONE, Noelia

# ÍNDICE

## Prefacio

Marcelo Gallo Tagle

## Prólogo

Marcelo A. Peluzzi

María Amelia Expucci

## Hacia un realismo crítico en la cárcel postfordista

Mariela A. Barresi

Vilma Bisceglia

## I. Introducción

## II. “Surgimiento” de la prisión: la cárcel como primer recurso

## III. La cárcel como último recurso

## IV. Vuelta a la prisión como primer recurso

## V. La Matrix Argentina



- a) El surgimiento de la cárcel del welfare
- b) El ocaso del modelo de bienestar y la cárcel post-fordista

## VI. La opción por el realismo crítico

## VII. Conclusión: ¡Que la Constitución llegue a las cárceles!

## Mujeres en Prisión Domiciliaria: Propuestas Para un Abordaje con Perspectiva de Género

María V. Barreyro

### I. Introducción

### II. ¿Cuáles son los objetivos -y las estrategias- en la supervisión de una mujer que cumple arresto domiciliario?

### III. Situación de vulnerabilidad social

### IV. ¿Qué pasa dentro del encierro?

### V. El peso de los juicios con sesgo de género: esa buena o mala madre, esa buena o mala mujer

### VI. A modo de Conclusión: propuestas para un abordaje con perspectiva de género

## Penas cortas y tratamiento penitenciario. Algunos problemas prácticos en el marco de

## **trámites liberatorios**

Florencia Cabrera

Federico Liforena

### **I. Introducción**

### **II. Desarrollo**

### **III. Conclusiones**

## **El conflicto de aplicación entre las Leyes N° 24.660 y N° 27.375 en los supuestos de unificación de penas**

Enrique M. Comellas

### **I. Introducción**

### **II. El supuesto bajo análisis: los interrogantes**

### **III. El conflicto acerca de qué régimen de ejecución penal resulta aplicable**

### **IV. Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema**

a) Precedente de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

b) Precedente de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal:

V. La solución por vía del principio de la ley penal más benigna

VI. La solución por vía de los principios *pro homine* y *pro libertate*

VII. La solución por vía del principio constitucional de la reinserción social como finalidad primordial de la pena

VIII. La objeción que plantea una supuesta violación al principio de igualdad

IX. La necesidad de respetar el régimen efectivamente aplicado en el caso

X. Reflexión final

Propuesta para transformar la ejecución penal y la política penitenciaria argentina

Pablo Corbo

I. El programa de política penitenciaria se encuentra en la Constitución Nacional desde el año 1853, hay que cumplirlo

II. Que el árbol no tape el bosque. La Ley de Ejecución Penal más importante es la que define la ubicación o dependencia organizacional del servicio penitenciario y

condiciona así su cultura organizacional, sus prácticas

III. La administración penitenciaria en cabeza del Poder Ejecutivo ha sido como un caballo sin jinete

IV. Hacia un cambio copernicano. Una administración penitenciaria dependiente del Poder Judicial y de la CSJN. Un jinete para el caballo

V. Hacia una cultura organizacional distinta. El ojo del amo engorda el ganado

VI. Conclusión. Hagamos algo distinto y esperemos resultados distintos

La voluntad del legislador y la afectación al principio de igualdad

*El fallo: “Gauna, Nathan Santiago Cpo. De Ejecución de pena privativa de la libertad - Recurso de Inconstitucionalidad- (SAC 7699706)”*

María Noel Costa

La voluntad del legislador y la afectación al principio de igualdad

La afectación a la progresividad del  
tratamiento penitenciario

La afectación al principio de Igualdad

La necesidad de la razonabilidad de la norma

Conclusión

Sanciones disciplinarias en el ámbito  
carcelario: los alcances del Derecho de  
Defensa

Javier E. de la Fuente

Mariana Salduna

I. Introducción

II. El Derecho de Defensa en el marco del  
procedimiento disciplinario. Normativa

III. Aspectos del Derecho de Defensa en el  
marco de los procedimientos disciplinarios

a) La “defensa activa” y la “defensa pasiva”

b) El derecho de conocer perfectamente qué es  
lo que se imputa

c) Necesidad de fundamentación de las  
decisiones

d) Derecho de Defensa material y defensa  
técnica

e) Derecho al recurso y prohibición de la reformatio in pejus

## Acerca del Cupo Penitenciario

Sergio Delgado

Introducción al tema

La Pandemia

Los heraldos negros

El paliativo menos pensado

Los alcances del problema

La solución de la jurisprudencia internacional a la superpoblación y el hacinamiento penitenciario

El camino a seguir

Aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales (Ejecución Penal)

Gabriela Fuentes

Analía Monferrer

Introducción

Situaciones examinadas

1) Agotamiento de la pena y medidas de protección

- 2) Revocatoria de la prisión domiciliaria
- 3) Cumplimiento de prisión domiciliaria y violencia doméstica
- 4) Responsabilidad parental
- 5) Programa para Víctimas de violencia de género
- 6) Programa específico para personas trans en contexto de encierro

## ¿Palabras finales?

### Tratamiento e inserción social. Una intervención posible

Guillermina García Padín

#### Introducción

#### Tratamiento e inserción social

#### Una intervención posible

#### Conclusión

### La Pandemia en situación de encierro

María Laura Garrigós

#### I. Marco Normativo

#### II. Medidas Adoptadas

#### III. Consecuencias directas

**IV. Otras consecuencias**

**V. Más Consecuencias y otras Soluciones**

**VI. Control de la actividad del Servicio Penitenciario Federal**

**Modificación de las reglas de conducta impuestas por el tribunal de origen en la etapa de ejecución**

María Micaela Giaccone

**Suspensión de juicio a prueba**

**Condena de ejecución condicional**

**Principios rectores y límites a la modificación**

**Reglas de conducta**

**Persona**

**Hecho**

**Caso “V. D. S.”**

**Caso “G. A. S.”**

**Reinserción social y reforma de la Ley N° 27.375: escollos constitucionales a la restricción de la libertad condicional**

Gabriela L. Gusis

**Presentación**



## Reinserción social y el sistema jerarquizado de normas

### La Ley N° 27.375 y las modificatorias. El problema del *fin esencial*

### Escollos constitucionales e internacionales en las restricciones al instituto

## La realidad carcelaria en tiempos de crisis sanitaria

Gustavo M. Hornos

Lucía Gallagher

### I. Emergencia penitenciaria y crisis sanitaria

### II. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles

### III. El acceso efectivo a los servicios de salud en contextos de encierro

a) Perspectiva constitucional

b) Pandemia COVID-19

c) Conflicto en Devoto

### IV. Actividad en territorio

### V. Pensar el futuro

# Las funciones del juez de ejecución en el Código Procesal Penal Federal: análisis comparativo

Juan Manuel Iglesias

Nadia Sasowsky

## I. Introducción

## II. Consideraciones genéricas en torno a las funciones de ejecución del juez en el Código Procesal Penal Federal -Ley N° 27.063-

## III. Contraste con el Código Procesal Penal de la Nación -Ley N° 23.984-

Intervención

Cómputo

Unificación

Diferimiento

Trámite

Internación

Multa

Inhabilitación

Ejecución civil

Costas

## IV. Conclusión

# La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 24.660

Pablo Jantus

Martín Petrazzini

Julián Yamada

I.

II. Ley N° 24.660 modificada por Ley N° 27.375

III. Críticas y desafíos de la aplicación de la Ley N° 24.660 al régimen penal juvenil

IV. Conclusión

Suspensión del juicio a prueba. El control y cumplimiento de las reglas de conducta a la luz de la reciente jurisprudencia

Magdalena Laíño Dondiz

I. Introducción

II. Control del cumplimiento de las reglas de conducta. Actores intervinientes

III. Vencimiento del plazo de supervisión de las reglas de conducta impuestas al momento de otorgar el instituto. Inactividad estatal. Interpretación. Plazo razonable

## IV. Análisis de la coyuntura

### Detenidos en movimiento. “Traslados arbitrarios”. “López vs. Argentina”

Pablo Antonio Matkovic

#### I. Presentación

#### II. ¿Qué dice el fallo “López” y cuál es su historia?

#### III. De la circular 1981/84 de la Cámara del Crimen al Caso López de la Corte IDH

#### IV. Control judicial exhortando el “procedimiento López” y los antecedentes en la jurisprudencia nacional

#### V. Marco normativo aplicable a los traslados de detenidos y sus implicancias

#### VI. Propuestas de reforma:

- a. Proyecto de Ley de Ejecución Penal. Modelo para Latinoamérica
- b. Proyecto de ley traslados: Procuración Penitenciaria

#### VII. Conclusión

### La incidencia de la Justicia Terapéutica en las medidas alternativas al proceso y al

## encarcelamiento

María Jimena Monsalve

I. La respuesta punitiva errónea, causa daños irreparables

II. ¿Qué es la Justicia Terapéutica (TJ, *Therapeutic Jurisprudence*)?

III. Identificación de un problema. Incorporación de una “buena práctica”

IV. El problema del consumo como uno de los factores subyacentes y asociados al delito

V. Un diseño posible del modelo de Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) dentro de los parámetros convencionales, constitucionales y legales de Argentina.

VI. Conclusión

El derecho a la salud en las cárceles: pandemia y telemedicina

Marcelo Alejandro Peluzzi

Consideraciones finales, a modo de conclusión

Controversias entre la ejecución penal y el discurso mediático de las corporaciones de medios de comunicación

Azucena Racosta

**El periodismo es propaganda, la información mercancía**

**La política de las noticias como arma de guerra**

**Los medios concentrados en manos del Totalitarismo financiero y la construcción de “la realidad”**

**Comentarios preliminares a la cuestión de la salud mental y la cárcel a la luz de la experiencia del PRISMA**

Pablo Antonio Vitalich Sallán

**Ejecución Penal: la implementación de herramientas tecnológicas como garantes de la efectiva defensa en juicio en los procesos disciplinarios**

Comentario al fallo CCC

21528/2012/TO1/4/CNC1, “Tedesco s/ recurso de casación”, CNCCC, Sala 1, Reg. 162/2015, del 16/06/2015

Martín Aberasturi

**Tensiones entre el art. 28 de la Ley N° 24.660 y el art. 13 del Código Penal. La doctrina de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional**

Comentario al fallo CCC

47031/2018/TO1/EP1/2/CNC1, “Duarte,

Mariano Néstor s/recurso de casación”,

CNCCC, Sala 3, Reg. 454/2020, del 28/04/2020

Marcos Caffarena

**Habeas corpus y el derecho al trabajo de las personas privadas de libertad**

Comentario al fallo en causa N° 2875, “Kepych,

Yuri Tiberiyevich s/habeas corpus”, del Juzgado

Federal Criminal y Correccional N° 2 de Lomas

de Zamora, Pcia. de Bs. As., del 13/06/2013

Maximiliano A. L. Callizo

**Ejecución de habeas corpus colectivos: algunas (breves) reflexiones. El caso de la fijación de cupo judicial en el penal de Marcos Paz**

Comentario al fallo FSM 8237/2014/13/CFC1,

“Procuración Penitenciaria de la Nación

s/recurso de casación”, CFCP, Sala II, Reg. 1351/2019, del 28/06/2019

Ignacio Calvi

**I. Introducción**

**II. Las decisiones judiciales**

**III. Consideraciones finales -y parciales-**

**Más dudas que certezas...**

Comentario al fallo CPF 2195/2020/1/CS1, “NN s/averiguación de delito, resistencia o desobediencia a funcionario público, incendio y otro estrago, lesiones leves y otros”, CSJN, del 15/05/2020

Leonardo J. Cano

**Plazos exigidos para la expulsión de extranjeros involucrados en procesos penales**

Comentario al fallo CFP 7498/2018/TO1/3/CFC2 “Gutiérrez Churata, Benito Max s/recurso de casación”, CFCP, Sala II, Reg. 594/20, del 25/06/2020

Leandro Gómez Constenla



## **Competencia entre internación e inimputabilidad**

Comentario al fallo CCC

19924/2020/TO1/CNC1 “L., B. N.

s/competencia”, CNCC, Sala de Turno, Reg. ST 704/2020, del 19/8/2020

Melina de Bairos Moura

## **Dispositivos de salud mental en personas privadas de libertad, a propósito de un caso**

Comentario al fallo CPN

154135/2015/EP1/1/CNC1 “Nirschl, Sergio

Fabián s/libertad condicional”, CNCCC, Sala de Turno, Reg. 963/2018, del 17/08/2018

Ricardo Monteverde

## **La interpretación legal sobre el pronóstico de reinserción social en el proceso de ejecución de la pena ¿Incumbe a quienes juzgan o a sus auxiliares?**

Comentario al fallo CPN

121626/2010/EP1/1/CNC1 “Palma Barrios,

Gabriel s/incidente de libertad condicional”,

CNCCC, Sala 3, Reg. 717/2019, del 04/06/2019

María Noel Plo



## **Prefacio**

Marcelo Gallo Tagle\*

Como Presidente de la AMFJN tengo el placer de presentar esta obra colectiva que ha sido producto del esfuerzo y trabajo mancomunado de la Comisión de Ejecución Penal y de la Comisión de Revista y Biblioteca de nuestra Institución.

La Comisión de Ejecución Penal, creada el 12 de agosto de 2019, se encuentra presidida por el doctor Marcelo A. Peluzzi y coordinada por las doctoras María Jimena Monsalve y Vilma Bisceglia, surgió con el espíritu de generar un espacio más de participación para nuestros socios y socias que desearan opinar y trabajar seriamente en un tema de indudable interés y actualidad como lo es la ejecución penal.

La Comisión de Revista y Biblioteca, hoy presidida por la doctora María Amelia Expucci, ha retomado su actividad digital en 2018 logrando en la actualidad un espacio donde asociados y asociadas publican artículos jurídicos de calidad, con registración internacional. También han avanzado con la publicación de suplementos en materias específicas. En esta instancia no puedo dejar de destacar al Comité Editorial integrado por funcionarias comprometidas como lo son las doctoras María Alejandra Méndez, Melina de Bairos Moura, Guadalupe Jantus y Noelia Malatone.

La unión de estas dos comisiones y el gran trabajo que cada una venía llevando adelante no podía más que potenciarse al aunar esfuerzos y dejar como resultado esta

obra de excelencia titulada “***Miradas interdisciplinarias sobre la Ejecución Penal***”. Donde, más allá de su calidad académica, se destaca la participación de todos los estamentos del Poder Judicial de la Nación y los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa de distintos puntos del país, otorgándole así no sólo una mirada interdisciplinaria sino también federal.

Felicito a los autores y autoras, a la dirección, coordinación y comité editorial de la obra y a IJ Editores por su dedicación, esfuerzo, trabajo y seriedad con la que han emprendido esta actividad y aliento a todos y todas a seguir avanzando por esta senda.  
Muchas gracias y felicitaciones.

## Prólogo

Marcelo A. Peluzzi\*  
María Amelia Expucchi\*\*

La confección de una obra colectiva es siempre fructífera, nos aporta distintas miradas, nos amplía y enriquece la propia. Por eso, cuando en el seno de la Comisión de Ejecución Penal surgió la idea de confeccionar un libro sobre esta temática específica, supimos que la mejor manera para que un proyecto se vea concretado era trabajar en conjunto.

Así desde la Comisión de Revista y Biblioteca tomamos el desafío de coordinar esta obra generándose, entre ambas comisiones, un equipo de trabajo apasionado por esta novedosa tarea en el ámbito de esta Asociación, con ganas de contribuir al mundo académico, pero hacerlo de una forma que incorpore los nuevos paradigmas de DDHH y de una manera interdisciplinaria.

Así surge *Miradas Interdisciplinarias sobre la Ejecución Penal*, convirtiéndose en el primer libro de la AMFJN, proyecto que también ha sido posible gracias a IJ Editores.

Un producto que intenta, en su contenido, respetar el abordaje interdisciplinario de las cuestiones de derecho de fondo y forma vinculadas a la ejecución penal, con participación de todos los estamentos del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos para generar así una obra que cumpla con uno de los objetivos primordiales de las comisiones involucradas que es la de generar un espacio de producción y difusión de conocimiento que sirva como

material de consulta pero, a su vez, como puntapié para nuevos debates y discusiones que coadyuven al mejoramiento del servicio de justicia.

A lo largo de la obra se pueden observar distintas miradas sobre la temática: se encontrarán artículos referentes a las nuevas tecnologías y la salud como lo es la telemedicina, el abordaje desde una perspectiva de género, desde la sociología y la criminología, praxis judicial en los trámites liberatorios, derecho de fondo como lo es la unificación de penas, propuestas de transformación de la política penitenciaria, la afectación de principios constitucionales, las sanciones disciplinarias, los cupos carcelarios, las reglas de conducta, la situación actual a raíz de la pandemia por COVID-19, las funciones del juez de ejecución penal en el nuevo CPPF, la suspensión del juicio a prueba, la situación de los y las niños, niñas y adolescentes, los traslados de detenidos, la ejecución penal y los medios de comunicación, y la experiencia del PRISMA.

También el libro cuenta con un apéndice de jurisprudencia donde se incluyeron fallos de interés sobre cuestiones novedosas en la materia. Allí, el lector o la lectora podrán acceder a un breve comentario de presentación y al link correspondiente para encontrar el material comentado.

Por último, se ha confeccionado un recurso con datos útiles y de interés para quienes desarrollan sus tareas cotidianas en este ámbito.

Creemos que se ha logrado ofrecer una obra de excelencia, gracias al aporte de los 39 autores y autoras que se han tomado esta tarea con la seriedad y el profesionalismo que los caracteriza, a quienes les reconocemos la dedicación brindada.

Un agradecimiento especial a las Autoridades de la AMFJN que nos han facilitado todos los medios para llevar adelante esta obra con total libertad. Gracias a todos y todas los que han participado en los entretelones de esta obra, desde la Dirección, la Coordinación y el Comité

Editorial, hasta IJ Editores que nos acompaña en cada una de nuestras propuestas.

Esperamos continuar por esta senda, trabajando mancomunadamente en pos de aportar nuestro granito de arena para el debate que confluya en nuevas ideas que sirvan para mejorar el servicio de justicia y, sobre todo, que sea un material útil para nuestras/os asociadas y asociados que son el motor principal que nos lleva a pensar y repensar la mejor forma, en estos días, de proporcionarles una herramienta más desde nuestra Institución.

# Hacia un realismo crítico en la cárcel postfordista

Mariela A. Barresi\*

Vilma Bisceglia\*\*

## I. Introducción

En su artículo póstumo Roger Matthews<sup>[1]</sup> advierte sobre la depilarización<sup>[2]</sup> de aquel sistema de justicia penal moderno basado, conforme refiere Foucault, en tres ejes: la policía, la cárcel y clases criminales. En similar línea, diversos autores<sup>[3]</sup> coinciden en señalar que los cambios en los patrones económicos, sociales y culturales<sup>[4]</sup> de las últimas décadas han definido un diverso escenario penal y criminológico atravesado por nuevas relaciones entre las víctimas y los delincuentes; la justicia penal y la justicia social; e innovadores modos de regulación desafían las conceptualizaciones tradicionales del delito y el castigo<sup>[5]</sup>.

En este marco, tanto el castigo como la prisión han sido objeto de diversas consideraciones académicas vinculadas con el denominado “el giro punitivo” percibido en Europa y Estados Unidos desde finales de los años 70’s y su consecuencia: el “encarcelamiento masivo”<sup>[6]</sup>. Como señala Brown<sup>[7]</sup> tal desplazamiento fue explicado desde diversas perspectivas: como producto del desarrollo de nuevas políticas de ley y orden; como resultado de la creciente



incapacidad del Estado soberano para proteger a los ciudadanos del aumento del delito<sup>[8]</sup> <sup>[9]</sup>; como resultado de las denominada criminología del *self* y la del *other*<sup>[10]</sup>, o de la apreciación de los límites sobre el rol soberano del estado<sup>[11]</sup>; por la aparición de castigos “volátiles y contradictorios” derivados de los conflictos entre neoliberalismo y neoconservadurismo<sup>[12]</sup>; como consecuencia de la emergencia de una cultura política de exclusión<sup>[13]</sup>; como consecuencia de la gran criminalización racial de minorías y migrantes<sup>[14]</sup>; y/o debido a la aparición de un cambio en las sensibilidades culturales hacia el castigo<sup>[15]</sup>; entre otras. Muchas de estas explicaciones parecen vincular el futuro (presente) de la prisión con un espacio de reserva y segregación atravesado por mecanismos de exclusión y control<sup>[16]</sup> dirigidos al mero almacenamiento de reclusos<sup>[17]</sup>. Tales discursos identificados por O’Malley como “criminologías de catástrofe”<sup>[18]</sup> aun cuando cuenten con bases reales incurren generalizaciones que anuncian un futuro distópico<sup>[19]</sup> al tiempo que subestiman el rol de las relaciones políticas, el impacto de las resistencias al cambio, la inestabilidad de los programas, la tendencias a la hibridación, y la emergencia de otras tendencias que compiten<sup>[20]</sup>.

En esta lógica, tal como lo propone Sozzo a la hora de articular el proyecto normalizador ocn la prisión depósito<sup>[21]</sup>, este texto se dirige a repensar el rol y función asignada a la cárcel, ícono de la racionalidad moderna, en el contexto actual con el objetivo de reconocer su contornos, tensiones y espacios de resistencia. A tal fin el artículo se

propone repasar el surgimiento del encarcelamiento en el mundo moderno con especial énfasis en Argentina, identificar sus momentos y sostener que el presente muestra una “vuelta” a aquella etapa fundacional en la que el encierro operaba como primer recurso pero en un contexto de flexibilización<sup>[22]</sup> sin objetivos explícitos claros (Garland, entre otros). En este marco el texto convoca a juristas y penitenciarios redefinir las prácticas y alternativas con un anclaje fundado en la Constitución y dirigidas a lograr una menor desocialización de los seleccionados.

## **II. “Surgimiento” de la prisión: la cárcel como primer recurso**

El “Gran Encierro” del siglo XVII<sup>[23]</sup>

“marcó un punto de inflexión en la historia del castigo a lo largo del norte de Europa. Durante ese periodo miles de pobres, indigentes, vagabundos, dementes y homosexuales se vieron segregados y confinados en instituciones especiales diseñadas para quitarlos, ya sea temporal o permanentemente, del espacio social”<sup>[24]</sup>.

Efectivamente, el castigo mutó del “espectáculo del sufrimiento”<sup>[25]</sup> -ejecuciones, azotes- hacia el encierro en casas de corrección, hospicios, asilos y cárceles. Ello, como derivación de la mutación en las relaciones sociales y económicas y surgimiento de nuevas formas de producción y gobierno<sup>[26][27]</sup> ocurridas en Europa durante los siglos XVII y XVIII que marcaban el derrumbe del viejo orden feudal basado en leyes percibidas como injustas y sin efectiva

capacidad para proteger las nuevas formas de propiedad<sup>[28]</sup>. En esta lógica como indica Matthews las raíces del “sistema carcelario” subyacen en el mercantilismo al tiempo que su fomento y elaboración fue tarea del iluminismo. Es en este periodo que aparece el Estado Nación erigido como portador del monopolio del uso de la fuerza coercitiva y de nuevos códigos dirigidos a clasificar ilegalidades y establecer nuevos principios para la administración del castigo orientados a reformar al individuo transgresor<sup>[29]</sup>. El delito era concebido como actividad racional dirigida contra la sociedad, la pena requería una “medida justa” basada en la igualdad y proporcionalidad así como en un factor igualador, el “tiempo”, como principio de equivalencia<sup>[30]</sup>. La lógica disciplinar se erigía como fórmula para cumplir la doble promesa de la prisión moderna: transformar una masa de personas “indolentes al trabajo”<sup>[31]</sup> en trabajadores “útiles y obedientes”<sup>[32]</sup> y mejorar la sociedad. De este modo la prisión del siglo XVIII<sup>[33]</sup> aparece como una institución de disciplina, aislamiento, soledad, un espacio ordenado con base a nuevos diseños<sup>[34]</sup>, con nuevos códigos y formas más burocráticas de organización. Estas condiciones instituyeron a la cárcel como primer y preferido recurso de control.

Sin embargo, como es bien sabido, sus objetivos explícitos nunca fueron cumplidos<sup>[35]</sup>. Se constataron “crecientes niveles de reincidencia, violentos disturbios, las huelgas en talleres, desacuerdos sobre los salarios y recompensas por el trabajo, al igual que ascendientes costes de administrar las instituciones penales, progresivos problemas de sobrepoblación, difusión de enfermedades, preocupantes y frecuentes informes de suicidios y locura entre los presos entre otras circunstancias que alejaban la práctica de aquel ideal. A la probada poca utilidad de su idealizada función manifiesta se sumaba, para su ocaso, que los objetivos de

aislamiento interno y externo resultaban irrealizables y y eran percibidos como crueles y perjudiciales para el desarrollo psicosocial<sup>[36]</sup>.

### **III. La cárcel como último recurso**

A pesar de estas críticas la cárcel subsistió<sup>[37]</sup> pero con nuevas ropas. El welfarismo penal y control del delito correccionalista cuyo su vigoroso desarrollo se extiende hasta 1970<sup>[38]</sup> mostró una disminución importante en el encarcelamiento. Matthews indica que la aparición de la noción del delincuente como patológico se estableció en oposición la concepción de ciudadano racional que elige. Así, el “el libre albedrío” dio paso a la predominancia del “determinismo” y el “utilitarismo” a la “teoría reformadora”. Los reformistas rechazaban la teoría retributivista y proponían al castigo como un acto calculado regido por la consideración del bien social. La criminología correccionalista veía al delito como un problema social manifestado de modo individual. Sus herramientas centrales se basaban en la clasificación entre lo normal<sup>[39]</sup> y lo patológico, el tratamiento penal focalizado y la policía social para atacar las causas profundas<sup>[40]</sup>.

En este marco la disminución de la población carcelaria se vinculó a la naturaleza cambiante de las relaciones de producción, que incluían nuevas formas de manufactura en serie: fordismo y el taylorismo. El paso de este periodo hacia el “capitalismo benefactor o asistencial” produjo otros mecanismos regulativos con la consecuencia de que la prisión pasó a ser un castigo de primer recurso a una sanción de apoyo que servía como castigo de última instancia<sup>[41]</sup>. La forma de control segregativo fueron suplantadas por otras nuevas que giraban en torno a la

inclusión e integración social que apuntaban a atacar problemas sociales y de la población, dentro de la familia, y la comunidad con el objetivo de identificar insuficientes y necesidades por lo que necesitaban ser flexibles, personalizadas, y continuas <sup>[42]</sup> que autorizaron la inclusión de instituciones como la libertad bajo custodia (v. g. en el Reino Unido en 1907) así como diversas alternativas a la detención. Según Matthews esto se debió a tres factores 1) el desarrollo del asistencialismo como cambio en la regulación del Estado capitalista, 2) sistema de producción en serie basado en principios de línea de montaje -fordismo- que cambió la naturaleza de la disciplina laboral con base en la lógica de la línea de montaje <sup>[43]</sup> 3) el desarrollo de una criminología científica orientaba a la rehabilitación del delincuente <sup>[44][45]</sup>.

De este modo se advierte que la sanción del *welfare* caracterizada por la creencia en la rehabilitación como mecanismo de inclusión, el papel de las élites profesionales en el desarrollo de las políticas de control del delito y de la “gobernanza” judicial <sup>[46]</sup> ubicaba a la cárcel como último recurso y a las sanciones comunitarias como preferidas en un marco de castigo “inclusivo” como respuesta a la crisis carcelaria de fines del siglo XIX en combinación con el pasaje al capitalismo del bienestar (Donzelot [1997](#); Garland [1981](#); Rusche and Kirchheimer [2003](#) en Matthews, 2020).

En la década del 70’ en Europa y Estados Unidos se acentuaron las críticas al sistema de justicia penal en general y al correccionalismo en particular. Entre los primeros se encuentran las posturas abolicionista del sistema y de la cárcel <sup>[47]</sup> y entre las segundas se ubican los diversos informes y análisis presentados entre los que se señalan el uso discriminatorio del poder de castigar, extendía los abusos mientras disimulaba la realidad con retóricas benignas y paternalistas, se criticaba a la penología progresista por su “paternalismo e hipocresía, su fe ingenua

en que el castigo puede dar resultados útiles y su deseo de imponer tratamientos en un marco punitivo con o sin el consentimiento de condenado”<sup>[48]</sup>. Hacia 1974 Martinson publicó una conclusión devastadora al indicar que los esfuerzos en pos de la rehabilitación no habían tenido efecto sobre la reincidencia (pág. 114)<sup>[49]</sup>.

#### **IV. Vuelta a la prisión como primer recurso**

Como se indicó, las nociones de que nada funciona socavaron nuevamente el nuevo “ideal” carcelario sin embargo su colapso parece estar más relacionado con cambios en las pautas regulativas y condiciones de producción que en las críticas al ideal correccionalista que nunca recibieron respuesta contundente. Así aparecen cuestionamientos asociados con la racionalidad moderna y sus consecuencias “ocultas” por lo que se controvierten las nociones vinculadas a la aplicación de principios científicos para lograr transformación individual y social en búsqueda del progreso, la noción de ciencia aparece como elemento de control y opresión, la evidencia de los gulag y el holocausto se posiciona como al “abominable crítica a la modernidad y su capacidad para conseguir libertad y justicia” y se sospechan de las grandes narrativas y de la totalidad<sup>[50]</sup>. Por lo demás, en este periodo se desvanecimiento del fordismo y se exhiben cambios en el sistema de producción tales como la mutación en la calidad en la manufacturas y el aumento de sector de servicios, la reestructuración de la fuerza laboral y el desempleo masivo y la “feminización” de la fuerza laboral<sup>[51]</sup>.

En este marco la población carcelaria en Europa y EE. UU. comenzó a crecer desde mediados de la década del 70<sup>[52]</sup> y la cárcel volvió a ser una estrategia de

encarcelamiento masivo con la consiguiente redefinición de su función entre las que se destacan el “abandono” del ideal de rehabilitación hacia modelos de disuasión e incapacitación (pág. 315) y “almacenamiento de prisioneros”<sup>[53]</sup>, el aumento de la duración y severidad de las penas, la creación de cárceles con nuevos diseños, la participación del sector privado en la gestión de las cárceles, así como estrategias de bifurcación por medio del cual ciertos tipos de delincuentes están recibiendo respuestas más punitivas, mayores periodos de encarcelamiento y otros se consideran más “rehabilitables” y son desviados a sanciones comunitarias.

Según Nancy Fraser

“en la variante actual de la globalización hegemónico-neoliberal, la tendencia es transformar el Estado de Bienestar fordista en un “Estado competitivo” posfordista, en donde los países se lanzan a reducir impuestos y eliminar “papeleos” con la esperanza de conservar y atraer inversiones el debilitamiento del Estado keynesiano significa más desempleo y menor redistribución para los de abajo, de ahí la mayor desigualdad e inestabilidad social. **El vacío resultante es más probable de ser llenado con una represión ilegal que mediante esfuerzos para promover la autonomía individual.** En Estados Unidos, concretamente, algunos observadores ubican la transformación del Estado social dentro de un “complejo carcelario-industrial”, donde el confinamiento de la juventud minoritaria masculina se convierte en la política favorita en materia del desempleo.”<sup>[54]</sup>  
(El resaltado le pertenece al autor).

Siguiendo a Fraser<sup>[55]</sup>, en el nuevo modelo “posfordista” el control social de la nueva gobernabilidad opera separando la paja del trigo. Una sociedad perfectamente dividida no solo en clases sociales sino transversalmente. Las “clases capaces”, pobladas de “hombres y mujeres flexibles”, seres “fragmentados y posmodernos”, dispuestos a “encajar en el horizonte de corto plazo” por un lado y, por el otro, los incapaces y opositores al modelo.

En esta sociedad dual, los segundos no tienen asegurado un lugar en un mercado laboral hipercompetitivo, flexibilizado, transnacionalizado, globalizado y excluyente.

## **V. La Matrix Argentina**

### *a) El surgimiento de la cárcel del welfare*

Argentina tuvo un período de industrialización sostenido, signado por la organización del trabajo fordista desde 1930 hasta mediados de la década del 70'. Según Bernardo Kosacoff<sup>[56]</sup> durante el período de entre guerras comenzó en nuestro país un dispar y gradual proceso que denomina “modelo de industrialización sustitutivo de importaciones (ISI)”. Dicho modelo, dice, evolucionaría durante las cinco décadas pudiendo destacarse tres de ellos:

“El primero destinado a la producción manufacturera. Las industrias productoras de bienes de consumo (alimentos, textiles, confecciones), los electrodomésticos, las maquinarias y metalurgia sencillas y la industria asociada a la construcción fueron las actividades más dinámicas (...) hasta la asunción del primer gobierno de Perón en 1945.”

El segundo se extiende por una década,



“la industrialización se profundiza en forma acelerada (...) El Estado pasa a tener un papel muy activo en la producción de insumos básicos y en la aplicación de una variada gama de instrumentos de política: administración de cuotas de importación, financiamiento -vía el Banco de Crédito Industrial y las líneas de redescuento del Banco Central-, promoción sectorial, mecanismos extra-arancelarios, etc.”

Entre 1958 hasta mediados de los setenta, en un tercer período se desarrollan

“los complejos petroquímico y metalmecánico (dentro de este último la industria automotriz fue el sector más representativo) la industria tuvo su desempeño más destacado convirtiéndose en el motor de crecimiento, generador de empleo y base de la acumulación del capital. Con la masiva participación de filiales de empresas transnacionales se ocuparon progresivamente los casilleros vacíos de la matriz de insumo-producto, en el marco de una economía altamente protegida con el objetivo de lograr un mayor nivel de autoabastecimiento. Estos cambios generaron un acelerado proceso de desarrollo tecnológico basado en la incorporación de tecnologías de los países desarrollados, con significativas adaptaciones al medio local, que determinaron la réplica de las producciones 'fordistas' con un fuerte contenido localista.”

Desde luego que **el modelo social fordista toma forma autóctona** y se despliega a partir del reconocimiento de los sindicatos como interlocutores, de la consagración normativa de sus derechos, tales como la estabilidad laboral o el aguinaldo, y en el acceso a la justicia garantizado con la

creación de los Tribunales del Trabajo. Incluso la resistida reforma a la Constitución de 1949 dejó como secuela el actual art. 14 bis donde se consagran los derechos sociales de los trabajadores. Estas modificaciones, sustanciales para un sector emergente de la sociedad, también llegaron a las cárceles.

“En 1947 Roberto Pettinato asumió como Director General de Institutos Penales con el objetivo de implementar una profunda reforma del sistema penitenciario y cumplir con los preceptos de la ley sancionada en 1933. Fue Pettinato quien, durante su gestión, impulsó las reformas que introdujeron el principio de la resocialización como base del tratamiento de los detenidos”<sup>[57]</sup>.

Lila Caimari<sup>[58]</sup> afirma que la categoría de criminal congénito e irrecuperable de los positivistas era incompatible con la profunda fe transformadora de los penitenciaristas y que la tensión, entre aquellos que veían en el conflicto social una “patología” y los que gestionaban apostando al futuro con “disciplina, instrucción y trabajo”, en los bien provistos talleres de la Penitenciaría Nacional, se dirime en 1947 con el liderazgo de Pettinato, quien “ponía en guardia a sus auditores contra el “academicismo estéril e inoperante”.

“Que la revolución llegue a las cárceles” era el deseo de Pettinato. “Se trataba nada menos que de traer los vertiginosos cambios niveladores que se estaban produciendo en la sociedad al interior de los muros de la prisión”, apostando a una “agresiva” publicidad de la realidad carcelaria que, hasta entonces, venía representada por una imagen compasiva del preso en traje a rayas sobreviviendo al encierro del penal de Ushuaia y por el escepticismo al que habían arribado los

criminólogos, después de muchas vueltas, a causa del inviable sistema de “clasificación de delincuentes” para su alojamiento y tratamiento diferenciado. <sup>[59]</sup>

Justamente, el primer gran cambio consistió en poner en el discurso oficial “los derechos del preso”, reformular la terapia de trabajo, educación y disciplina como un derecho del penado y no de la sociedad. Para ello era necesario promover su bienestar y el de sus guardianes: eliminó los grilletes de traslados, cerró el penal de Ushuaia, eliminó el famoso traje a rayas azul y amarillo, incentivó el deporte construyendo canchas diversas y piletas, lugares de recreación y para recibimiento de las familias, incluso habilitó la “visita íntima” en espacios especialmente contruidos a tales efectos. Los accidentes ocurridos dentro de los talleres fueron reconocidos como laborales e indemnizados. Proyectó el “Régimen atenuado de disciplina” (RAD) para los presos cuyas condenas estuvieran cerca de la libertad dándoles mayor autonomía personal, proyecto que pudo concretar en la Penitenciaría Nacional, redecorando las celdas como habitaciones, comedor común y espacio de recreación con libros, donde se jugaba al ajedrez, se escuchaba la radio y se recibía a las familias. Aumentó el salario y jerarquizó al personal que trabajaba en las cárceles con un escalafón propio y con capacitación, estableciendo las bases de la actual escuela penitenciaria.

Es decir que en Argentina también existió y se logró aplicar durante varias décadas un modelo de inclusión comunitaria, tal como Matthews observa solamente en Europa y Estados Unidos <sup>[60]</sup> (2010), combinado con el de exclusión o relegamiento, dado el desarrollo desigual del capitalismo en la región.

En el ideario de Petinatto, nos recuerda Caimari, resultaba fundamental el acercamiento de las familias a las cárceles para que los presos pudieran confrontar, con sus relatos de la vida cotidiana, las transformaciones políticas

que sucedían tras los muros y de las que tenían noticias a través del periódico “Mañana”, editado por la Dirección General de Institutos Penales. En el discurso con el que hizo efectiva la clausura al penal de Ushuaia (1946), el propio Petinatto, reconociendo a los privados de libertad como sujetos políticos, les dijo: “...el país que os hizo delincuentes o la situación especial de la sociedad que os obligó a violar los códigos humanos, ya no existe.”

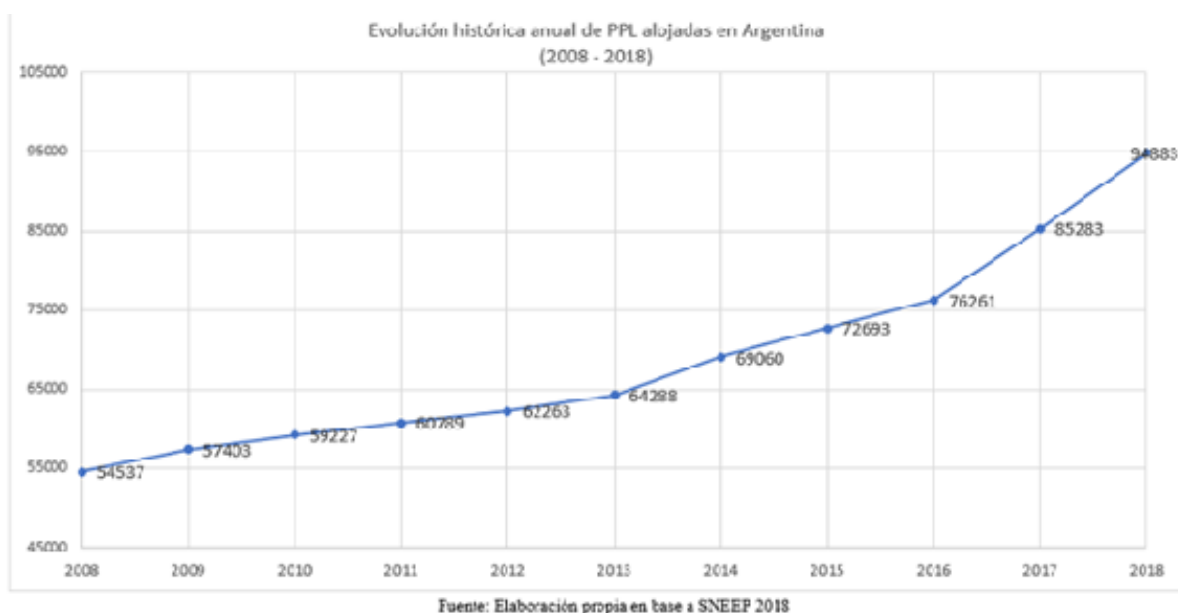
Observa Caimari que, “Respondiendo a preguntas de los criminólogos sobre la situación económica de familiares, eran numerosos los penados que mencionaban la mejora de las condiciones laborales y del bienestar relativo del que ahora gozan hermanos y otros parientes “afuera”...”. Evidentemente, se trataba de estimular al preso, reemplazando la coerción externa por la autorregulación interna, haciéndole saber que sus logros en el tratamiento penitenciario (educación, trabajo, disciplina) serían valorados en libertad, en un mercado laboral que requería cada vez más de mano de obra en forma intensiva, que se organizaba en base al salario y crecía gracias al consumo familiar de los bienes producidos en nuestro país.

Así, por ejemplo, dice Cesano, al asumir su cargo de director, Pettinato expresó

“la necesidad de **extender la acción social a la familia del penado**, puesto que (...) nada hace el Estado con rehabilitar al individuo, si no procura mantener el hogar del mismo en un nivel de vida digna, con el objeto de evitarle un problema al recobrar la libertad, como suele acontecer al comprobar su disgregación material y moral”.<sup>[61]</sup>

*b) El ocaso del modelo de bienestar y la cárcel post-fordista*

Ahora bien, el “fordismo” ya estaba en crisis en los 70’ -la disolución de la Unión Soviética facilitó su declive- y Argentina no fue extraña a sus consecuencias. En los último 20 años Argentina acompañó al escenario Norteamericano y Europeo con un giro punitivo autorizado por reformas legislativas que consolidaron la inclusión de nuevos tipos penales, el endurecimiento de las penas <sup>[62]</sup>, la reducción de alternativas, el auspicio y fomento de sanciones de efectivo cumplimiento <sup>[63]</sup> y el dictado de mayor número de sentencias. Ello, quedó demostrado en las altas tasas de creciente encarcelamiento exhibidas en las últimas décadas que motivaron la declaración de emergencia carcelaria reciente <sup>[64]</sup> tras alcanzar las más de 100.000 personas presas (Procuración Penitenciaria de la Nación 2019) <sup>[65]</sup>.



Este contexto se agudizó por la imposibilidad de recurrir a la conversión de penas de prisión cortas por trabajos para la comunidad a causa de la sorpresiva desaparición del inciso e) del art. 35 de la Ley N° 24.660 por la señalada reforma a la ley de ejecución penal nacional, endurecidos los requisitos para acceder a las libertades anticipadas y las salidas

transitorias en todo el país, entre el 2017 al 2018 se incrementó en 10.000 detenidos la población penitenciaria superando los 100.000. Así en las cárceles se fueron afectando espacios de recreación, de educación y de encuentro con las familias para alojar verdaderas oleadas de presos provenientes de comisarías. En el sistema federal se duplicaron las camas en las celdas individuales y en cada pabellón, lo que terminó generando graves problemas de convivencia.

Superpobladas las cárceles, las comisarías cumplen el rol de retén, a la eterna espera de un traslado que muchas veces no llega y el detenido agota su pena allí, en un alojamiento provisorio, no destinado a tratamiento resocializador alguno. Sin trabajo, sin educación, sin otra disciplina que la atinente a la espera, el Estado “incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad”, así lo ha reconocido la Corte Suprema en “Verbitsky” (2005) y recientemente la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el Acuerdo N° 3971/2020, quince años después y en el marco de la pandemia del coronavirus declarada por la Organización Mundial de la Salud.

En este marco la posibilidad de acceder a las medidas alternativas a la prisión y a los beneficios penitenciarios se ha visto seriamente afectada en nuestro país a partir de diversas reformas legislativas, particularmente con la Ley N° 27.375 que entró en vigencia en agosto del 2017. Esa y otras iniciativas adoptadas por el Congreso Nacional y las Legislaturas provinciales, tales como las denominadas “leyes de flagrancia” (por ejemplo Ley N° 27.272 del 01/12/2016) han permitido que el hecho delictivo, generalmente cometido en la vía pública, sea condenado en horas. Lo que parece un éxito nos ha dejado perplejos después de su aplicación: autores de hurtos y robos menores, en su mayoría tentados, sobrepueblan las cárceles y agotan en ella su pena sin tratamiento penitenciario alguno. Parecería que, desde la nueva gobernabilidad, sobre esos ciudadanos no existe expectativa alguna.

Este contexto parece autorizar a concluir que acertaron los vaticinios teóricos dirigidos a sostener que en el nuevo contexto la cárcel ya no cumpliría la función de promover la autonomía y capacitación profesional, simplemente segregaría al incapaz no competitivo. En esta línea diversos académicos advierten sobre las consecuencias del llamado orientación de la prisión hacia espacios de pura exclusion, depósito o almacenamiento de personas<sup>[66]</sup>.

Nos preguntamos entonces si debemos renunciar al Estado Social de Derecho y contentarnos con las nuevas reglas del mercado global, asumiendo el proceso de desocialización del condenado. Nos preguntamos si debemos “adaptarnos”, “fragmentarnos” y “flexibilizar” los principios de nuestra Constitución Nacional y de las leyes que rigen la ejecución de la pena.

## **VI. La opción por el realismo crítico**

La prisión exhibe problemas endémicos vinculados con el hacinamiento, las malas condiciones, la reincidencia y la violencia sumados a los consistentes informes de investigación que dan cuenta de las “limitaciones y los fracasos de la disuasión, la restricción de la libertad y la rehabilitación<sup>[67]</sup> a la hora de reformar a los delincuentes o desmotivar los delitos<sup>[68]</sup>. En este marco podría afirmarse que la cárcel nació en crisis<sup>[69]</sup> y de algún modo así debe permanecer en tanto no resulta portadora de ningún ideal positivo. Construida sobre el “mito” civilizatorio del castigo moderno<sup>[70]</sup> la cárcel fortalece la noción de “descivilización”<sup>[71]</sup> por lo que, al igual que la pena debería ser asumida por los juristas como un mero hecho de poder<sup>[72]</sup>, una realidad sobre la que corresponde intervenir para

contener. Así cualquier propuesta debería partir de un realismo crítico que amalgame teoría y práctica como modo de participar de manera significativa en los problemas que presenta el castigo penal<sup>[73]</sup> sin incurrir en discursos distópicos<sup>[74]</sup>, portadores de generalizaciones orientadas a un futuro sin alternativas, un presente homogéneo y un pasado idealizado.

Ahora bien, mientras estas tensiones y disputas sobre la justificación o no del encarcelamiento, así como entre opciones de endurecimiento progresivo, intentos de rehabilitación o reasentamiento sucede aparece la urgencia de reducir la escala del encarcelamiento así como de encontrar otras formas menos destructivas de regulación<sup>[75]</sup>. En esa búsqueda<sup>[76]</sup> y como plataforma mínima se debe apelar al efectivo cumplimiento del programa de derechos humanos definido por nuestra Constitución y los Pactos Internacionales suscriptos. Sus estándares irrenunciables autorizan la comunicación plural entre los actores involucrados en desarrollo del castigo: condenado, penitenciarios, jueces y víctimas.

Por otra parte, resulta oportuno recordar la batería de mediadas propuestas por Matthews a la hora de pensar una urgente reforma de la prision para América Latina<sup>[77]</sup> orientada a garantizar los estándares de derechos humanos y que se encuentran a disposición de las agencias penitenciarias, ejecutivas y judiciales: *la instauración de tribunales penitenciarios y procedimientos sumarios; el establecimiento de plazos razonables en la duración del proceso penal y la prisión preventiva; el establecimiento de los denominados tribunales de tratamiento de presos drogodependientes; la instauración o incremento de los procedimientos abreviados y, en general, de la denominada justicia restaurativa; el arresto domiciliario y la custodia comunitaria; la amnistía; la adopción de medidas*



*alternativas a la prisión y beneficios penitenciarios; la reubicación de los internos en otros establecimientos.*

En similar línea realista diversos académicos destacan el valor de las investigaciones de campo que informan sobre el carácter híbrido de la labor al interior de la cárcel, la permanencia de programas que mantienen, aunque de modo limitado, el vínculo entre lo social y lo penal, la existencia de estrategias de compromiso que piensan las propuestas penales como luchas entre actores entre los que aparecen resistencias y tácticas; diversas maniobras que articulan respuestas moviéndose entre alternativas discursivas y prácticas en pugna<sup>[78]</sup>. Finalmente, se destaca la consideración de la utilización de la informalidad y flexibilidad aportada por el ingreso de las víctimas al sistema de ejecución para fomentar tránsitos restaurativos y reconocer y estimular el valor de prácticas terapéuticas al interior de la prisión.

## **VII. Conclusión: ¡Que la Constitución llegue a las cárceles!**

En este breve texto nos concentramos en pensar los momentos de la cárcel a la luz de los cambios políticos y económicos, sus mutaciones y debates. En este desarrollo la prisión aparece como organizada a partir de diversos principios y objetivos que la ubican como primer o último recurso del poder penal en diversos momentos de la modernidad. El momento actual se aprecia como particularmente punitivo y la prisión está en riesgo de consolidarse como pura exclusión. En esta lógica el texto propone alinearse en un realismo crítico para contener esos avances desocializantes mediante la utilización de herramientas teóricas y prácticas que resalten las tensiones e hibridaciones al interior de la cárcel, asuman como principal herramienta de contención el plan de derechos

humanos fijado por la Constitución Nacional y los Pactos suscriptos y articulen las innovaciones legislativas con propuestas restaurativas al interior de la prisión y en su conexión con el resto de la sociedad.

# Mujeres en Prisión Domiciliaria: Propuestas Para un Abordaje con Perspectiva de Género

María V. Barreyro\*

## I. Introducción

Hace tiempo, a raíz del encuentro entre mi labor en el Poder Judicial y mis indagaciones académicas, en un cruce de caminos poco frecuente en mi propia experiencia, decidí *plantarle cara* a este tema que, afortunadamente, me incomoda, me interpela.

Cuando, en el marco de la investigación para mi tesis de maestría [79], me propuse abordar las trayectorias vitales de mujeres en arresto domiciliario -antes, durante y la proyección más allá del periodo en que se cumple- centrándome en indicadores de acceso a derechos económicos sociales y culturales, me sorprendió que si bien encontré algunos artículos muy interesantes, era relativamente poco el material producido al respecto, y se centraba más que nada en análisis sobre el marco regulatorio y recepción jurisprudencial del instituto, con referencias a la situación previa y las dificultades que habían afrontado estas mujeres, pero no mucho más [80].

Algo parecido me ocurrió al buscar información estadística histórica respecto al mismo grupo, encontré datos sobre mujeres detenidas en unidades penitenciarias, y me aboqué a producir información actual respecto las

mujeres en arresto domiciliario en la Ciudad de Buenos Aires y el *gran Buenos Aires*, pero no había registro estadístico sistematizado de las mujeres que han cumplido prisión domiciliaria en las últimas décadas.

Es por todo lo anterior que decidí -además de darle a mi tesis el título de *las presas invisibles*- tomar cada oportunidad que se presentara en el ámbito académico y/o de divulgación para compartir mis propias indagaciones e invitar a pensar y repensar la situación de estas mujeres y sus hijos/as.

La otra avenida de esta convergencia, a la que hice referencia antes, es la del desarrollo de mi función a cargo de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal. Este órgano auxiliar de la Justicia Nacional y Federal fue creado como tal mediante la sanción de la Ley N° 27.080, con anclaje institucional en el propio Poder Judicial de la Nación.

La DCAEP tiene un doble rol <sup>[81]</sup>: de control traducido en la verificación del cumplimiento de las medidas impuestas judicialmente, de las reglas incluidas en el auto de soltura de ser el caso -informando de todo ello a los tribunales o juzgados intervinientes-; y de asistencia, pensado como acompañamiento para rearmar un proyecto de vida que ya no implique conflicto con la ley penal, para lo cual necesariamente se piensa al sujeto bajo supervisión no solo como individuo, sino en relación a su familia y a su comunidad. Con dicho encuadre, tiene -entre otros- el rol de supervisar a las personas que cumplen prisión domiciliaria <sup>[82]</sup>.

En esta tarea, puntualmente en el caso las mujeres, me he encontrado -ya sea en forma directa en la asistencia y diseño de intervenciones, o a través de la supervisión con los/as profesionales que integran los equipos de la DCAEP, de la lectura de sus informes, etc.- con lo que sucede puertas dentro del encierro doméstico y con el desafío de acompañarlas a la construcción de un proyecto de vida

superador, que rompa el círculo de exclusión, vulnerabilidad social y conflicto con la ley penal.

De esta experiencia, ha surgido en primer lugar, la decisión de establecer en la DCAEP una línea de abordaje prioritario y con perspectiva de género, englobada dentro de los casos *de especial seguimiento*.

En segundo lugar, en la ambición de dar un paso más allá de la resolución artesanal del caso a caso, me he propuesto -junto con las personas con que comparto la tarea diaria, tanto de la propia DCAEP como de otras instancias estatales y comunitarias- contribuir a una agenda interinstitucional y transversal para desarrollar e implementar políticas públicas integrales e inclusivas. En esa construcción nos encuentra este momento y aún queda todo por hacer.

Así las cosas, el presente tiene la pretensión de ser un disparador, de compartir puntos relevantes identificados hasta aquí -a partir, fundamentalmente, de la experiencia de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal- para hacer una contribución, hacia un abordaje con perspectiva de género de las problemáticas que atraviesan a las *presas invisibles*.

## **II. ¿Cuáles son los objetivos -y las estrategias- en la supervisión de una mujer que cumple arresto domiciliario?**

La detención domiciliaria puede considerarse una medida de morigeración de la prisión, morigeración que se logra cambiando el arresto en unidad penitenciaria por el encierro en el domicilio. Puede ser otorgada tanto en el marco de una prisión preventiva -respecto de quienes se ha dispuesto que deben esperar su juicio privadas de la libertad- como a aquellas personas sobre quienes ha recaído una condena de prisión de cumplimiento efectivo.

Según la legislación vigente, esta morigeración puede fundarse en: motivos de salud, edad avanzada o -los casos más frecuentes entre las mujeres- por embarazo o por estar a cargo de hijos/as de hasta 5 años o con alguna discapacidad <sup>[83]</sup>. Con el tiempo se amplió -por vía de interpretación jurisprudencial- la posibilidad de otorgamiento, con un criterio un poco más amplio y armonizado con el bloque de constitucionalidad, a otros casos, tales como mujeres con hijos/as hasta 18 años o integrantes del colectivo *LGTBIQ*.

Pues bien, una vez que la autoridad jurisdiccional ha determinado que -en los casos que nos ocupan en el presente trabajo- una mujer debe cumplir prisión en su domicilio y ha establecido las reglas que debe cumplir mientras dure esta situación, da intervención a la DCAEP <sup>[84]</sup> para supervise e informe a su respecto.

La mentada intervención está enmarcada en la manda legal de *controlar* el cumplimiento por parte de *toda persona que se encuentre cumpliendo detención o pena con la modalidad de alojamiento domiciliario* y de proporcionar *asistencia social eficaz... generando acciones que faciliten su reinserción social, familiar y laboral* <sup>[85]</sup>.

Como adelantábamos en las palabras introductorias, el conjunto de casos agrupables en la categoría “mujeres con hijos/as en prisión domiciliaria”, se encuentra definida como una línea prioritaria de trabajo institucional.

¿Y qué significa, en lo concreto, que sea una línea prioritaria?

Que se prestará especial atención <sup>[86]</sup> no solo al control del cumplimiento de la detención domiciliaria -lo cual se hace con todas las personas bajo este instituto, atento a su encuadre legal- sino a la vinculación con recursos de asistencia y a trabajar por el empoderamiento de estas mujeres, a fin de que puedan continuar sus vidas incluidas socialmente y sin volver a estar en conflicto con la ley

penal, se busca que cuando la intervención institucional termine quede un horizonte ampliado y una red que acompañe, ajena ya al sistema penal.

En la primera entrevista de supervisión, el/la profesional interviniente presenta y deja en claro su función, importante lograr un vínculo basado en la sinceridad y el respeto.

Se debe explicar claramente que la DCAEP es el organismo del Poder Judicial que estos tiene dos roles de los que hablábamos antes: esto implica que se aportará información a la autoridad judicial interviniente sobre el cumplimiento de su prisión domiciliaria y además sobre su situación en general, necesaria esta para toma de resoluciones a su respecto. Y también que se propone el acompañamiento para lograr su inclusión. Con relación a este último punto, se realiza un diagnóstico psico social para el cual se consultan cuestiones referentes al acceso a educación, salud, alimentos, vivienda, etc. y -de un modo honesto, claro y realista- se explica qué acciones se pueden acompañar para propiciar el acceso, cuando no está, a dichos derechos.

Siempre se busca que sean protagonistas de su propio proceso y se trabaja para que el acompañamiento institucional llegue a ser absolutamente prescindible, en la medida que está en condiciones de abordar sus áreas vitales de forma autónoma.

Entre otras acciones, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, la razón de ser de la aplicación del instituto es el interés superior de los/as niños/as, se observa la situación de niñas, niños y adolescentes del grupo conviviente y, ante la detección de situaciones de riesgo, se busca en primer lugar orientar y acompañar y, si resulta necesario, realizar derivaciones protegidas a órganos especializados.

En cuanto a los informes a los tribunales, en general se procura que estos informes no solo den cuenta de en qué medida cumplió con las obligaciones impuestas -lo cual

obviamente debe estar incluido- sino, además contar el proceso personal que tuvo lugar, las dificultades concretas que afrontó esa persona, presentar a la persona -más allá de la carátula- en su complejidad.

A lo largo de todo del seguimiento del caso, se retoman los lineamientos propuestos en conjunto (realización de tratamientos, realización de trámites tendientes a inscribir a NNA en la escuela, etc.) y el estado del motivo por el cual le otorgaron el instituto de la prisión domiciliaria. Se presta especial atención, en todo este proceso, a detectar -y trabaja para remover- obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones impuestas y para lograr los objetivos de promoción social.

En este sentido, a raíz de la experiencia recopilada haciendo esta tarea con cientos de mujeres durante ya varios años, podemos agrupar los obstáculos más frecuentemente detectados en tres grandes categorías: **a) situación de vulnerabilidad socio económica** generada por situaciones previas y concomitantes al conflicto con la ley penal; **b) dificultades propias de la situación de encierro** y de la imposición de una condena que genera un “antecedente penal” con la adicional estigmatización social y; **c) los juicios adicionales al juicio penal**, que se ciernen sobre las mujeres en conflicto con la ley penal -aun más cuando- están en prisión domiciliaria al cuidado de sus hijos: el de *la buena o mala madre, buena o mala mujer*.

### **III. Situación de vulnerabilidad social**

Como puede visualizarse a partir de la lectura de la descripción realizada al hablar de los objetivos -y estrategias que para intentar lograrlos se utilizan- en la intervención del órgano de supervisión psico social del arresto domiciliario, se trata de una intervención que parte de conocer en profundidad la realidad de la persona en



supervisión, su historia social, su hogar, sus problemas, recursos, riesgos históricos y actuales.

En el marco de dicha indagación, de la reconstrucción del rompecabezas de historias, palabras, silencios y observaciones, a lo largo de años y de nombres propios que sucedieron en esos años, encontramos que en el subconjunto “mujeres en arresto domiciliario con sus hijos” se verifica aun con mayor extensión y profundidad la característica que puede predicarse de la mayoría del conjunto -que las incluye- de personas en conflicto con la ley penal: se trata de personas que, antes de su encuentro con el sistema penal, no habían tenido un satisfactorio acceso a Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En términos simples nos encontramos, en una abrumadora mayoría de casos, con mujeres que no han tenido acceso a cuestiones tan elementales como vivienda digna, educación básica, alimentación adecuada, salud, ni han crecido en un ámbito continente y libre de violencias.

En general se trata de personas que incluyen en sus trayectorias vitales: exclusiones múltiples, violencias sufridas, abusos, dificultades para obtener medios de subsistencia desde temprana edad, maternidad a edad temprana y no planificada, experiencia de vida “en la calle”, referentes adultos -mientras crecían- y/o parejas en conflicto con la ley penal.

En el momento de iniciar la supervisión, son -en muchos casos- el único sostén material y afectivo de los/as NNA y/o personas con alguna discapacidad que integran el núcleo conviviente.

Hace poco, mientras repasábamos las estrategias desplegadas en la intervención en un caso en particular, una de las profesionales del equipo realizó una definición que encuentro interesante traer aquí porque podría perfectamente a tantos otros casos:

“...era una persona de 32 años pero estaba destruida físicamente (...) estaba parcialmente

lucida, no lucida del todo (...) y me cuenta la historia de una repetición, como digo en las notas que tome: la historia de repetición de relevos fallidos (...) ella detenida y los hijos a cargo de su madre y cuando ella era chiquita su madre detenida y ella a cargo de su abuela. Enseguida noté que estaba apenas escolarizada, porque había cursado hasta tercer grado en forma irregular, había estado mucho tiempo en la calle, había empezado a consumir a los 11, no tenía prácticamente recursos simbólicos ni siquiera para explicar lo que le pasaba. Y además oponiéndose a todo por las dudas, decía que no quería el arresto domiciliario (...) y en ese momento se me presentó claro que ella no tenía con qué hacerse cargo (...) no tenía de donde agarrar una imagen de lo que significaba esa función de cuidado de alguien, nunca habían cuidado de ella tampoco...”.

De esta descripción que, insisto, con matices podría ajustarse por partes o casi en todo a muchas otras, me interesa destacar la idea de *relevos fallidos*.

Si bien en este caso hablaba del relevo intergeneracional en el seno familiar, encontramos perfectamente factible hablar de relevos fallidos sociales: estas familias, estas personas, estas historias, no son *algo* por fuera del cuerpo social; son en parte sustancial, fruto de decisiones, acciones y omisiones que -más o menos directamente- nos conciernen.

En una cruel paradoja, en muchos casos pareciera que la primera cara del estado que volvió a ver la situación de estas mujeres es la del sistema penal.

De hecho, en el caso al que refiere la cita anterior -contra los pronósticos que parecían factibles con aquella foto inicial- con el apoyo del trabajo sostenido de una red -a instancias de las reglas impuestas judicialmente, en el

marco de la causa penal- integrada inicialmente por la propia DCAEP, recursos comunitarios y del sistema público de salud, aquella mujer no solo quiso, sino que logró maternar y construir vínculos más sanos, alejarse de otros que no eran saludables y encarar un proyecto de vida distinto al que venía pasándose de generación en generación en su familia y que la había llevado primero a la calle y luego a la prisión.

Hace un par de años, una trabajadora social en una Unidad Penitenciaria -cansada y frustrada- a la que se le insistía respecto a la documentación de una persona detenida próxima a salir respondió algo así como: “al final resulta que lo que antes no hicieron los padres, la escuela ni nadie tenemos que resolverlo todo nosotros acá adentro”. Y más allá de que la respuesta en aquel momento fue que sí -y que ella, como había hecho otras veces, se ocupó del tema- su planteo tenía un punto: ¿por qué una persona llega, como en ese caso, a la edad adulta sin documentos, sin haber estado escolarizada ni vacunada, por ejemplo? Y ¿por qué el sistema alcanza una y otra vez a personas excluidas?

Sobre la selectividad del sistema penal, que excede el propósito del presente, se ha escrito ya <sup>[87]</sup>. Pero aquí vamos a recuperar, para pensar puntualmente en el grupo que nos ocupa, el dato de que estamos frente a personas respecto de quienes podemos predicar una *interseccionalidad de vulnerabilidades*: son pobres, mujeres, muchas de ellas migrantes, y, ahora también, presas.

Lo que venimos diciendo puede sintetizarse en los términos de feminización y criminalización de la pobreza: *son acusadas y condenadas por delitos de supervivencia, esto es, vinculado a la venta o traslado de estupefacientes en el último escalón de la cadena de comercialización o delitos contra la propiedad de poca monta* <sup>[88]</sup>.

Y, claro está, el encuentro con la ley penal, la privación de libertad y la mácula que implica la anotación de antecedentes penales no contribuyen a mejorar la situación previa: más bien suman complejidad. Por esto y porque, como dijimos, se verifica una alta incidencia de delitos de supervivencia en el origen de las respectivas causas penales <sup>[89]</sup>, abordar la promoción y protección de derechos es central para pensar el acompañamiento de cada una de ellas, para lograr los objetivos propuestos.

#### **IV. ¿Qué pasa dentro del encierro?**

Como corolario de la situación que hemos descrito en el punto anterior, casi la totalidad de los casos nos enfrentan a la pregunta más elemental de todas ¿de qué va a vivir?, ¿cómo va a subsistir ella misma y sus hijos/as?

Para intentar de dar respuesta a este inmenso y central problema, en lo inmediato se busca vincularla con los -magros- recursos existentes tanto en la órbita estatal como en de la sociedad civil para que cuenten con lo elemental, para empezar, para poder alimentarse y alimentar a sus hijos/as -bolsones de comida, subsidios, comedores comunitarios-.

Y ya en el desarrollo del camino compartido, se busca identificar y desplegar los recursos en cada una de ellas - dialogando y alentando la reflexión, propiciando el acceso a capacitaciones, espacios terapéuticos, vinculación con centros comunitarios, u otros- para poder lograr un proyecto de vida sustentable y que no la ponga en situaciones de riesgo.

Pero, claro está, si bien estos esfuerzos nunca son en vano ni dejan de impactar en alguna medida en las vidas de estas familias, lejos estamos de considerar que a partir del periodo de supervisión se ha conjurado una vida de exclusiones ni se cuenta con una red de recursos que

garantice el acceso satisfactorio y oportuno a derechos fundamentales. Queda muchísimo trabajo por hacer y nos debemos aun profundas discusiones al respecto, para empezar, hay que insistir en que la pobreza, también, está atravesada por el género.

Y en muchos casos además sufren violencias, de las cuales les resulta muy difícil salir o siquiera tomar la iniciativa de pedir ayuda. Incluso en muchos casos quien la inflige es quien oficia de garante y -en la mayoría de los casos- quien provee los medios materiales para la subsistencia, y/ o el domicilio.

Una vez más encontramos aquí la paradoja: mujeres en arresto domiciliario que sufren violencias, incluso en el caso de contar con amigas/os o familiares y conociendo que cuentan con la posibilidad de denunciar hechos de que están siendo víctimas, recurren en primer lugar a la persona que supervisa el arresto domiciliario. Es a la/el trabajador/a social o Psicólogo/a del órgano de supervisión, o al teléfono del sistema de monitoreo electrónico -si fuera el caso- a dónde llegan los llamados o mensajes en los que piden orientación ante situaciones agudas y de peligro. En otros casos, aparece la referencia a las situaciones violentas en el marco de las entrevistas de supervisión.

En todos estos casos, se orienta y/o realizan derivaciones protegidas a órganos especializados en el acompañamiento a mujeres víctimas de violencia.

Pero hay otro grupo de casos, aquellos en los cuales el/la profesional detectan indicadores de violencias y situaciones de riesgo, pero, cuando se intenta abordar el problema, la supervisada/víctima de violencias, se cierra de plano a hablar sobre esto y desestima cualquier posibilidad de recibir ayuda para salir de este vínculo. Con el tiempo, en algún punto, suele hacerse explícita la razón de esa reticencia: quien ejerce violencias es justamente su referente en el arresto y/o quien provee la vivienda e incluso los recursos esenciales para la subsistencia propia y de sus hijos/as.

Estos casos plantean la necesidad de intervenir de modo certero y urgente, con articulaciones con órganos específicos y si bien hasta aquí se han venido abordado construyendo respuestas caso a caso, el desafío es lograr trascender y escalar las respuestas a política pública.

En este sentido hay abierta una línea de trabajo interinstitucional entre DCAEP, áreas específicas del Ministerio de Justicia -Direcciones de Readaptación Social y de Asistencia a Personas Bajo Vigilancia Electrónica- y el Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, para la implementación de una guía de intervención y para optimizar el acceso oportuno a recursos en la emergencia, como hogares y refugios.

Todavía es prematuro saber qué resultará de estas acciones y su alcance e incidencia, y claro está, no es la primera acción que se despliega en torno a la prevención y atención de casos de violencia de género, pero sí una de las primeras -si no la primera- propuesta articulada que pone la mirada sobre este grupo de víctimas que, además, están atravesadas por el propio conflicto con la ley penal.

Hace tiempo, al abordar la problemática de las mujeres víctimas de diversas violencias <sup>[90]</sup>, destacábamos que existe aún en el imaginario de los/as operadores de diversas agencias estatales y en la sociedad en general un canon de la *buena víctima*, que sería una especie de *damisela en apuros*, frágil y bondadosa, que espera pasivamente a ser rescatada.

No es extraño entonces, que a un sistema y una sociedad que está esperando identificar una víctima de tales características, le sea esquivo pensar, contemplar y asistir a víctimas de violencias que son, ellas mismas, imputadas para el sistema penal.

Las víctimas presas sin dudas fuerzan los contornos de los cánones de buenas víctimas.

## V. El peso de los juicios con sesgo de género: esa buena o mala madre, esa buena o mala mujer

Desde tiempos remotos, las mujeres no son juzgadas, ni condenadas ni supervisadas únicamente *en virtud de* o *en la medida* de los delitos que se le imputan. Son juzgadas antes que nada y de modo más o menos explícito según estándares morales patriarcales, como mujeres y madres <sup>[91]</sup>.

El /la Juez/a o Tribunal toma jurisdicción sobre su vida sexo afectiva y el ejercicio de sus maternidades, como anexos o accesorias implícitas a la pena de prisión, que no responden a lo que el plexo normativo estipula <sup>[92]</sup>.

En lo que al arresto domiciliario de mujeres madres respecta, podemos advertir en nuestras prácticas este sesgo, en distintos momentos.

En primer lugar, al momento de evaluarse si corresponde o no a determinada mujer acceder a la detención en su domicilio para poder hacerse cargo del cuidado y sostén material y afectivo de sus hijos/as.

De hecho, se ha resuelto reiteradas veces que no correspondía hacer lugar cuando resultaba que, a evaluación de un tribunal -que, por lo demás, carece de la especialidad en niñez- se consideraba que el/la niño/a no estaba en una "situación de riesgo" o de "inseguridad material o moral".

Fue recién hace relativamente pocos años que, receptando el dictamen de la Señora Procuradora General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió *revirtiendo la carga de la prueba* en el sentido de que, en todo caso, habría que partir del presupuesto de que lo más favorable para el interés superior del niño/a será conceder el arresto domiciliario a su madre y que para denegarlo, por excepción, habría que demostrar que en el caso particular existen *circunstancias excepcionales que*

*demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella* <sup>[93]</sup>.

Ahora bien, ¿por qué particularmente en estos casos partíamos de la suposición de que lo mejor para ese/a niño/a **no** era la primera opción el cuidado por parte de su propia madre? ¿Y por qué parecía admisible supeditar el arresto a que se acredite, prácticamente, que no había otra opción para resguardar a ese/a niño/a?

No pretendemos aquí tener la respuesta final y última a estos interrogantes, pero es central que hagamos el ejercicio de habilitar esta reflexión. Particularmente, con incomodidad, podemos sugerir que esa *carga de la prueba* fue precedida -en el tiempo y el razonamiento- por la premisa mayor que podría enunciarse en términos de *toda mujer que ha cometido un delito es una mala madre*. Premisa, claro está, discriminatoria y por tanto absolutamente reñida con los estándares del plexo normativo nacional e internacional en materia de Derechos Humanos.

Ya en el curso del arresto domiciliario, se observa muchas veces en las pautas fijadas y en la tramitación de permisos de salidas, una atención hacia cuestiones como la moral sexual, detalles de la vida sexo afectiva y social de las mujeres en arresto que no se han observados en varones en la misma situación legal.

Si bien no surge ni de la normativa vigente ni de ninguna fuente jurisprudencial que la condena privativa de la libertad, en el caso de las mujeres que son madres, conlleve la accesoria legal de someter al escrutinio de la justicia penal el ejercicio de la propia sexualidad, o la elección de parejas o compañeros/as afectivos/as; la especificación respecto de la posibilidad de recibir visitas, la indagación sobre quien pasa la noche junto a ella en el domicilio, sobre las circunstancias y paternidad en caso de embarazos sobrevivientes a la detención domiciliaria, se han



observado tanto en los requerimientos judiciales como en ciertas prácticas arraigadas en operadores de órganos auxiliares.

De más está señalar que ninguna de estas indagaciones tiene lugar en el caso de los imputados hombres -tampoco en casos en que ellos conviven con niños/as-. Solo se ha puesto foco en disciplinar a estas *malas mujeres*.

En los casos de tramitación de permisos para salidas, incluso aquellas vinculadas al cuidado e interés superior de niños/as -debido al cual se acordó esta modalidad de detención- nuevamente aparecen, en ocasiones, los juicios de los que venimos hablando.

Así, ha sido un proceso lleno de tropiezos para las defensas -que a su vez apoyaron muchos de sus pedidos en informes realizados por órganos como la DCAEP o informes técnicos de áreas específicas de la Defensoría General de la Nación, según el caso- lograr que mujeres en arresto fueran autorizadas a llevar y buscar a sus hijos/as de los establecimientos educativos, asistan a reuniones convocadas por docentes o al periodo de adaptación que todo/a niño/a realiza al iniciar su escolarización.

Esto resulta particularmente llamativo si lo comparamos con permisos otorgados a hombres en prisión domiciliaria - en su mayoría en el marco de la imputación de delitos muy graves, mucho más graves que la imputación que pesa sobre cualquiera de estas mujeres- para salir a caminar en un radio determinado o mudar su domicilio a una casa de veraneo en época estival, por citar ejemplos.

Y además, no es inusual encontrar respuestas, informales, del tenor que “ella no tiene que olvidarse que está presa”, o “hubiera pensado antes en sus hijos” a sugerencias como la de que sería conveniente para el bienestar de un niño de 3 años ser llevados por su madre a la juegoteca del barrio durante una hora para que no pase su porción de infancia encerrado en una pieza de reducidas dimensiones, por dar un ejemplo.

Y todo lo anterior va dicho, sin perjuicio de que existe un cierto estado de la cuestión -legal y doctrinario- respecto de que nadie debe ser juzgado/a más allá del objeto procesal delimitado en los hechos delictivos que se le imputen, que la pena privativa de libertad no debería importar el cercenamiento de otro derecho más que el -acotado- de la libertad, que el interés superior de niños/as se impone por sobre otras consideraciones y que no es admisible ninguna forma de discriminación en razón del género. Pero, podríamos decir en este punto, en la pluma de Segato que:

“(lo que vemos en la) ley es un contrato jurídico que, inexorablemente, se deja infiltrar por el código de estatus de la moral, una modernidad vulnerable a la tradición patriarcal sobre cuyo suelo se asienta y con el cual permanece en tensión”<sup>[94]</sup>.

## **VI. A modo de Conclusión: propuestas para un abordaje con perspectiva de género**

De lo dicho hasta aquí, podemos concluir que las mujeres en prisión domiciliaria son, en su abrumadora mayoría, personas que no han estado nunca realmente incluidas socialmente. Para afirmar esto nos basamos en la observación de su situación respecto de los indicadores vinculados al acceso a derechos económicos, sociales y culturales: no han tenido acceso satisfactorio a vivienda digna, educación, salud, alimentación adecuada y condiciones para su propio desarrollo libre de violencias.

Tal es así que no existe en algunas de ellas tan siquiera el registro de que tendrían derecho, por ejemplo, a no ser maltratadas por una pareja o a cuidar la propia salud.

A su vez, el encuentro con el Estado, en la faz del sistema penal -en un sentido muy amplio, donde

incluiremos desde el inicio de la investigación del hecho que se les imputa hasta la ejecución de una condena dictada a su respecto, no solo en la actuación de jueces y tribunales, sino de ministerios públicos, servicio penitenciario y órganos auxiliares- cumple un rol paradójico.

De una parte, juzga los hechos cometidos, y se extiende a juicios morales sobre su condición de buena o mala madre -e incluso, buena o mala mujer- y deja su marca, a modo de letra escarlata, que llevará colgada del cuello en años venideros, como un lastre más a la pesada carga que ha venido arrastrando en cada paso y que se extiende a su descendencia en forma de nuevas exclusiones, la pena - aunque digamos que no- sí trasciende.

Pero decimos que es paradójico porque a la vez, este encuentro las vuelve visibles -por un momento al menos- y brinda la oportunidad de ayudar a reparar, a propiciar accesos, a sembrar semillas de una historia que puede ser distinta para ellas, para sus hijos/as.

Para tomar esta oportunidad, para que la intervención en estos casos de un paso y trascienda la retribución punitiva, es necesario un trabajo articulado que entrelace recursos y esfuerzos de diversas áreas del Estado y de la sociedad civil: trabajar por la inclusión de estas personas, su inclusión social real y la de sus hijos/as es una empresa que requiere un serio, planificado y sostenido trabajo en red. Es responsabilidad de todos/as, y muy especialmente de quienes desempeñamos algún rol en la función pública.

Y aún más, requiere un trabajo mucho más extenso, para una sociedad cada vez más justa e inclusiva. En este punto, es oportuno recordar que -tanto en el caso de las mujeres, como en el de la población alcanzada por el sistema penal en general- hay una gran incidencia de delitos de subsistencia: la mejor manera de combatir los *delitos de hambre* es combatir el hambre.

Esto último, visto además con perspectiva de género, implica hacerse cargo del ya descrito fenómeno de

*feminización de la pobreza*, poner en valor las tareas de cuidado y generar posibilidades reales de inserción educativa, laboral y económica: que contemple el hecho de que estamos ante jefas de hogares monoparentales, que no pueden simplemente levantarse, salir y cerrar la puerta de su casa tras de sí para ir a estudiar o trabajar, sin otra preocupación que cumplir con dichas obligaciones.

En lo que respecta a la prevención de las violencias que sufren, también, las mujeres que están cumpliendo prisión en sus casas, es importante concientizar, asegurar el acceso temprano y claro a la información respecto de los canales para requerir asistencia y establecer una guía de intervención que incluya la indicación de retirarse a un lugar seguro -sin demora- cuando existe un riesgo inminente para sí y/o sus hijos/as, en comunicación con el órgano de supervisión y sin necesidad de esperar autorizaciones -que podrían llegar cuando ya se consumó un acto irreparable-.

Y finalmente, la invitación es a incomodar e incomodarnos profundamente, en un ejercicio de reflexión honesto y profundo hasta llegar a correr definitivamente el velo de los juicios patriarcales y violentos que nos atraviesan a todos/as, pero caen más pesadamente sobre las espaldas más vulnerables.

# **Penas cortas y tratamiento penitenciario. Algunos problemas prácticos en el marco de trámites liberatorios**

Florencia Cabrera

Federico Liforena\*

## **I. Introducción**

El presente artículo persigue el objetivo de analizar algunos aspectos problemáticos de índole práctica que, en la actualidad, se suscitan en torno a las penas de corta duración [\[95\]](#) y a la injerencia que estas tienen en la progresión del tratamiento penitenciario que se encuentra previsto normativamente en la Ley N° 24.660 [\[96\]](#).

Concretamente, la intención será dejar al descubierto que esa escasa cuantía en la dimensión del castigo se proyecta como un problema que afecta a las personas condenadas, en tanto no permite que haya, siquiera, un mínimo desarrollo (o lo posibilita de modo muy reducido) del tratamiento intramuros al que, por ley, deben ser sometidas las personas que resultan condenadas a una pena de prisión de efectivo cumplimiento. Eso, genera un impacto directo y perjudicial en el aspecto cualitativo del cumplimiento de la pena, en tanto obstaculiza la posibilidad de acceder a regímenes de egreso anticipado, como son la

libertad condicional (art. 13 del C.P.), o asistida (art. 54 Ley N° 24.660).

A partir de eso, quienes son condenados/as por delitos que podríamos definir como “leves”, se ven perjudicados en sus intereses a causa de un sistema de ejecución que, por su naturaleza, estructura y mecánica de aplicación, no está concebido para llevar a cabo una ponderación acertada de tales supuestos, por lo que al tiempo de analizarse una incidencia de libertad se lo hace sobre un escenario probatorio sumamente pueril o, incluso, desacertado que, en la mayor cantidad de supuestos, obstaculiza, o por lo menos demora, el legítimo derecho del condenado/a a recuperar su libertad antes del vencimiento de su pena.

Este problema, se ha visto recrudecido en la actualidad como consecuencia de dos modificaciones normativas que han generado un aumento considerable en la cantidad de personas condenadas a penas de corta duración. Por un lado, la sanción de la Ley N° 27.272<sup>[97]</sup>, a partir de la cual se modificó el C.P.P.N., estableciéndose un “Procedimiento para casos de flagrancia” y, por el otro, la promulgación de la Ley N° 27.375<sup>[98]</sup>, mediante la cual se alteró la redacción de la Ley N° 24.660, y se suprimió, entre otras cosas, la posibilidad de convertir las penas de hasta seis meses en trabajos comunitarios. Además, esta última, introdujo modificaciones al texto del art. 28 de la ley, lo que delimitó las funciones de los consejos correccionales, estableciéndose una especie de sistema “tasado” en la elaboración de los informes relativos a la libertad condicional, lo cual generó un obstáculo adicional para los condenados/as a este tipo de penas.

Frente a tal problemática, es importante el posicionamiento que vaya a ser adoptado por todos los actores que forman parte activa de este tipo de incidencias, pero sobre todo, es fundamental la labor de los jueces y juezas, puesto que son los encargados/as, no solo de resolver los pedidos de libertad en el caso concreto que se

les presente, sino porque también, a través de sus fallos, delimitan criterios analíticos más generales, los cuales pueden resultar sumamente útiles para corregir este tipo de inconsistencias.

Sobre esa premisa, y a los fines del trabajo, daremos tratamiento al criterio jurisprudencial que fuera sentado por la sala III de la C.N.C.C.C. en el antecedente “Kopalex”.

Por último, y debido a su alarmante actualidad, nos abocaremos a analizar el modo en que la emergencia sanitaria, actualmente vigente como consecuencia del COVID-19, ha repercutido, particularmente, en la situación de aquellas personas que se encuentran incluidas dentro de este segmento de condenas.

De todo ello, arribaremos a una conclusión en lo que hace al estado de la problemática y daremos cuenta de posibles soluciones que permitan conciliar del mejor modo posible los intereses en conflicto, pero siempre anteponiendo aquellas respuestas que tiendan a proteger los derechos y garantías de las personas privadas de su libertad.

## II. Desarrollo

La Ley N° 24.660 dispone en su art. 1 que

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por fin 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 resaltado les pertenece a los autores).

De allí, es posible vislumbrar, innegablemente, una finalidad de tipo “preventivo especial”, que va en consonancia con disposiciones normativas en materia de derechos humanos como son la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), las cuales fueron incorporadas a nuestra Carta Magna luego de la reforma de 1994, tal como surge de su art. 75 inc. 22, dando lugar a lo que hoy se conoce como “bloque de constitucionalidad”.

En la búsqueda de ese objetivo resocializador<sup>[99]</sup>, la ley prevé un tratamiento multidisciplinario e individualizado<sup>[100]</sup>, al cual es diseñado y aplicado por los organismos técnicos de la unidad penitenciaria y cuyo correcto acatamiento le permite al condenado ir avanzando, de modo progresivo, en etapas o “períodos” que traen consigo una paulatina flexibilización de las condiciones en las que transita su alojamiento, hasta permitirle alcanzar niveles de confianza que posibiliten su incorporación en regímenes alternativos al encierro.<sup>[101]</sup>

Ahora bien, cuando llevamos esas premisas a la esfera de lo práctico, y lo circunscribimos al segmento de penas cortas a las que venimos haciendo referencia, nos encontramos con un esquema impracticable que, en la mayoría de los casos, simplemente se ocupa de sostener una lógica burocrática en la tramitación de las incidencias; ello, por la sencilla razón de que ese esquema no está pensado para ser desarrollado en un periodo corto de tiempo. De ahí que la administración penitenciaria, como autoridad de aplicación, limite su labor a tratar de encorsetar el caso del interno condenado a una pena corta bajo la misma lógica de aquel que transita una condena mayor. El resultado, son informes de “evaluación”<sup>[102]</sup> en los que, simplemente, se consignan datos del interno (su situación personal/procesal, historial criminológico, etc.) y



donde confluyen una serie estandarizada de factores criminológicos, como son: pobreza, marginalidad, consumo problemático de sustancias, etc., a partir de los cuales se construye un etiquetamiento del sujeto como “ser carcelario”, pero que, en lo concreto, poco o nada aportan respecto de su evolución o de sus perspectivas reales de cara a un posible egreso anticipado. Así, en el común de los casos, frente a la falta de conocimiento respecto del interno, la autoridad le asigna una calificación baja de concepto [\[103\]](#) y eso, generalmente, redundando en una opinión desfavorable respecto del pedido de libertad del que se trate [\[104\]](#) que, luego, aparece como un obstáculo para la viabilidad de los egresos.

De ahí, que se haya sostenido la importancia de la opinión de las autoridades penitenciarias, sobre la afirmación de que

“... resulta razonable que quien mantiene un contacto más fluido con el interno se encuentre en mejores condiciones epistémicas de emitir un pronóstico acerca de su evolución y de la constatación de las condiciones necesarias para un eventual retorno al medio libre” [\[105\]](#).

Sin embargo, tal aseveración puede ser puesta en crisis cuando esas alegadas condiciones empíricas se reducen a un periodo de tiempo muy acotado y es, justamente ahí, donde la función judicial empieza a jugar un papel decisivo en la suerte de las incidencias.

En definitiva, esta lógica progresiva sobre la que se sostiene nuestro sistema de ejecución penal demanda, necesariamente, de una secuencialidad temporal de progreso/avance que, en el caso de las penas cortas, resulta ilusoria. Así, pese a que las incidencias se inicien, los informes se lleven a cabo y las partes intervengan, en la

mayoría de los casos, las personas condenadas no acceden a una libertad anticipada o lo hacen mucho tiempo después del previsto normativamente.

Frente a este escenario, y más allá de la necesidad urgente de modificar cuestiones vinculadas al tratamiento penitenciario en la esfera administrativa, resulta fundamental que sea la autoridad judicial, en el marco de sus atribuciones de control [\[106\]](#), quien brinde una respuesta acorde al problema que se presenta.

En tal sentido, la C.N.C.C.C. ha dicho que

“los jueces que cumplen funciones de ejecución deben controlar la objetividad y la razonabilidad con que deben ser producidos los informes de la unidad carcelaria que sirven como una herramienta que contribuye a formar la convicción del juez que resuelve en la incidencia, y que en consecuencia de encuentran facultados para apartarse de sus conclusiones cuando lo allí informado revele una arbitrariedad manifiesta” [\[107\]](#).

En definitiva, no existe duda en cuanto a que la autoridad penitenciaria es un actor más en el trámite liberatorio y que actúa como mero informador, mientras que son los jueces y juezas quienes, en lo concreto, dirimen la suerte de la incidencia. Por eso, y frente al automatismo con el que se suelen elaborar los informes en el caso de internos condenados a penas cortas, la función judicial debe llevar a cabo un escrutinio integral del caso, sopesando siempre el monto de la pena y el desempeño real (y posible) que haya demostrado el interno desde el inicio de su detención, por más que eso se reduzca a un periodo de tiempo muy acotado.

Sobre esa línea, resulta imperativo realizar una evaluación de todo el periodo en detención, evitando

formular distinciones arbitrarias y puramente burocráticas entre quienes se encuentren incorporados al régimen de progresividad y quienes, por la razón que fuera, pero siempre ajena a su voluntad, se hallan detenidos en calidad de procesados o fuera de la órbita del S.P.F., por ejemplo en alcaidías y comisarías. En periodos acotados, ese tipo de distinciones, no hacen más que perpetuar injusticias, por cuanto segmentar el análisis tan solo en base a estatus jurídico conlleva desconocer que, en lo concreto, aquellos internos que todavía no fueron incorporados al régimen penitenciario (propiamente dicho) se ven regidos por las mismas condiciones que los condenados, que conviven en los mismos espacios, que se les ofrecen las mismas, o incluso menores, herramientas educativas y laborales y que, por sobre todas las cosas, son supervisados por el mismo personal penitenciario. Por eso, y más allá de lo arraigada que pueda estar esta costumbre en lo administrativo, el/la juez/a debe tomar una posición verdaderamente crítica en pos de proteger el legítimo derecho del condenado a obtener su egreso anticipado.

A su vez, desde la jurisdicción se debe tener presente que la autoridad penitenciaria no pondera, en su justa medida, el escaso monto de las penas impuestas al tiempo de elaborar el programa de tratamiento -como consideramos que debería hacerlo desde el periodo de "observación"- ni tampoco lleva a cabo una análisis ajustado respecto a cómo repercute ese tiempo en el desarrollo incipiente, y hasta a veces nulo, del tratamiento y en las posibilidades reales de obtener resultados plausibles que completen las demandas normativas.

Respecto a lo que tiene que ver con este último punto, resulta interesante dar cuenta del criterio delineado en el antecedente jurisprudencial "Kopalex"<sup>[108]</sup>, el cual fuera resuelto por la sala 3 de la C.N.C.C.C.

En ese caso, la Cámara se ocupó de resolver, justamente, un supuesto en el que se había resuelto denegar un pedido de libertad condicional a una persona que había sido

condenada a una pena única de 2 años de prisión. Para arribar a esa resolución, el juez de la instancia anterior, había ponderado como elementos fundamentales: 1) la opinión desfavorable emitida -por mayoría- por parte del Consejo Correccional y 2) el dictamen emitido por la U.F.E.P., en el que se consideraba que el condenado presentaba un tránsito breve dentro del tratamiento penitenciario y que, por ello, no había podido capitalizar con suficiencia las herramientas provistas. Además, allí se hizo mención a que, en el caso, no se encontraba satisfecho el requisito normativo previsto en el art. 28 de la Ley N° 24.660 (conforme el texto introducido por la Ley N° 27.375).

Al momento de analizar el caso, los Dres. Pablo Jantus y Mario Magariños, comenzaron destacando que se trataba de una pena de 5 meses de prisión por el hecho (robo en grado de tentativa) y una condena única de 2 años, que comprendía, a su vez, otras dos penas que habían sido oportunamente dejadas en suspenso y, bajo esa línea, señalaron:

“el monto de pena impuesto en el marco de este proceso se ubica sensiblemente cerca del mínimo previsto para la figura bajo la cual fue subsumida la conducta del condenado y que, en definitiva, la pena única impuesta es de escasa cuantía.

(...) Esos extremos revestían especial importancia al evaluar el tratamiento penitenciario que será posible, así como las exigencias que podrán razonablemente formularse respecto de su evolución en ese breve lapso, en particular, cuando cumple los requisitos temporales para acceder a la libertad condicional y deben valorarse, bajo esa luz, los avances que registra el interno, su nota

conceptual y su pronóstico de reinserción social...”.

A partir de esas premisas, descalificaron la actuación del juez de la instancia anterior, afirmando la existencia de dos problemas:

1) “...ninguna mención merece en la resolución impugnada la injerencia que ejerce en los extremos puestos de resalto por la magistrada la circunstancia que el nombrado se encuentre condenado a una pena que, de conformidad con lo dispuesto por el legislador, sólo exigen el cumplimiento de ocho meses de prisión para acceder al instituto bajo estudio. Ello no supone, claro está, que no deba verificarse el cumplimiento de los restantes requisitos, pero sí demanda por parte del órgano jurisdiccional un examen especialmente cuidadoso del desarrollo del tratamiento penitenciario del condenado”. De igual modo, no resulta evidente de qué modo la pretensión que pareciera subyacer a las afirmaciones del Consejo Correccional y de la jueza interviniente acerca de los déficits por parte de Kopalex en su tratamiento se conjuga con el limitado tiempo que restaría de cumplimiento de pena”.

2) Por otra parte, se observa que, si bien el Consejo Correccional se expidió de manera negativa, se arribó a esa conclusión por mayoría, al tiempo que algunas áreas emitieron consideraciones positivas pese a su voto a la postre negativo. Además, el pronóstico de reinserción social emitido por el organismo técnico no fue desfavorable, sino “dudoso”. Estos elementos también debían conducir al juzgado a llevar a cabo un escrutinio estricto

sobre este requisito (...) el juzgado de ejecución tampoco explicó por qué razón los aspectos sobre los cuáles Kopalex debía, según sostuvo, profundizar en su tratamiento -centralmente su problemática de adicción- no podían ser trabajados extramuros”.

Tras ello, hicieron mención a la importancia de ponderar la excepcionalidad del contexto generado como consecuencia del COVID-19 (punto que será abordado más adelante) y, luego, señalaron que ese tribunal en el antecedente “Duarte” ya había destacado la necesidad de analizar de modo particular aquellos casos en lo que se trate de condenas inferiores a los 3 años, al tiempo de evaluarse la construcción del “pronóstico de reinserción social”.

A partir de todo eso, resolvieron hacer lugar al recurso de la defensa y, sin otro trámite, conceder la libertad condicional a Kopalex.

De todo ello, se desprenden algunas apreciaciones interesantes, entre las que vale mencionar: a) Excepcionalidad del régimen liberatorio en base al monto de la pena (3 años o menos), b) Razonabilidad, c) Tratamiento posible, d) Breve lapso de evolución, e) Examen cuidadoso del desarrollo, y f) Abordaje extramuros. Todas ellas volvieron a ser replicadas, por lo menos por esa misma composición de sala, en diversos casos resueltos con posterioridad<sup>[109]</sup>, sentando un criterio claro, el cual nos habla de la necesidad de que la variable “pena corta” deba ser considerada al tiempo de analizarse jurisdiccionalmente la viabilidad de una libertad anticipada.

Más allá de lo dicho, es importante aclarar que las citas dadas al antecedente “Duarte”<sup>[110]</sup> de la Casación, se vincula con uno de los elementos que han recrudecido la situación de las personas condenas a penas de escasa duración. Nos estamos refiriendo a la modificación

implementada por la Ley N° 27.375 a la redacción del art. 28 de la Ley N° 24.660, cuyo texto actual prevé un inc. “g” en el que, entre otras cosas, se consigna:

“El pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice y a las conclusiones a las que se arriben respecto a su reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. Sin perjuicio de otras causas que aconsejen dictamen desfavorable respecto de su reinserción social, deberá ser desfavorable (...) 2) En el caso de no haber alcanzado la conducta y concepto del interno la calificación como mínimo de Buena durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de la libertad condicional”.

Desde lo literal, esta modificación, ha pretendido otorgarle mayores facultades a la actuación de los consejos correccionales, soslayando que, de conformidad con el art. 13 del C.P., la única autoridad con potestad para emitir un pronunciamiento sobre la libertad condicional es la judicial. A su vez, estos cambios han trastocado la labor de la autoridad penitenciaria, imponiendo criterios de actuación que determinan, de modo tasado <sup>[111]</sup>, cómo tiene que ser realizada una evaluación de desempeño frente a un posible egreso, condicionando, incluso, su verdadera percepción acerca del tránsito intramuros del interno/a. La consecuencia de ello, podemos verla en informes de libertad autocontradictorios en los que se consiga información positiva respecto del desempeño, pero se objeta la soltura anticipada, únicamente, sobre la falta de adecuación del caso al texto de la norma.

A su vez, esa conformación del artículo genera un impacto particularmente nocivo en el caso de los condenados/as a penas de escasa duración, por cuanto resulta casi imposible que puedan satisfacer la demanda calificatoria y, en consecuencia, obtener un pronóstico de reinserción favorable. Por eso, celebramos los criterios señalados, los cuales nos hablan de una intención por corregir la falta de logicidad que se deriva de la nueva redacción de la ley.

Por otra parte, tal como lo dijimos en la introducción, tanto la Ley N° 27.375 (la cual suprimió, entre otras cosas, la posibilidad de convertir las penas de hasta seis meses en trabajos comunitarios [\[112\]](#)), como la N° 27.272 (a partir de la cual se modificó el C.P.P.N., estableciéndose un “Procedimiento para casos de flagrancia”), han generado un aumento en la cantidad de personas condenadas a penas de prisión de efectivo cumplimiento inferiores a los 3 años de duración.. Así, por ejemplo, en el 2015, el S.P.F. registraba un total de 423 condenados (lo representaba un 11% del total de lo detenidos), para pasar en el 2016 a un total de 495 (que implicaba un 12%), en el 2017 a 737 condenados (lo que equivalía al 16%) y en el 2018, un total de 984 (que constituía el 19% del total) [\[113\]](#). Ese crecimiento, ha repercutido en el funcionamiento interno de las unidades, limitando las prestaciones (médicas, terapéuticas, etc.) y las actividades disponibles (trabajo, educación, etc.), produciendo un escollo adicional para el avance o consolidación del tratamiento al que son sometidos los condenados/as.

A todo eso, se le suma en la actualidad la emergencia sanitaria por la que atraviesa nuestro país como consecuencia de la proliferación del COVID-19; circunstancia que ha impactado directamente en el segmento de condenados a penas cortas, por lo menos, en tres sentidos: 1) ha producido la suspensión o limitación de las actividades dentro de las unidades, generando que los



internos no puedan dar cumplimiento a los objetivos impartidos (o siquiera desarrollarlos) y que las autoridades penitenciarias vean condicionados sus criterios de evaluación; y 2) ha demandado la necesidad general de descomprimir los establecimientos carcelarios y eso motivó que, desde distintas esferas, se hiciese alusión a la necesidad de implementar mecanismos alternativos a la prisión, debiéndose otorgar prioridad a distintos grupos, entre los que se incluyeron, los condenados a penas de hasta tres años; y 3) ha generado que, por protocolos sanitarios, muchas personas condenadas deban permanecer detenidas en dependencias que no se encuentran bajo la órbita del S.P.F. (comisaría, alcaldías, etc.) y que, justamente por ello, no hayan podido ser incorporadas en forma inmediata al tratamiento progresivo que prevé la ley, aun incluso, habiendo superado los requisitos temporales para acceder a los regímenes de libertad anticipada.

En relación a lo primero, resulta interesante conocer que, frente a lo excepcional del contexto, el S.P.F. emitió una serie de directivas entre las cuales se destaca el Memorandum DI-2020-297-APN-SDNSPF#SPF<sup>[114]</sup>, en el que, entre otras cosas, se instruyó a los Consejos Correccionales a que:

“Art. 2 (...) tengan en consideración la evolución del interno/a previo a la suspensión de actividades, ponderando positivamente aquellos objetivos que se encontraban prontos a ser cumplidos y aquellos respecto de los cuales el interno presentaba buena evolución. Artículo 3. CONSIDÉRENSE positivamente los objetivos de las áreas de tratamiento cuyas actividades se han visto afectadas por la pandemia. Artículo 5. REITÉRASE la vigencia del procedimiento regulado conforme el artículo 53 del “Reglamento de las modalidades básicas de la

ejecución”, Decreto 396/99 que manifiesta que “El interno no podrá ser calificado con conducta o concepto inferior a bueno, sin que previamente lo haya entrevistado el Consejo Correccional en pleno...”, situación que en caso de acontecer deberá obrar en la Historia Criminológica en acta de estilo debidamente labrada y rubricada con los fundamentos concretos, objetivos y merituables de la calificación. Artículo 6. ENCOMIÉNDESE que al cierre calificadorio del presente período se deje constancia de la circunstancia excepcional generada en el marco de la pandemia”.

En cuanto a lo que hace al segundo punto, se torna especialmente útil dar cuenta de las directivas emitidas por la Cámara Federal de Casación Penal <sup>[115]</sup> y por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional <sup>[116]</sup>, a partir de las cuales se interpela a los jueces de instancias inferiores a llevar a cabo un análisis estricto respecto a la posibilidad aplicar mecanismos alternativos a la prisión que coadyuven a descomprimir los establecimientos carcelarios (como por ejemplos las libertades anticipadas), debiendo priorizarse, entre otros supuestos, a aquellas personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión.

Los criterios señalados fueron receptados en diversos antecedentes, entre los que se incluye el citado caso “Kopalex”. Allí, los jueces de la Cámara señalaron:

**“Tampoco resultaba posible omitir en el análisis de la procedencia del instituto la emergencia sanitaria vigente, como consecuencia de la propagación del virus “COVID19”.** En efecto, esta Cámara, en la Acordada n° 5/2020, se ha hecho eco de la situación actual y, al recomendar a los

magistrados del fuero que extremen los recaudos para coadyuvar a la disminución de la sobrepoblación carcelaria, se ha destacado, entre otros, la doctrina uniforme que desde aquí se sostiene con relación a la efectiva aplicación de los institutos vinculados con la libertad anticipada en el marco de la ejecución penal. **En tal sentido, se observa que, si bien el a quo ha afirmado tomar nota de la pandemia, ello no se ha visto reflejado en la decisión adoptada, pues tal circunstancia, en conjunto con lo expuesto previamente, debía conducir a decidir el egreso por vía del instituto previsto en el art. 13 del CP.**" (El resaltado les pertenece a los autores).

El tercer aspecto resulta mucho más complejo, en tanto ha generado que, en la mayoría de los casos, los informes de libertad ni siquiera se inicien hasta que la persona sea alojada bajo la órbita del S.P.F., lo que redundando directamente en la posibilidad de ejercer su legítimo derecho a obtener una libertad anticipada o, cuando menos, genera un retardo significativo en la resolución.

En definitiva, puede decirse que la coyuntura actual determina que la labor judicial deba aunar mayores esfuerzos analíticos al tiempo de analizar la viabilidad de incidencias liberatorias en casos de personas condenadas a penas cortas, en tanto se incorporan elementos inéditos y urgentes que, necesariamente deben ser ponderados y que, incluso, obedecen a una finalidad mucho más general.

### **III. Conclusiones**

Llegados a este punto, resulta claro que el artículo nos ha permitido conocer, aunque sea sucintamente, una de las problemáticas en la que actualmente se hallan inmersas las

personas que se encuentran condenadas a penas de prisión efectiva de escasa cuantía, principalmente, al momento de tramitar un egreso anticipado. Vimos cómo esta situación se presenta como una especie de “anomalía” dentro de la lógica de progresividad bajo la cual se encuentra diseñado nuestro sistema de ejecución, y también describimos qué consecuencias se derivan de esa falta de logicidad. A su vez, pudimos conocer cómo impactan en ese universo de penas algunas circunstancias particulares que se han dado en el último tiempo (modificaciones normativas/emergencia sanitaria) y, finalmente, qué respuestas se ensayaron a esa problemática desde el ámbito judicial.

De todo ello, pudimos concluir que esta distorsión entre el diseño normativo y su aplicación, coloca a las personas condenadas a penas cortas, por lo menos en una inmensa mayoría, en una situación más perjudicial que quienes purgan un delito de mayor envergadura. De ahí que, al momento de tramitar un egreso anticipado, se vean inmersos dentro de una lógica sistémica que conduce a la elaboración de informes repetitivos que poco o nada aportan como elemento probatorios para la resolución de las incidencias.

En ese escenario, la labor judicial es, sin dudas, una pieza clave para tratar de diseñar soluciones posibles a esta problemática, que permitan determinar si se encuentran dadas las condiciones para que una persona acceda a un egreso anticipado, o si, por el contrario, los indicios respecto de la improcedencia de la soltura son, efectivamente, plausibles y se proyectan más allá del factor temporal de la condena.

Desde nuestro posicionamiento, entendemos que no se trata de una cuestión sencilla de resolver y que existe un variopinto de situaciones que impide formular una única respuesta que sea concluyente. Sin embargo, consideramos, siguiendo en parte los parámetros señalados en “Kopalex”, que lo primero que debe tenerse presente es el monto de la pena del que se trata en el caso a caso. Una

vez determinado que estamos frente a una condena de 3 años o menos, ponderar las variables (por ejemplo: tratamiento posible, lapso de evolución, desarrollo efectivamente demostrado, y posibilidad de continuidad del abordaje extramuros) del modo más razonable posible.

Bajo ese esquema, y teniendo en cuenta las dificultades que existen para modificar prácticas arraigadas dentro de la lógica administrativista bajo la que funcionan los servicios penitenciarios, una de las soluciones en las que podría pensarse es la solicitud de informes más reducidos, en los que, sin entrar en detalles poco útiles, se ponga en conocimiento del Juez/as aspectos concretos respecto del desempeño que haya tenido el interno durante el transcurso de su detención (por más acotada que esta haya sido), así como también cuestiones atinentes a su comportamiento y prestancia frente a las actividades propuestas e, incluso, a sus perspectivas de contención en el medio libre (familia, trabajo, abordajes terapéuticos, etc.).

Dentro de ese segmento de penas, la elaboración de conclusiones más pretenciosas escapa a la realidad misma, en tanto, por más esfuerzos que se hagan, lo cierto es que las autoridades penitenciarias no cuentan con información fiable más allá de aquella que, efectivamente, pudieron obtener durante lo exiguo del tratamiento. El resto de lo que se diga pasa, de algún modo, a ser conjetural y eso distorsiona la resolución de la incidencia.

Este panorama se hace aún más complejo, en el caso de aquellas personas que, por la razón que fuere, superan los requisitos para acceder a los egresos anticipados estando fuera de la órbita del servicio penitenciario (alcaldías, comisarías, etc.) o que ingresan a ese ámbito muy cerca de la fecha en la que cumplirían dicho requisito. En cualquiera de los dos supuestos, la obtención de información confiable y conducente es más difícil todavía y resulta imposible aspirar al cumplimiento de un programa de tratamiento resocializador. Por tales motivos, podría pensarse en

recurrir a informes que, salvando las distancias, sean asimilables en su contenido, a los que suelen dirimir los pedidos de excarcelaciones que se encuadran en el art. 317 inc. 5to. del C.P.P.N, en los que, lo sustancial, resulta ser la conducta mantenida por la persona durante su detención.

A su vez, en la generalidad de los casos, aparece la necesidad de analizar la posibilidad de ahondar en la elaboración, diseño y aplicación de reglas de conducta individualizadas (teniendo en cuenta que el proceso de resocialización no se agota en la situación de encierro), a través de las cuales se persiga focalizar sobre aquellos aspectos que, en cada supuesto particular, puedan aparecer como deficitarios. Para esa dificultosa labor de identificación en la que los datos no abundan, la participación del Equipo Interdisciplinario asignado al fuero de ejecución [\[117\]](#) podría proyectarse como una herramienta de especial utilidad. Así, en el marco de una entrevista, sus profesionales accederían a conocer de primera mano al detenido/a y dialogar con él/ella en la búsqueda de obtener información técnica de calidad, que le permita al juez/a encontrarse en mejores condiciones para decidir la incidencia y, en caso favorable, seleccionar las reglas a imponer.

Otra herramienta que vale la pena analizar en este tipo de supuestos, es la utilización de dispositivos de control como los que están a cargo de la Dirección de Asistencia a Personas Bajo Vigilancia Electrónica, dependiente del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. Un actor que, durante los últimos años, ha tenido un rol fundamental y decididamente profesional en la supervisión de este tipo de mecanismos y que ha asumido, incluso, funciones atinentes a la contención psico-social de las personas egresadas de las unidades penitenciarias (mediante el trabajo de duplas compuestas por asistentes sociales y psicólogos), brindándoles asesoramiento personalizado, continuo e integral sobre aspectos que resultan fundamentales para un retorno exitoso a la sociedad, como son, por ejemplo:

tratamiento de adicciones (articulando con organismos públicos y de la sociedad civil), subsidios de la seguridad social, abordajes terapéuticos y clínicos, procesos de revinculación familiar, etc.

En definitiva, cualesquiera sean las propuestas de solución, lo cierto es que el debate es necesario y resulta fundamental que el Estado determine cuáles son los objetivos que pretende alcanzar cuando se trata las personas que se encuentran condenadas a penas de escasa duración, tratando siempre de garantizar que sus intereses punitivos no impliquen obstáculo insalvable para el ejercicio efectivo de derechos liberatorios previstos normativamente.

# **El conflicto de aplicación entre las Leyes N° 24.660 y N° 27.375 en los supuestos de unificación de penas**

Enrique M. Comellas <sup>\*</sup>

## **I. Introducción**

El presente trabajo se centrará en una puntual controversia suscitada con motivo de la sanción de la Ley N° 27.375 (B.O. del 28 de julio de 2017). Dicha ley introdujo importantes reformas, que mencionaremos, en lo aquí pertinente, a continuación.

Por un lado, la nueva redacción del art. 56 bis de la Ley N° 24.660 amplió el catálogo de delitos cuyas condenas no podrán acceder a los beneficios comprendidos en el período de prueba.

Asimismo, la modificación introducida al art. 14 del Código Penal también incrementó la cantidad de delitos cuyas condenas no podrán gozar de la libertad condicional.

Finalmente, estableció una serie de modificaciones con relación a los requisitos temporales para acceder a las salidas transitorias (cfr. art. 17 de la Ley N° 24.660) y a la libertad asistida (cfr. art. 54 de la misma ley).

## **II. El supuesto bajo análisis: los interrogantes**



Partamos de la premisa de que una persona cometió, en el pasado, un hecho criminal determinado y recibió una sentencia condenatoria que ya adquirió firmeza. Ahora bien, si luego del 28 de julio de 2017, esa misma persona cometió un nuevo hecho, a la segunda condena seguramente se le aditará, en caso de corresponder, una unificación de penas. Esto último determinaría, claro está, un cómputo de pena a la luz de la unificación realizada a tenor del art. 58 del C.P.

El problema radica en que ambos regímenes de ejecución penal (según Ley N° 24.660 y según Ley N° 27.375) tienen previstas distintas exigencias para acceder a los institutos de las salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida.

Las dificultades se agravan cuando el segundo hecho delictivo cometido durante la vigencia de la Ley N° 27.375, se encuentra comprendido en las nuevas redacciones del art. 56 bis de la Ley N° 24.660 y del art. 14 del Código Penal.

Todo ello genera ciertos interrogantes:

\* Esa persona que cumple una determinada pena única, ¿podrá acceder al instituto de las salidas transitorias cuando alcance la mitad temporal de la pena global o, por el contrario, deberá regirse por los nuevos plazos del art. 17 de la Ley N° 24.660?

\* Si el segundo hecho cometido se encuentra en el listado previsto por el art. 56 bis, ¿ello implica que necesariamente se debe aplicar el régimen establecido en el art. 56 quater?

\* Con relación a la libertad asistida, ¿podrá gozarla cuando faltan seis (6) meses del agotamiento de la pena, o cuando tan solo resten tres (3) meses, según la actual redacción del art. 54 de la Ley N° 24.660?

\* Además, si dicha persona penada no fue declarada reincidente, pero el segundo hecho cometido se encuentra en las previsiones de la nueva redacción del art. 14 del

Código Penal, ¿podrá igual obtener una libertad condicional?

### **III. El conflicto acerca de qué régimen de ejecución penal resulta aplicable**

El caso propuesto plantea la controversia acerca de qué régimen de ejecución penal debe aplicarse en un supuesto de unificación de penas: si el más benévolo vigente al momento de la comisión del hecho que motivó la primera condena o, por el contrario, el más gravoso imperante con posterioridad, cuando se perpetró el hecho que derivó en la segunda sanción.

La cuestión no resulta sencilla, pues lo cierto es que la pena única impuesta abarca el castigo de dos hechos distintos, cometidos durante la vigencia de dos leyes distintas, que brindan distinto tratamiento a la ejecución penal que debe cumplirse por los delitos por los que el penado resultó condenado.

El problema no encuentra una solución expresamente prevista en el ordenamiento legal, como sí sucede en casos similares. Por ejemplo, adviértase que, frente a un supuesto de concurso real de hechos, en el que el autor cometió el mismo delito en dos momentos distintos, bajo leyes sucesivas diversas, el art. 55 del Código Penal explica cómo proceder: construir una escala penal aplicable al caso concreto, con el mínimo mayor y la suma aritmética de los máximos correspondientes.

Sin embargo, en el presente caso no puede adoptarse un temperamento similar, pues no resulta posible aplicar parcialmente dos regímenes distintos de ejecución de pena, dado que el tratamiento penitenciario no puede escindirse en función de las diversas condenas unificadas. Necesariamente debe optarse qué régimen legal aplicar, en su totalidad.

Ahora bien, frente a la señalada colisión de normas, ambas posibles posiciones plantean contratiempos.

Por un lado, podría argumentarse que si a la pena única se le aplicara ultraactivamente el primer sistema legal ya derogado (pero más benévolo), entonces se estaría beneficiando indebidamente al penado, puesto que cuando cometió el segundo hecho ya estaba vigente el nuevo régimen más gravoso.

Simultáneamente, también podría oponerse que si se le aplicara la última reforma (más severa), ello conllevaría una aplicación retroactiva de una ley más desfavorable, puesto que esta última no estaba vigente al momento de la comisión del primer hecho, que también resulta comprensivo de la pena única que debería cumplirse.

Corresponde poner de relieve la importancia de la posición que se tome en esta materia, relativa a la determinación de cuál legislación de ejecución penal debe aplicarse en supuestos como el presente. Pues, en función de la naturaleza misma de la unificación de penas, lo cierto es que durante una gran cantidad futura de años ocurrirán casos como el aquí propuesto.

Adviértase que, apenas se sancionó la reforma operada por la Ley N° 27.375, ya se señaló que

“nos hallamos, probablemente, frente al caso de ultraactividad normativa de mayor proyección temporal y cuantitativa de la historia de nuestro derecho penal. Arriesgamos que, como mínimo, por los próximos veinte años habrá una importante cantidad de personas a las que se les continuará aplicando el régimen derogado”<sup>[118]</sup>.

#### **IV. Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema**

Pocos han sido los pronunciamientos, al menos conocidos, que se han dictados sobre esta controversia.

Habré de referirme a dos casos, resueltos por ambas Cámaras de Casación, de manera distinta.

### *a) Precedente de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional* <sup>[119]</sup>

El incidente se refería sobre un individuo condenado, a principios del año 2017, a una pena en suspenso. Luego, en el año 2018 cometió un nuevo hecho por el que resultó condenado a una pena de efectivo cumplimiento. Vale aclarar que ninguno de los delitos por los que resultó condenado se encuentra en el catálogo actual del art. 56 bis de la Ley N° 24.660, ni del 14 del Código Penal.

Sin embargo, durante la ejecución de la pena, el objeto de discusión resultó cuál era la ley aplicable para determinar el acceso a la libertad asistida. Pues la redacción anterior lo permitía seis (6) meses antes del agotamiento de la pena, y la ley actual a los tres (3) meses antes.

El juez de ejecución sostuvo que debía tenerse en cuenta que, a la fecha de comisión del delito que motivó la imposición de la última pena, ya se encontraba vigente la Ley N° 27.375, motivo por el que resultaba la norma aplicable.

La defensa interpuso recurso de casación, alegando que la pena única también comprendía la sanción por un hecho cometido durante la anterior versión legal de la Ley N° 24.660, motivo por el que debía primar su aplicación, en función del principio de la ley más benigna (art. 2 del Código Penal).

Al momento de resolver, la Sala 2 rechazó el recurso de casación de la defensa, en la inteligencia de que cuando el imputado cometió el segundo hecho, se definieron cuáles

eran las reglas aplicables al caso, en tanto recién en ese momento se tornó operativo el art. 58, C.P. Es decir, consideró que la ley aplicable es aquella vigente al momento en que nace la obligación o necesidad de unificación.

A partir de la mencionada premisa, concluyó que

“al cometer el nuevo hecho, no podía contar con ninguna expectativa de que se le fueran a aplicar las disposiciones relativas a la ejecución de la pena -y, en particular, el requisito temporal correspondiente a la libertad asistida- de una norma que ya estaba derogada”.

*b) Precedente de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>[120]</sup>:*

El caso versaba sobre una persona condenada en el año 2014, oportunidad en la que se lo declaró reincidente. En dichas actuaciones, en el mes de abril de 2017 se le concedió la libertad asistida. Luego, el 11 de septiembre de 2017 (estando ya vigente la Ley N° 27.375) cometió el delito previsto por el art. 5, inc. c, de la Ley N° 23.737, siendo nuevamente condenado y declarado reincidente por segunda vez. Meses más tarde, se le dictó una pena única, comprensiva de ambas sanciones mencionadas anteriormente, manteniendo la declaración de reincidencia.

Conforme el correspondiente cómputo de pena única, en virtud de los estímulos educativos obtenidos y los informes criminológicos positivos emitidos unánimemente por las autoridades penitenciarias, al penado se le concedieron las salidas transitorias a la “mitad” temporal de la pena.

El juez de ejecución fundó su decisión señalando que la reforma implementada mediante la Ley N° 27.375 resultaba, en ese caso, una ley más gravosa que, en atención a lo dispuesto por el art. 2 del Código Penal, no

podía aplicarse retroactivamente. Por dicho motivo, debía aplicarse ultraactivamente el régimen anterior de la Ley N° 24.660, que resultaba la ley vigente al momento de la comisión del primer hecho, que también integraba la unificación de pena que se encontraba cumpliendo el penado.

Por su parte, el fiscal interpuso recurso de casación, señalando que no correspondía el acceso al beneficio otorgado, porque la fecha de comisión del segundo hecho era posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 27.375.

Al momento de resolver, la Sala II rechazó al recurso planteado. En dicha oportunidad, no efectuó un análisis profundo de la controversia, sino que se limitó a señalar que la resolución impugnada “cuenta con los fundamentos necesarios para constituir un acto jurisdiccional válido en los términos del art. 123 del C.P.P.N”, y que “los argumentos esgrimidos por la parte recurrente sólo trasuntan una mera disconformidad con las consideraciones efectuadas por el Juez de ejecución, lo que resulta insuficiente para fundar la impugnación intentada”.

En definitiva, se aprecia que ambos tribunales de mayor jerarquía en materia penal -de previa intervención a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- se han expresado de manera antagónica.

Frente a ello, habré de esgrimir distintas razones por las que entiendo que debe resolverse la cuestión efectuando una aplicación ultraactiva de la anterior redacción de la Ley N° 24.660.

## **V. La solución por vía del principio de la ley penal más benigna**

Entiendo que la encrucijada puede resolverse teniendo en cuenta lo previsto en el art. 2 del Código Penal, que dispone que

“si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley”.

Dicha norma del derecho interno luce en sintonía con el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese sentido, debe reconocerse que si la pena única que el penado debe cumplir ha sido impuesta tanto por un hecho cometido bajo las disposiciones de la anterior versión de Ley N° 24.660, así como por otro hecho realizado durante la vigencia de la Ley N° 27.375, entonces la conclusión es que el anterior régimen es la ley más benigna en el caso concreto, en tanto permitiría que el individuo pueda acceder más fácilmente al instituto de las salidas transitorias u obtener la libertad condicional.

Dicha solución también resultaría compatible, *mutatis mutandi*, con la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Granillo Ocampo”<sup>[121]</sup>, oportunidad en la que determinó que, en los supuestos de delitos permanentes, debe aplicarse la ley penal más benigna primigenia y no la ley más gravosa que entró en vigor durante la última etapa de la comisión del hecho; revocando, así, la postura anterior del Alto Tribunal asentada en el fallo “Jofré”<sup>[122]</sup>.

Frente a esta posible vía de solución, habrá quienes se opongan en la inteligencia de que la ley penal más benigna ya había dejado de regir antes de que se cometiera el hecho que dio origen a la segunda condena.

A dicho argumento, correspondería oponer que su formulación solo toma en cuenta la fecha de comisión del

último hecho, desatendiendo la naturaleza abarcadora global de la unificación de penas. Pues no podría negarse que la pena del hecho primigenio (cometido durante la ley más “benigna”) también pasaría a regirse por una ley posterior, que resulta más grave. Es decir, incuestionablemente, el primer hecho proyecta sus consecuencias punitivas sobre el segundo.

## **VI. La solución por vía de los principios *pro homine* y *pro libertate***

Si no resulta satisfactorio el posible análisis de la cuestión a la luz de las previsiones del art. 2 del Código Penal, entonces correspondería reconocer que nos encontramos frente a una disyuntiva, puesto que la opción por alguno de los dos regímenes legales necesariamente implicaría tener que elegir entre un “beneficio indebido” (mediante la aplicación ultraactiva de la Ley N° 24.660) o un “perjuicio indebido” (a través de aplicación retroactiva de la Ley N° 27.375).

Si el dilema es propuesto en esos términos absolutos, considero que la respuesta es resolver conforme los principios *pro homine* y *pro libertate*.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o libertades.

Dicha pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida



de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos (cfr. art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.).

El principio *pro libertate*, implícitamente reconocido en el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, resulta emergente dentro del conflicto de intereses entre las potestades estatales -estimuladas por motivos de seguridad- y las prerrogativas personales de cada individuo, inspirando que, en caso de duda, debe estarse a favor de una interpretación más favorable a la existencia y garantía de un derecho fundamental, como lo es la libertad. En síntesis, ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo ejercido en un estado de derecho, siempre debe escogerse la solución que resulte más próxima al pleno ejercicio de los derechos individuales.

Entonces, a la luz de los mencionados criterios rectores, en la controversia analizada debería prevalecer la aplicación ultraactiva de las anteriores versiones de la Ley N° 24.660 y del art. 14 del Código Penal, toda vez que sus actuales redacciones restringen o impiden el acceso a varios institutos inherentes a la ejecución penal.

## **VII. La solución por vía del principio constitucional de la reinserción social como finalidad primordial de la pena**

El art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Por su parte, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Dichos principios, de carácter constitucional, imponen al Estado la obligación de proporcionar al penado las condiciones necesarias para un desarrollo personal que resulte adecuado y favorezca su integración a la vida social al recobrar su libertad.

Dichos principios rectores fueron receptados por el art. 1º de la Ley N° 24.660, que estipula 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”.

De tal modo, cualquier precepto legal contenido en la ley de ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo esencial de ese régimen legal.

Ahora bien, la forma concreta mediante la que se reglamentaron dichas premisas de jerarquía superior, es un sistema de progresividad que va preparando al condenado

hacia su egreso al medio libre a través de la concesión gradual de ciertos institutos morigeradores de su encierro, basado en el análisis de sus avances y retrocesos individuales manifestados durante el transcurso temporal de la sanción privativa de libertad.

Dichos principios, de carácter constitucional, imponen al Estado la obligación de proporcionar al penado las condiciones necesarias para un desarrollo personal que resulte adecuado y favorezca su integración a la vida social al recobrar su libertad.

Por dichos motivos, ante el eventual conflicto de dos regímenes legales de ejecución penal que podrían resultar aplicables en un caso concreto, debería primar aquel que favorezca un acceso más fácil a esas posibles morigeraciones graduales del encierro, puesto que se orientan al afianzamiento del fin primordial de la pena que se ha reconocido constitucionalmente.

Además, no puede perderse de vista que, inspirado en ese mismo principio constitucional consagrado por los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el legislador nacional ha buscado incentivar a las personas que están cumpliendo condenas de prisión a que comiencen, o retomen hasta su finalización, actividades educativas, en el entendimiento de que existe una relación comprobable entre el desarrollo personal a través de la educación y la reintegración social, considerada el objeto central y prioritario de la pena.

Durante el debate parlamentario de la Ley N° 26.695, se sostuvo que el proyecto procuraba

“crear un régimen que pretende estimular el interés de los internos por el estudio al permitirles avanzar en forma anticipada al régimen progresivo de la ejecución de la pena, dirigido a los niveles de instrucción más bajos, a quienes no tienen oficio ni profesión y no

participan de programas educativos o de capacitación laboral o de formación profesional”<sup>[123]</sup>.

Lo mismo puede decirse de la conducta intramuros llevada a cabo por cada individuo, la que recibe su correspondiente calificación, que no solo determinará el avance progresivo a cada etapa del tratamiento penitenciario, sino que inspirará a los eventuales informes que serán oportunamente evaluados a tenor del art. 13 del Código Penal.

De este modo, la eventual aplicación del régimen de ejecución penal instaurado mediante la reforma operada mediante la Ley N° 27.375, disminuiría la eficacia operativa de los posibles estímulos educativos, lo que se traduciría en el reconocimiento de muchos menos efectos a los esfuerzos personales de superación en la vida intramuros.

La elección por el régimen según la redacción anterior de la Ley N° 24.660 también resultaría acorde a las denominadas “*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*” (Reglas Mandela), que expresamente estipulan en su número 95 que

“en cada establecimiento se instituirá un sistema de beneficios adaptado a las diferentes categorías de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta de los reclusos, desarrollar su sentido de la responsabilidad y promover su interés y cooperación en lo referente a su tratamiento”.

Si bien dicho instrumento, por tratarse de una resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, comúnmente se denomina *soft law* -por consistir en

principios o directrices sin fuerza vinculante para los Estados-, lo cierto es que se tornan relevantes por la autoridad de la que emanan y por su congruencia con el resto del sistema de garantías internacionales vigente. Se trata de un protocolo que contiene consensos internacionales que adquieren relevancia en la interpretación, aplicación y cumplimiento de los derechos allí enunciados.

Es por ello que su contenido puede ser considerado obligatorio, no solo porque expresa los estándares del orden público internacional, sino porque emanan del principio general de buena fe del derecho internacional: los Estados se imponen recíprocamente a respetar el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos y esperar que los demás Estados se comporten de la misma manera para con él.

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si bien las “Reglas Mandela” 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”<sup>[124]</sup>.

## **VIII. La objeción que plantea una supuesta violación al principio de igualdad**

Si se aplicara a la unificación de penas un tratamiento penitenciario regido por la anterior versión de la Ley N° 24.660, podría oponerse que ello implicaría una supuesta violación al principio de igualdad, porque habría favorecido injustificadamente a un reiterante, puesto que se le otorgaría un tratamiento más beneficioso con relación a otros condenados que, sin tener antecedentes, se

encuentran cumpliendo pena bajo el régimen de ejecución penal según Ley N° 27.735, sin posibilidad de acceso a ciertos institutos.

En primer lugar, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable [\[125\]](#).

Teniendo ello en cuenta, fácilmente se advierte la diferencia entre un caso de primera condena aislada (por ejemplo, a tenor de uno de los delitos previstos en la actual redacción del art. 56 bis de la Ley N° 24.660 o del art. 14 del Código Penal), y otro de unificación de dos penas distintas, motivo por el que ya no se encuentra presente identidad de supuestos requerido por el principio de igualdad que podría ser invocado.

Además, tampoco se advierte de qué manera un condenado a una pena única podría resultar “beneficiado” con relación a un delincuente primario sometido a la Ley N° 27.375, toda vez que aquel recibió una cantidad de pena única seguramente superior a una pena aislada, motivo por el que deberá transitar una mayor cantidad de encierro carcelario.

En todo caso, quienes planteen la objeción analizada en este punto, deberían profundizar su análisis para demostrar por qué motivo una pena más corta en su duración y que se encuentra sometida a la Ley N° 27.375, resultaría “más grave” que otra más larga y que se encuentra regida según la anterior versión legal de la Ley N° 24.660.

Por otro lado, ante la mencionada objeción, hay que diferenciar lo relativo a las salidas transitorias y lo atinente a la libertad condicional.

Por un lado, podría argumentarse que la regla general del nuevo régimen legal de la Ley N° 27.375 es que los reincidentes puedan acceder a las salidas transitorias previstas en el art. 17 de la Ley N° 24.660.

Adviértase que solo se encuentran vedados los que cometan alguno de los delitos previstos en la nueva redacción del 56 bis, aunque sean incluso primarios. En dichos supuestos, solo podrán acceder a un régimen mucho más severo, previsto en el art. 56 quater.

Por ende, aquella objeción también podría ser esgrimida en un sentido opuesto: la nueva prohibición prevista en el art. 56 bis lesiona al principio de igualdad en la dirección contraria, puesto que afecta a aquellos condenados primarios, sin antecedentes, que cometen uno de los delitos enumerados en la ley, mientras que simultáneamente permite que los reincidentes que no perpetraron algunos de esos *numerus clausus* puedan acceder a un régimen de salidas transitorias más benigno.

Con relación al instituto de la libertad condicional, corresponde diferenciar los casos en lo que ha mediado -o no- una declaración de reincidencia. Pues si la unificación de penas se impuso a una persona declarada reincidente, queda vedado el acceso al egreso anticipado. Sin embargo, si en la unificación de las penas no mediaron los requisitos del art. 50 del Código Penal, el problema radica en que la nueva redacción del art. 14 del Código Penal plantea una situación similar a la antedicha.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en el conocido fallo “L’Eveque”<sup>[126]</sup>, que

“la garantía de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio

a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable”.

En dicho precedente, el Alto Tribunal justificó la constitucionalidad del instituto de la reincidencia porque su fundamento sería “el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”.

La paradoja radica en que la nueva redacción del art. 14 del Código Penal otorga exactamente las mismas consecuencias a quien no manifestó desprecio alguno con un encierro anterior padecido. Pues, en definitiva, la característica de la última norma es que otorga los mismos efectos inherentes a la reincidencia a personas que resultan primarias en el delito.

De este modo, también podría alegarse una violación al principio de igualdad, a través de una indebida equiparación en la severidad del cumplimiento de la pena, en supuestos donde no se encuentran presentes aquellos fundamentos de mayor rigurosidad que la fundamentaron, puesto que la nueva redacción del art. 14 del Código Penal afecta a aquellos condenados primarios, sin antecedentes, que cometen alguno de los delitos enumerados en dicha norma, mientras que simultáneamente permite que los reincidentes (con “un mayor grado de culpabilidad”, en los términos del Alto Tribunal) que no perpetraron algunos de esos *numerus clausus* puedan acceder al instituto.

## **IX. La necesidad de respetar el régimen efectivamente aplicado en el caso**

Por último, más allá de las disquisiciones efectuadas hasta ahora, bien podría suceder que ante el concreto pedido de un beneficio de la ejecución penal, las autoridades



penitenciarias se expidan favorablemente (por ejemplo, para el otorgamiento de las salidas transitorias a la mitad de la pena, o en un supuesto en el que el segundo hecho por el que resultó condenado a una pena única se encuentra en el catálogo del nuevo art. 56 bis de la Ley N° 24.660; o también para la concesión de una libertad condicional; o para el acceso a la libertad asistida faltando seis meses para el agotamiento de la pena).

Dicha circunstancia no resulta irrelevante, pues revelaría que la pena única que se encuentra cumpliendo ya se encontraba sometida al régimen anterior de la Ley N° 24.660. Debe señalarse que el régimen de ejecución penal no se trata de un simple marco legal teórico, de carácter abstracto, sino que se trata de una situación fáctica concreta, que se plasma en la realidad.

Teniendo ello en cuenta, si las autoridades penitenciarias diseñaron -conforme lo estipula el art. 5 de la Ley N° 24.660- un tratamiento programado e individualizado dentro de la progresividad del régimen penitenciario, que prepararía al penado para acceder a ciertos institutos en un determinado tiempo y forma, entonces ello determina la necesidad de respetar el régimen que ha sido efectivamente aplicado en el caso concreto, más allá de la postura personal del juez de ejecución que habrá de resolver.

El diseño previo de ese plan de reinserción social no solo es una obligación ineludible del Estado, sino que también debe darse previamente a conocer al penado. Con relación a ello, se ha sostenido que

“considerar que no resulta necesario establecer de manera previa la determinación cualitativa de una pena, es decir, no contestar al interrogante de cómo podrá ser ejecutada una sanción, marca indudablemente un desprecio por los objetivos y fines que se persiguen a través del cumplimiento de las penas privativas

de la libertad (...) Es un derecho del condenado saber con exactitud cuáles son las maneras posibles de cumplimiento de la pena que se le impuso, en tanto que es un deber de las autoridades de aplicación y control determinar qué tipo de tratamiento resulta más conveniente para el caso”<sup>[127]</sup>.

Por ello mismo, pretender erigir una prohibición en forma intempestiva, que no ha sido oportunamente comunicada, significaría una clara regresión en el tratamiento penitenciario individual del penado, que fue diseñado teniendo en miras el posible acceso a ciertos beneficios. Caso contrario, se tornaría en obsoleto a todo el proceso de reinserción social que ya ha sido puesto en marcha.

En este punto, cobra relevancia lo afirmando por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que “...una pena que se ejecuta de un modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”<sup>[128]</sup>.

## **X. Reflexión final**

Es fácil advertir la importancia de la posición que se tome en esta materia, relativa a la determinación de cuál legislación de ejecución penal se debe aplicar en supuestos de unificación de penas.

No puedo dejar de observar que, en el análisis de las interpretaciones plausibles aquí planteadas, también debe tenerse en cuenta que la Ley N° 27.375 no solo afecta directamente a un aspecto cualitativo de la pena, sino que

también provoca serias consecuencias en el ámbito cuantitativo del encierro intramuros.

En ese sentido, en un escenario en el que la infraestructura del Servicio Penitenciario Federal se encuentra colapsada, también debe tenerse considerarse el dictado de la Resolución Nro. 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de fecha 25 de marzo del corriente año, mediante la cual se resolvió en su art. 1º “Declárese la ‘emergencia en materia penitenciaria’ por el término de TRES (3) años a partir de la publicación de la presente”.

Por ello mismo, no deben desestimarse las eventuales razones legales y dogmáticas que permitirían la aplicación de un régimen de ejecución penal que coadyuvaría a no incrementar la superpoblación carcelaria.

# Propuesta para transformar la ejecución penal y la política penitenciaria argentina

Pablo Corbo\*

*“...El único tirano que acepto en este mundo, es la pequeña y sosegada voz interior...”*  
(Mahatma Gandhi)

Argentina año 2050. Como el mundo entero, podemos imaginar a nuestro país atravesado por nuevas formas tecnológicas y desarrollos digitales, con redes sociales de comunicación protagonistas en tiempo real de lo que va sucediendo, configurándose así una dinámica tecnológica que habilita un mecanismo de democracia directa, en tanto es posible conocer al instante la actividad pública, quienes, cómo la ejercen, interpelarlos y marcar agenda en los medios masivos de comunicación.

La sociedad puede conocer con un solo clic lo que hace su sistema de justicia, que con esa misma inmediatez entonces se ve rindiendo cuentas, quiera o no, de lo que hace.

No hay así margen para burocracia de ningún tipo, y es por eso que la presión social mediática sobre los que deciden se intuye como inmanejable. Ello permite inferir que la toma de decisiones se presenta, como reaseguro para proteger umbrales mínimos de independencia judicial, más impersonal, más automatizada, altamente previsible y más corporativa. Esto último en el sentido que se necesitan

construir respuestas estandarizadas del sistema de justicia entendido como un cuerpo impersonal, pues nada puede quedar librado al azar.

Un mundo donde todo se ve, se escucha, se sabe.

Las emociones, pasiones, valores de los seres humanos con todo el bien y el mal que ancla en sus corazones, según lo que cada uno elige alimentar, así como nunca ha cambiado en la historia humana tampoco ha cambiado en ese tiempo.

Llegamos al actual universo de las cárceles y el sistema de ejecución penal de nuestro país, el fenómeno de la privación de libertad entendida como forma legítima de administración de violencia estatal -o paz estatal- y el sistema de control diseñado en la CN para que los jueces garanticen su sanidad y limpieza. En un sentido amplio el ideal constitucional propone un espacio en el que debe regir la ley, condiciones dignas de encierro, existir formas racionales y pacíficas de abordar conflictos, humanidad en primera y última instancia, con un sistema judicial que debe garantizar esa armónica dinámica -art. 18 CN-.

Tal es el presupuesto necesario para garantizar, por un lado, aquellas condiciones dignas de vida en encierro para personas presas sin condena, quienes solo deberían ser excepcionalmente detenidas a la espera de un juicio penal, y por el otro lado para fijar condiciones mínimas de dignidad y proveer herramientas para facilitar un proceso de reinserción social de aquellos que cumplen penas privativas de la libertad, art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las primeras oraciones quieren evidenciar que el futuro colectivo de mediano y largo plazo, no habrá de ser más que el reflejo de aquello que plasmemos en el aquí y ahora. Solamente un cambio de paradigma que conlleve a acciones sustancialmente distintas habrá de provocar

resultados distintos y más parecidos a los constitucionalmente esperados.

## **I. El programa de política penitenciaria se encuentra en la Constitución Nacional desde el año 1853, hay que cumplirlo**

El programa de política penitenciaria definido por la CN, es sencillo y claro:

“...Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...” -art. 18 CN-.

Ejecutar tales condiciones, que en sentido amplio supone llenar de humanidad y dignidad las cárceles, es la razón y objetivo excluyente de las políticas públicas en la materia, que a juzgar por la realidad de nuestros sistemas de encierro viene fracasando. A la emergencia penitenciaria declarada por la autoridad ministerial nacional ante el pandémico hacinamiento constatado de las prisiones federales, sobrevino un estado de emergencia sanitaria por otra pandemia, esta sí que no pudo ser prevista, y ha servido para visibilizar y multiplicar un fenómeno que, dejando de lado los eufemismos, agudizó un sistema cruel, inhumano y degradante de privación de la libertad.

Penas de tortura, dice sin reparos Eugenio Zaffaroni, afirmando incluso que desde el punto de vista jurídico penal los jueces que envían personas a la cárcel en esas condiciones “*son autores mediatos de tortura*”<sup>[129]</sup>. En palabras de la Defensora General de la Nación: “*Las*

*cárceles hoy en día son lugares de castigo, son todo lo contrario a lo que establece la Constitución, no son lugares de resocialización”* [\[130\]](#) .

Podemos asumir una cierta y esperable disociación inicial entre el ideal constitucional y la realidad de hecho de las cárceles, pero para que el programa político se cristalizara el constituyente fijó como garante excluyente a los jueces, previendo muy enfáticamente: “...y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice...” -art. 18 CN, última oración-.

¿Qué valor tiene esa distinción? Alberto Binder afirma que es el único supuesto en el que la propia CN estableció una causal específica de destitución de un juez y agrega que la referencia “*so pretexto de precaución*” alude a la “*prudencia de los jueces frente a los medios de comunicación*” y entiende que los organismos con experticia en la materia deberían promover juicios políticos frente a esa (mala) prudencia judicial que soslaya lo que sucede en las cárceles. Y agrega en sentido coherente que el rol del Ministerio Público Fiscal debe ser asumir su propia responsabilidad funcional cuando requiere privaciones de libertad, sin sopesar en su postulación las condiciones específicas e ilícitas en las que se cumplirá dicho encierro [\[131\]](#) .

Recordemos que transcurrieron quince años del mayor precedente de nuestro máximo tribunal de justicia en materia de ejecución penal y carcelaria, el fallo “*Verbistky*” [\[132\]](#) , en el cual la mayoría de sus ministros reivindicaron la razón de ser del art. 18 de nuestra Constitución Nacional, haciendo una profunda apología de los estándares y reglas mínimas que el sistema de políticas públicas debió observar y garantizar en la materia. Y denunciando como contrapartida la situación en el sistema de encierro cruel en la provincia de Buenos Aires, pero

referenciando también al fenómeno de la privación de libertad en toda la Argentina con niveles de sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad e indignidad inaceptables.

Pero, lejos de revertirse, la situación post *Verbistky* luce ostensiblemente peor.

Ante tal desvarío la reflexión inmediata es obligada: Si a partir de tal hito emanado de la cabeza de nuestro sistema judicial, que incluso en la parte dispositiva de su decisión fijó la operatividad absoluta de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos -hoy reglas Nelson Mandela- como contenido que completa el art. 18 de la C.N., exhortando a la poderes públicos a adoptar medidas legislativas y ejecutivas para revertir esa situación, y nada de ello ha acontecido, sino que, muy por el contrario, se ha agudizado, cabe preguntarse: ¿Qué acción institucional esperaríamos que pudiera generar acciones distintas? ¿Un nuevo precedente de la CSJN? ¿Por qué estarían dadas las condiciones para que esta vez fuera distinto?.

En términos de balance, el sistema judicial ha ocupado un rol más periodístico respecto de lo que sucede en las cárceles argentinas, que como protagonista que garantiza procesos de encierro legítimos que no encuentren tal nivel de disociación entre realidad y la previsión constitucional.

Además de la evidencia de la casi nula incidencia que la decisión del máximo tribunal de nuestra República ha tenido en la realidad de las prisiones y como ascendente de las decisiones que en el mismo sentido debiéramos haber esperado del resto de los jueces, también se hace evidente que las soluciones son sencillas solo en el plano discursivo de las hojas que componen la decisión. La realidad de la cárcel habla por sí misma, y los comportamientos materiales que lesionan derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad, *las vías de hecho de la administración penitenciaria*, son el problema a resolver [\[133\]](#).



Desde la experiencia transitada en casi un cuarto de siglo vinculado con estos temas, aun despojándome del rol funcional circunstancial como Defensor Público Oficial de Ejecución Penal, reconociendo el valor de esas experiencias para observar las cárceles, su teoría jurídica, la real dinámica del sistema judicial de ejecución penal, a partir de los comportamientos de los seres humanos que interactuamos en ese universo poco escrutado, constato esos avances y retrocesos. Con un saldo cada vez más negativo y regresivo en la actividad del sistema de justicia, más permeable y condicionado por la presión comunicacional que genera una actividad jurisdiccional cada vez más “prudente”.

Me convenzo entonces de que la acción drástica es que el Poder Judicial debe hacerse responsable directamente del programa político constitucional, asumiendo que ha fracasado en su rol hasta la fecha, pues ha sido garante de una realidad constitucional que nunca estuvo ni cerca de cristalizarse.

Sea esto por pasividad, acciones dispersas, inocuas, excesiva “prudencia”, ha sido y continúa siendo funcional a un sistema de privación de libertad cruel, inhumano y degradante.

No he encontrado en todo el arco de la sociedad, poder político, judicial, legislativo, académicos, expertos, en las voces de aquellos otros que por sus propias responsabilidades transitaron y padecieron el encierro, una voz que afirme en su sano juicio lo contrario: las cárceles son asumidas como un espacio de violencia e inhumanidad y degradación, que solo reproduce más violencia e inhumanidad. Esta dinámica supone continuar legitimando día a día, año a año, por acción, omisión o prudencia, ese sistema absurdo, disociado y esencialmente injusto.

Desde el universo académico, hemos diseñado teorías del conocimiento despojadas de modelos teóricos idóneos para incidir en el abordaje real de las cárceles. Hemos disfrazado con eufemismos lo que sucede en nuestras

prisiones y admitimos sin ruborizarnos que integrantes del sistema de justicia puedan enseñar modelos teóricos que se asumen impotentes para plasmar en el campo real.

La paradoja de esto es un modelo teórico absolutamente ficcional y un sistema real de encierro, cuya crítica vehemente, por cierto, desde el poder judicial se encuentra dirigida hacia afuera de la responsabilidad funcional del propio sistema de justicia, que se excusa respecto de una crisis estructural que plantea, en su modo “periodista”, como ajena.

Como si existiera la posibilidad en un Estado de Derecho que se perciba y defina como tal, que pueda privarse a persona alguna de su libertad ambulatoria sin que medie la orden o aval de un juez.

Así como lejos de la realidad, la justicia en general -y penal en particular- está cada vez más distante de la ciudadanía en su conjunto, que la percibe como un sistema deslegitimado, no confía en su funcionamiento y denuncia puertas giratorias, pero sin preguntarse a cuanta oscuridad llevan y desde donde se sale de ellas. O qué implicancia tiene en la propia seguridad ciudadana, ese espacio institucional, como caldo de cultivo para más violencia social.

En cuanto a las circunstanciales víctimas, pasaron de destratadas e invisibilizadas, al extremo contrario, es decir permitiéndoles de hecho llevar adelante la agenda de la decisión judicial.

La responsabilidad por las condiciones bajo las cuales se priva de libertad a una persona será siempre será del Estado entendido como un todo, pero que, en su diseño constitucional, se encuentra dividido en sus funciones, todas en teoría concurrentes para alcanzar un único objetivo. A lo dicho del sistema de Justicia, un poder legislativo responsable de diseñar los marcos legales que deberían expresar reglas claras para proyectar los objetivos constitucionales, y un poder ejecutivo como poder administrador responsable de materializar las condiciones

a las que alude la CN y guiar un servicio público, servicio penitenciario federal, idóneo para plasmar esos mismos fines.

Lo relevante para la propuesta que se expresa es hacer hincapié en la función constitucionalmente excluyente del Poder Judicial que era, es y será garantizar para las personas detenidas condiciones conforme al art. 18 de la C.N., independientemente si por acción u omisión del Estado, sea en su función legislativa y/o ejecutiva, no las asumiera.

Es una invitación a una mirada profundamente autocrítica del sistema judicial, como punto de partida para contribuir a delinear las bases de un sistema penitenciario conforme a la Constitución Nacional, y un correlativo sistema de ejecución penal fuerte, protagonista y responsable de una posición de garante de cara a las prisiones que desde 1853 se puso en sus manos.

Es una reflexión sistémica que invite a un cambio drástico, en nuestras acciones.

No se ignoran ni se soslayan en el análisis, las expresiones vivas de jueces que en su cotidiana función batallan por la vigencia del art. 18 de la C.N, pero si al árbol se lo conoce por sus frutos, no podrá cuestionarse que los frutos del sistema judicial en relación con las cárceles no han sido, ni por cerca, los esperados.

Esas mismas distinciones sistémicas también deben ocupar a los Ministerios Públicos y especialmente el de la Defensa, que también debe redefinir sus dinámicas en función de los objetivos que persigue [\[134\]](#).

Las preguntas, algunas planteadas, parecen obvias: ¿Qué pasó hasta ahora? ¿Porque cambiaría en el futuro? ¿De quién es la pena pública? ¿Para qué serviría esa distinción? ¿Cuál es el objetivo de la política penitenciaria argentina, sino la realización del art. 18 de la CN, como base para garantizar cualquier proceso más o menos digno de reinserción social?

Cuanto más parecidas sean nuestras prisiones y nuestros sistemas de encierro a los estándares de paz y dignidad que prevé la Constitución, estaremos retirando violencia del sistema y sembrando paz hacia todo nuestro sistema social, pues:

“seguridad ciudadana, sistema penal y sistema penitenciario, son tres aspectos inescindibles de un único fenómeno, en tanto un sistema penitenciario que facilite la efectiva reinserción social de la persona privada de su libertad, incide indefectiblemente en la disminución de los altísimos niveles de reincidencia en el delito que se verifica en relación a las personas que ya estuvieron privadas de su libertad, y por ende, direccionar líneas de acción en tal sentido constituye un desafío impostergable para la implementación de una política de seguridad que satisfaga las demandas de nuestra sociedad, en general y de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en particular...”

[\[135\]](#)

El poder administrador como gestor de la política carcelaria, según puede observarse en su praxis real se ha visto condicionado para ejecutar una política clara en la materia en la medida que ha sido paralela su permeabilidad en función de sus expectativas electorales y de gobernabilidad. Esto lo coloca siempre en una lógica de soluciones pendulares, de coyuntura, acomodándose más a las demandas sociales del momento que ha ejecutar un horizonte de largo plazo dotado de previsibilidad y reglas claras.

En tiempos más tranquilos, también económica y socialmente, se alternan reformas progresistas, menos punitivas, pero en tiempos en los que campean los hechos

de inseguridad con alto impacto mediático se producen reformas de emergencia <sup>[136]</sup>, y una dinámica no solo de legislación, sino de jurisprudencia regresiva con marcada inobservancia de los estándares del sistema interamericano en la materia.

Pensar entonces en una acción drástica, cual es la ejecución de la política penitenciaria desde el poder judicial desde el control organizacional del servicio penitenciario, traería consecuencias que se observan como inexorables y auspiciosas para el cambio:

a) colocar al poder judicial efectivamente como responsable político y garante de la protección de los derechos de las personas privadas de libertad -art. 18 CN-;

b) fortalecer el poder judicial como estructura limitante de los otros poderes, habilitando un corporativismo bien entendido como defensa de la institucionalidad que cobraría un sentido diferente en su mensaje cohesivo a la sociedad en relación a cómo deben ser las prisiones y tratarse a las personas allí alojadas.

## **II. Que el árbol no tape el bosque. La Ley de Ejecución Penal más importante es la que define la ubicación o dependencia organizacional del servicio penitenciario y condiciona así su cultura organizacional, sus prácticas**

Desde una mirada sistémica la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad más importante no es aquella que regula las condiciones de cumplimiento de la pena y los derechos de las personas privadas de su libertad, sino aquella que permita reconvertir el paradigma organizacional del servicio penitenciario. Y fije su dependencia del Poder Judicial de la Nación.

Claro que una ley de ejecución penal, que transforme el cambalache vigente con el derrotero de reformas acaecidos desde la versión original de la Ley N° 24.660 a la fecha, es inmediatamente esperable, y no se soslaya en modo alguno su necesidad, pero de nada servirá para alterar el curso del diario vivir en las cárceles, si no se comprende desde su raíz la dimensión del problema.

Una legislación nacional de ejecución penal, conforme la doctrina vigente de la CSJN, continuará operando como un estándar federal mínimo de garantías que solo puede ser superado por las jurisdicciones provinciales [\[137\]](#), incluida absolutamente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que constituye un capítulo aparte en los estándares institucionales ya reconocidos por su Poder Judicial para guiar su desarrollo en materia penitenciaria y de ejecución penal a partir de los máximos estándares existentes en la materia [\[138\]](#).

Se espera una ley que tenga racionalidad, previsibilidad, aporte definiciones claras, diferenciación de trato de tratamiento, que distinga funciones propias de seguridad de la agencia penitenciaria como potestades mínimas de coacción directa indispensables para asegurar el cumplimiento de la pena y velar por la seguridad de las propias personas privadas de libertad, de aquellas intervenciones fundamentales y más relevantes propias de la facilitación del proyecto de reinserción social prestado por especialistas formados y que se ocupan del servicio esencial en las prisiones. Una ley que habilite sistemas dialogados que provoquen una actitud de compromiso de la persona privada de libertad, que cual adulto responsable debe hacerse cargo de su proyecto de vida.

Claro que es esperable una ley que tenga una mirada o perspectiva de los colectivos especialmente vulnerables o vulnerados, que contemple más adecuadamente la intervención de la víctima y cómo ejercerá su derecho a ser escuchada.

Una ley que en el diseño de la toma de decisiones para el control judicial distinga y precise las funciones del juez de garantías en el marco de un respeto celoso de la garantía de imparcialidad cuya correspondencia procesal es el sistema acusatorio; que defina en ese punto un rol proactivo del Ministerio Público Fiscal titular de la pena en tanto debe abogar por su cumplimiento conforme los estándares de la Constitución Nacional. Una ley que garantice en el plano de la actividad jurisdiccional, un esquema para la toma de decisiones *acusatorio, oralizado, público y acorde a los principios de inmediación y celeridad e incluso utilizando la mediación para la gestión de los conflictos intracarcelarios* [\[139\]](#) .

Una ley que se haga cargo de malas prácticas que no pueden admitirse, que contemple compensaciones específicas para las penas que sobrevengan como ilícitas en el devenir de su proceso de ejecución -por razones de violencia institucional, sobrepoblación, etc.-. Pero que distinga nítidamente tanto para este tipo de compensaciones “en especie”, los delitos gravísimos o de especialísima protección (integridad sexual, contra la vida, género), de los que no lo son. Esto último además sería tributario de una distinción esencial que asuma que esa falta de diferenciación ha alimentado las reformas del sistema de ejecución penal y ha operado como un verdadero “lastre” para cualquier proceso de ejecución penal más pacífico, respecto a la mayoría de los otros casos que componen la casi totalidad del sistema de privación de libertad [\[140\]](#) .

Todas estas notas distintivas son parte de una acción esperable de reforma legal, pero insuficientes para abordar, de raíz, el núcleo del problema que habilita un sistema de encierro desalineado con la CN.

### **III. La administración penitenciaria en cabeza del Poder Ejecutivo ha sido como un caballo sin jinete**

Conforme a su ley orgánica, Ley N° 20.416:

“El Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor” (art.1).

Constituye una fuerza militarizadas con un esquema de reglas propias, donde el fin es la seguridad y no la reinserción social del penado. La totalidad de la producción de las prisiones está orientada a la gestión de la seguridad como fin en sí mismo, por sobre el norte constitucional que se centra en la persona privada de su libertad. Nota característica de esta agencia es su innegable impronta castrense, con estructuras, mecanismos de gestión y prácticas reflejas al ejército, donde se privilegia la imposición de órdenes y su obediencia. La organización profesional suele establecer que el agente del servicio penitenciario posea estado penitenciario <sup>[141]</sup>, lo que se traduce en disciplina, subordinación y respeto a las jerarquías, cargos, funciones y antigüedades. Sus integrantes se dividen en escalafones, agrupamientos y grados, donde hay personal superior -oficiales- y subalterno -suboficiales- <sup>[142]</sup>. De hecho, su personal no puede sindicalizarse, ni ejercer ningún tipo de reclamo colectivo.

La situación de los trabajadores de la administración penitenciaria refleja una progresiva desprofesionalización y pauperización, además de que aquellos sufren un proceso de prisionización semejante al penado, incluyendo el



cúmulo de padecimientos que alcanza a un individuo que ha experimentado la cárcel.

En punto a la implementación del régimen progresivo y el ofrecimiento de un tratamiento facilitador del proceso de reinserción, predomina el discurso positivista que funciona como un paradigma para la labor de la administración penitenciaria. Así, se fija la imagen del interno desde esa perspectiva, como un otro, anormal, inferior, peligroso [143]

En materia de uso abusivo de la fuerza, las torturas, los tratos crueles inhumanos o degradantes, existen como una práctica sistémica y algunos de los factores que inciden para habilitarlas son: el nivel de militarización de la organización, el contexto cerrado, la debilidad de las víctimas, la impunidad del poder judicial, el desarrollo mediático de mano dura, la debilidad de los controles externos, la ausencia de niveles de formación adecuados, la cultura penitenciaria, etc.

Por otra parte, la concentración de funciones tales como salud, educación, asistencia espiritual, social alimentación, además de alejarse de los estándares internacionales recomendados en la materia, propicia la existencia de abusos.

Se advierte así un paradigma de la seguridad que se contrapone con el mandato constitucional, ya que la persona privada de su libertad es visualizada como un obstáculo para el cumplimiento de sus funciones por parte la agencia penitenciaria.

Frente a este cuadro la actividad judicial, máxime cuando el poder político no adopta los cambios drásticos por sus propias urgencias de agenda, cumple una función casi decisiva para reducir los previsibles niveles de vulnerabilidad del penado.

No se trata de demonizar la función de la agencia penitenciaria, lo cual además conduciría a un diagnóstico

equivocado y simplista de la realidad analizada, sino de sincerar el diagnóstico para propender a soluciones.

En punto a habilitar respuestas jurisdiccionales adecuadas, el problema se presenta porque se desconocen realmente las prácticas de la administración penitenciaria, en la medida que no existe en las cárceles otro actor estatal que monitoree semejante ejercicio de poder, sino porque además cuando la agencia penitenciaria informa su actividad lo hace desde un discurso cerrado, hermético, actuado y ficto, que acompaña totalmente la lógica y la dinámica de esa institución.

Lo relevante es entender que esas notas distintivas de la cultura organizacional del servicio o los servicios penitenciarios son también la expresión de una conducción política o cabeza organizacional, que por acción u omisión no definió un horizonte claro para la organización que depende de ella.

Encontramos ahí la clave: la administración penitenciaria federal depende orgánicamente de un ministerio de gobierno, (conforme su ley orgánica depende del Poder Ejecutivo Nacional por intermedio del Ministerio de Justicia Nacional, art. 4 de la Ley N° 20.416), y por ende ha quedado absorbido por esa cultura de gestión pendular, antes aludida, que es su “bajada de línea”. Tal cultura hacia adentro de la organización penitenciaria se traduce en un dejarle hacer, con un norte sistemáticamente ambivalente y confuso.

#### **IV. Hacia un cambio copernicano. Una administración penitenciaria dependiente del Poder Judicial y de la CSJN. Un jinete para el caballo**

Más allá de que esto sea así por imperio legal, esta dependencia orgánica se explicaría más por su conformación como fuerza de seguridad y no tanto en la idea de agencia que desempeña un servicio público destinado a personas.

Si el objetivo de la política penitenciaria no es otro que el diseño de un sistema de encierro pacífico, sano y limpio, y el Poder Judicial debe garantizar que esto sea así, no se comprende porqué la CSJN como cabeza de nuestro sistema federal de justicia no puede ser la cabeza orgánica de tal administración.

No hay base constitucional para explicar por qué el servicio penitenciario no pueda ser una agencia orgánica del poder judicial, cuando la responsabilidad final e inexcusable de un resultado exitoso de tal servicio público ha sido puesta sobre *"todo Juez"*.

Las atribuciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de acuerdo al art. 116 de la C.N. son específicas en cuanto:

"...corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero..."

Pero a esa función jurisdiccional excluyente, la propia CN le ha asignado también a los Jueces, cuya máxima expresión orgánica de nuestro sistema federal es la CSJN, la de garantizar cárceles de la nación sanas y limpias. Por lo tanto, sin que ello suponga confundir atribuciones jurisdiccionales propias de la CSJN y tribunales inferiores en las “*causas*”, el Poder Judicial puede -y debería- asumir la superintendencia de las prisiones para garantizar el cumplimiento de la atribución directa de responsabilidad cuya fuente es la misma Constitución Argentina.

En términos prácticos, tampoco se advierte como obstáculo que la agencia que materializa ese servicio esencial, el S.P.F., pudiera desenvolverse con ciertos marcos propios de gestión y tal como lo hace actualmente.

Lo disruptivo que se espera es que la impronta organizacional, sus lineamientos nucleares, y las decisiones más trascendentes de esa agencia irradiarían de la estructura de la cual dependería orgánicamente.

Ese cambio es, en sí mismo, copernicano.

Pensemos, en la misma dinámica que decantó en “Verbistky” y cómo los ministros de la CSJN, se hubieran visto interpelados a activar un sistema racional de reducción carcelaria, a fijar un plan de trabajo dentro de la agenda judicial e interpelar así a cada juez por su responsabilidad en los términos del art. 18 CN.

En materia de cupo y medidas contra el hacinamiento en las prisiones, eternamente inconcluso, el poder judicial las expectativas serían también distintas. En la actividad jurisdiccional no se han dado muestras claras para abordarlo de raíz, pese a la regulación en la materia, ya existente desde el año 1996, el art. 59 de la Ley N° 24.660

aun cuando no fue reglamentada <sup>[144]</sup>, y desde el año 2008 se aportó un estándar claro de la Comisión Interamericana de DDHH cuando dictó *los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las américas* (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26), en marzo 2018.

Ello, exhortando a que en materia de hacinamiento o cupo carcelario: *“Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva”* [\[145\]](#).

En el plano concreto de la propuesta esto supondría una línea de trabajo para plasmar, una regulación del cupo, con un compromiso directo del Poder Judicial en su concreción [\[146\]](#).

Aparecerían como viables respuestas vinculadas con la pena cualitativa [\[147\]](#). Los procesos de hiper judicialización mediante acciones de habeas corpus, que hoy funciona como un mecanismo hipertrofiado de acceso a la justicia ante la ausencia de canales y respuestas adecuadas a tal fin, se resignificarían como usina para mejorar el sistema.

¿Acaso no se genera una expectativa distinta de lo que debe empezar a suceder de una vez por todas con las cárceles, y compromete al Poder Judicial de manera distinta?

Los servicios penitenciarios han sido históricamente caballos sin jinete, porque como se analizó el poder político en su función ejecutiva no ha podido, o querido, ejecutar con coherencia un norte claro desde la CN y ha dejado ser a una estructura sin capitán.

El poder administrador en su conducción, que irradia luego en la cultura organizacional que de ella depende, nunca tiene tiempos suficientes y según sea la pulsión, condicionará a la otra función estatal, la legislativa, con leyes que serán más o menos regresivas según los propios condicionamientos de la opinión pública. Y todo ello matizado por expectativas electorales, que facilitan respuestas demagógicas, funcionales para construir una suerte de solución mágica donde en los hechos nada cambia.

Como contrapartida, el poder judicial no tiene esas urgencias corporativas y por lo tanto puede planificar y

ejecutar líneas de acción a mediano y largo plazo. Y a su vez los propios jueces, por la presión del afuera, irán dinamizando ellos mismos una sinergia proactiva.

El poder judicial se interpelaría así mismo, trabajando cohesivamente para alcanzar un cada vez mejor servicio de cárceles, cuyo corolario o termómetro se expresará en las dinámicas jurisdiccionales en relación a los detenidos.

Todo el sistema jurisprudencial funcionaría como usina para ejecutar adecuadamente la política en la materia [\[148\]](#).

Específicamente la Justicia de Ejecución Penal también aparecería con una función más definida en relación a los procesos de ejecución, pues el rol de garantías que tiene esa magistratura, en los términos del art. 3 de la Ley N° 24660, aparece hoy desdibujado para contrarrestar una realidad del encierro cuyas prácticas son acaso demasiado estructurales para el ejercicio de una función jurisdiccional vinculada a casos individuales. Como contrapartida una cárcel más emparentada con el plan de la CN, sí ofrece una dinámica virtuosa que permitiría un control judicial más prolífico orientado a facilitar los procesos de reinserción social, con mecanismos mas compositivos y mayor previsibilidad en la toma de decisiones.

La sociedad podría ver concretamente que sobre la base de la observancia de principios y estándares se facilita cualquier proceso de pacificación y es tierra fértil para humanizar el sistema penal que incide directamente en la seguridad urbana. Se podrían legitimar los procesos de mediación, de pacificación [\[149\]](#).

Hoy cada vez tenemos más y más organismos, mayores presupuestos, para alcanzar siempre los mismos malos resultados.

No es la ley, no son las cárceles, no son los jueces, no son los defensores, no son los organismos, ni los privados de su libertad, ni los trabajadores de la cárcel es el diseño del sistema.

Alguna vez, hace más de diez años, desde la comisión de políticas penitenciarias del Poder Judicial de la Ciudad autónoma de buenos aires a partir del postulado del documento marco de políticas penitenciarias que así lo señalaba, se propuso y concretó el primer patronato de liberados dentro de un poder judicial y por entonces caminábamos contra la corriente. Eso parecería un buen indicador [\[150\]](#) .

## **V. Hacia una cultura organizacional distinta. El ojo del amo engorda el ganado**

El servicio penitenciario, con el mismo presupuesto, el mismo personal, solamente al alienarse en la estructura orgánica de la CSJN, recibiría todas las directrices, estándares, modificaciones, que el propio sistema de justicia le proyectaría.

Así como remarqué aspectos estructurales críticos del sistema judicial en su rol de garantía efectiva frente a las cárceles, sí existe como contrapartida una cultura organizacional compacta, no me refiero en el sentido peyorativo de “corporativismo judicial”, sino a la cohesión como colectivo en ejercicio de una función esencial de un Estado: el servicio de justicia.

Por una multiplicidad de factores, que van desde la estabilidad que da el carácter vitalicio de los cargos, la carrera judicial, la formación en la cultura de la ley, la identificación con valores y creencias compartidas que tiene efectos sobre el comportamiento de todos sus integrantes. Esos valores organizacionales, que nacen de una deliberada intención de reflejar un compromiso por los principios de la Constitución Nacional, pueden percibirse específicamente también en la CSJN, más allá de quienes circunstancialmente pudieran integrarla -no viene al caso en el análisis-.

Esa cultura organizacional es la que guiará el comportamiento específico de sus integrantes.

La idea propuesta nace de la convicción que la ubicación orgánica del servicio penitenciario federal, bajo la dependencia del propio Poder Judicial y específicamente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, iría permitiendo un proceso de transformación, alineado con esa cultura organizacional.

No se trata de un suceso específico, aunque sí a partir de la decisión copernicana de ubicar el servicio penitenciario federal bajo aquella orbita organizacional, sino de un proceso de cultura organizacional que permitirá en el tiempo que la administración penitenciaria sea una expresión viva en sus comportamientos de la cultura organizacional que integra.

Veamos un ejemplo. La CSJN en una de las más elogiadas medidas respecto a cómo ser coherente en coadyuvar en una política pública que se declama, creó la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en el año 2006 con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad [\[151\]](#).

Sin que se hubieran escuchado voces encolumnadas detrás de una mirada solemne y acotadas a las funciones estrictamente jurisdiccionales de la CSJN, el máximo tribunal empezó a entender que el compromiso con la Constitución Nacional frente a determinadas políticas públicas ligadas a colectivos especialmente vulnerados, supone una actividad firme, proactiva desde el poder judicial.

## **VI. Conclusión. Hagamos algo distinto y esperemos resultados distintos**



Para empezar a cumplir el programa de política penitenciaria definido desde el año 1853 por la CN en su art. 18, fortalecer la independencia judicial, dotando de un sentido definido al control judicial en la etapa de ejecución penal, hay que ejecutar acciones drásticamente distintas a las actuales. Partiendo desde la propia CN se ensayaron algunas de las razones por las cuales ese objetivo sí podría cristalizarse si el servicio penitenciario federal dependiera orgánicamente del propio Poder Judicial, específicamente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La reforma más importante, sin soslayar la necesidad de una reforma legal impostergable de la Ley de Ejecución Penal, es la que define la ubicación o dependencia organizacional del servicio penitenciario y condiciona así su cultura organizacional, sus prácticas.

La administración penitenciaria en cabeza del poder administrador ha permitido, por dinámicas de gestión pendulares, confusas y atravesadas por presiones de coyuntura y expectativas electorales, un dejar hacer a una institución cuya cultura es además la de una fuerza de seguridad, no fijándose así un horizonte previsible conforme el plan constitucional.

El cambio copernicano se daría con una administración penitenciaria dependiente del Poder Judicial y específicamente de la CSJN, pues permitía reconfigurar el servicio público de prisiones conforme a la cultura organizacional que el mismo poder judicial le daría.

Albert Einstein definía locura como hacer lo mismo y esperar resultados distintos. Sea entonces esta una propuesta para analizar, trabajar, desarrollar, criticar, reflexionar, cuestionar, que nace de observar la realidad del encierro. Ello, desde la cordura y en la genuina esperanza de que accionar en este sentido generará que cultura de paz, no violencia, diálogo, respeto, escucha, reglas claras, responsabilidad, proyecto de vida, personas, ley, empatía, agenda de soluciones, transparencia, servicio, sanas, limpias, dignas, sean denominadores distintivos que

expresen la realidad de nuestras prisiones desde un sistema de justicia protagonista excluyente de ese devenir. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias.

## **La voluntad del legislador y la afectación al principio de igualdad**

*El fallo: “Gauna, Nathan Santiago Cpo. De Ejecución de pena privativa de la libertad -Recurso de Inconstitucionalidad- (SAC 7699706)”*

María Noel Costa<sup>\*</sup>

La Ley N° 25.892 introdujo modificaciones al art. 14 del C.P., negando la posibilidad a ciertos autores de delitos de acceder al beneficio de la libertad condicional. Esta enumeración, posteriormente se amplió, en el año 2017, con la sanción de la Ley N° 27.375 que a su vez modificó el art. 56 bis. de la Ley N° 24.660, cancelando beneficios para quienes cumplen penas por delitos previsto en esta norma, impidiéndoles acceder a la prisión discontinua o semidetención, y a la libertad asistida. La constitucionalidad de la prohibición y las limitaciones impuestas, son materia de debate en la actualidad, siendo contradictoria, la jurisprudencia, -federal como provincial- a la hora de afirmar o negar el agravio constitucional, que pesa sobre la reciente Ley N° 27.375.

En este sentido, se pueden referenciar, lo resuelto en los autos: “Caramiña, Recurso De Inconstitucionalidad Penal” (Expte. N° CJS 39.417/18) dictado por el TSJ de la Provincia de Salta el 13/05/2019; “Mayorga Pérez, Marcelo Ricardo p/Ejecución Penal” -FMZ 32797/2017/TO1/2-

dictado por el Tribunal en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza -11/2019-; “Luna, Pablo Gastón s/recursos de casación e inconstitucionalidad” resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal el 22/07/20 -FGR 11569/2016/TO1/6/1/CFC2-; “Legajo de Ejecución Penal seguido a René Luis Antezana Vargas formado en el marco de la causa N° 2724 caratulada Antezana Vargas, René Luis s/ inf. Ley N° 23.737” dictado Tribunal Oral Criminal Federal N° 6 con fecha 02/06/20 y “López Gómez, Jennifer s/ inf. art. 5, inc. c, Ley N° 23.737, comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción/tenencia con fines de comercialización s/ recurso de inconstitucionalidad”, dictado por el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 24/04/20, entre otros.

Resulta de interés el análisis, del fallo, “Gauna, Nathan Santiago Cpo. De Ejecución de pena privativa de la libertad - Recurso de Inconstitucionalidad (SAC 7699706)”, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en pleno, con fecha 10/03/20, en el que se expresó por la inconstitucionalidad de los arts. 14, inc. 10 del C.P. y 56 bis, inc. 10 de la Ley N° 24.660, al resolver:

“I.- Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la asesora letrada penal, doctora Silvia Muñoz, en favor de su asistido Nathan Santiago Gauna, en contra del auto N° 111, del 15 de marzo de 2019 del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María. II.- Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 10 del CP y 56 bis, inc. 10 de la Ley N° 24660, en cuanto excluyen al prevenido Nathan Santiago Gauna de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el período de prueba -

respectivamente- debiendo remitir la causa al Tribunal de Ejecución a sus efectos...”.

Los conceptos más significativos del fallo, podrían resumirse en las siguientes afirmaciones:

“Para la declaración de inconstitucionalidad deben presentar una irrazonabilidad e inequidad manifiesta (CSJN, “Martínez, José Martín”, Fallos 312:826, del Voto del Dr. Fayt que concurre a formar la mayoría del Alto Tribunal; TSJ, en pleno, “Toledo”, S. N° 148, 20/7/2008), que torne al caso aplicable la denominada regla de la clara equivocación., conforme a la cual “sólo puede anularse una Ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer Ley es no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional”, en cuyo caso “la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable.

“Respecto de los arts. 14, 2da. Parte del CP y 56 bis de la Ley N° 24.660, ya se expidió esta Sala a partir del precedente Aguirre (S. N° 434, del 29/9/2015) declarando su inconstitucionalidad pues se consideraron violatorias de la garantía de igualdad ante la Ley y los principios de progresividad, proporcionalidad y humanidad, y el mandato de resocialización.

“La exclusión abstracta de un catálogo de delitos con la consiguiente cancelación de los beneficios que durante la ejecución de la pena privativa de libertad se confiere en virtud del principio de progresividad, tal como se encuentra contemplada, vulnera la igualdad

ante la Ley por configurar una discriminación irrazonable.

“La nueva selección de delitos, conforme las normas vigentes, resulta absolutamente aleatoria e incomprensible y evidencia la manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada”.

“Pese al diferente nivel de injusto de las categorías delictivas incluidas, conforme los bienes jurídicos tutelados y sus penas, sin una razón válida se les otorga las mismas consecuencias penitenciarias.

“Los delitos considerados por los derogados arts. 14 del CP y 56 bis LEP, coincidían en el sentido de que tenían como denominador común, la muerte de la víctima y además estaban sancionados con pena perpetua, con excepción del homicidio con motivo o en ocasión de robo del art. 165 CP, que tiene sanción temporal”.

“La referencia a la mera naturaleza del delito castigado como fundamento discriminador importa sostener una presunción iuris et de iure de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios respecto del colectivo conformado por los condenados señalados en las normas criticadas, perspectiva incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria de nuestro sistema penal.

“Ambas normas en crisis, tanto la cláusula restrictiva de la Ley Penitenciaria (art. 56 bis) como el limitativo precepto regulado en el código penal para la libertad condicional (art. 14, segundo párrafo CP), visualizan en la praxis una pena capital, ya que el encierro prolongado o a perpetuidad importa la aniquilación física,

psíquica, civil y social de la persona; tiñendo de inhumana esta modalidad segregativa de ejecución del encierro y haciéndola totalmente contraria a nuestra antropología constitucional. El castigo, en estos casos, se transforma en un encierro a perpetuidad dado su efecto absolutamente irreversible. Ello, claramente no supera test de constitucionalidad alguno, desconociendo la vigencia del régimen progresivo.

“La nueva legislación trasluce criterios peligrosistas, incompatibles con los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro sistema jurídico. En base a diferenciaciones que exceden los parámetros de un Derecho Penal de acto y que se sustentan en cualidades personales que supuestamente detentarían los autores de determinados delitos, se ha pretendido indebidamente otorgar un trato diferencial y desigual, operando en tales condiciones como una suerte de presunción iure et de iure en su contra.

“En relación al nuevo art. 56 *quáter* incorporado por Ley N° 27.375, en las penas temporales resulta ilusorio creer que las finalidades primordiales de la pena, esto es, resocialización, readaptación, reeducación social del condenado puedan encontrar satisfacción por la vía del régimen preparatorio para la liberación que pretende preparar para el retorno a la sociedad en tan sólo un año a aquellos castigados con penas de extrema severidad (art. 56 *quáter*), entre otras modificaciones.

“Pretender compatibilizar dos expresiones, “progresividad” y “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” que, conforme su naturaleza, son irreconciliables, muestra una

insalvable contradicción, que, no puede tener cabida alguna dentro de nuestro sistema constitucional. Se cancela el régimen progresivo. Prácticamente desaparece el último periodo de la Ley N° 24.660 siendo reemplazado por un tiempo mínimo de 1 año (art. 56 quáter)”.

## La voluntad del legislador y la afectación al principio de igualdad

Con agudeza, Luigi Ferrajoli<sup>[152]</sup> advierte:

“existe un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la democracia, no antitética, sino complementaria a la de la democracia política, que permite entender los fundamentos axiológicos y conjuntamente los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que resalta la democracia como democracia constitucional o de derecho, y que **no tiene que ver con quien está habilitado para decidir (precisamente la mayoría) sino con lo que no es legítimo decidir, ni siquiera por unanimidad.** Una dimensión con respecto a la cual, de nuevo el derecho penal representa e históricamente ha sido el terreno emblemático de reflexión y elaboración: el de la construcción del Estado constitucional de derecho. **Esta esfera de lo no decible -en sobre qué no es lícito decidir (o no decidir)- no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer de la voluntad de las mayorías** ¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma



escrita que representan los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos para las mayorías, precondiciones del vivir civilizado y simultáneamente razones mismas del pacto de convivencia? **Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos** -sean ellos desviados o no- **y la garantía de sus derechos fundamentales, primero entre todos la vida y la libertad personal**, pues no puede existir voluntad de mayorías, ni interés general, ni bien común o público frente a los cuales ellos puedan ser sacrificados. Ningún hombre, escribió Beccaría, ha donado gratuitamente parte de la propia libertad a favor del bien público. En efecto, fue la necesidad la que presionó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: él está entonces seguro de que nadie quiere poner en depósito público sino la mínima porción posible, la suficiente para inducir a los otros a defenderla, todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho más no derecho”.

La cita transcripta, no es antojadiza, toda vez que conduce a la reflexión sobre la esencia del tema que nos ocupa, esto es, el pacto que nos une como sociedad y, en consecuencia, el principio de igualdad, el derecho a decidir de la mayoría -conforme el sistema democrático-, y el interés general o bien común, que motivo el dictado de las normas bajo análisis.

Tal como lo ha sostenido en diversas oportunidades la CSJN, la primera regla de interpretación de las Leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente, para determinar esa voluntad, es la letra de la Ley, (Fallos 302, 973. 219; 167) por lo que, resulta imprescindible dilucidar el sentido de la misma, para en definitiva establecer al momento de su aplicación, si ésta

afecta la igualdad de los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

En este contexto, adentrándonos a la exposición de motivos <sup>[153]</sup> expuesta por los diputados al momento de someter a discusión el proyecto de Ley y que se replicó en la Cámara de Senadores, se pueden advertir con claridad, que las modificaciones introducidas fueron impulsadas, bajo el prisma del fracaso del sistema judicial, del sistema penitenciario y de la política del Estado sobre seguridad e inclusión social.

Así, se lee:

“La lucha contra la criminalidad es un tema que ha sido largamente debatido, no solamente en este Congreso por parte de diputados y senadores, sino que también ha existido un fuerte debate social respecto de la seguridad que queremos, y respecto de las medidas necesarias a la hora de combatir el delito y la violencia en nuestro país. El presente proyecto se nutre de esta rica discusión y retoma algunos de los puntos principales de la Ley de ejecución de la pena sancionada en la Provincia de Mendoza en el año 2012 (...) **Los datos son alarmantes, significativos y hablan del colapso y del fracaso, no solamente del sistema penitenciario, sino también de las políticas llevadas a cabo en materia de inseguridad para combatir el delito y la violencia y las políticas de inclusión**, que son las políticas que a mediano y largo plazo nos auguran un mejoramiento en las condiciones de seguridad de los argentinos. Cuando hablamos de que en 2015 hubo 1.568.279 delitos en la Argentina y consideramos que sólo en un porcentaje menor al 3 % de los casos se llega a

una sentencia de condena, nos damos cuenta de que la eficacia del sistema judicial está en crisis, porque fue un sistema judicial que devino obsoleto, porque es un sistema cuya estructura no se ha adaptado a los tiempos ni a la magnitud del delito y de las organizaciones criminales que surgieron con posterioridad, y demuestra que en definitiva los medios del Estado para llegar efectivamente a condenar no son los indicados o no están siendo utilizados del modo debido (...) En este marco, son aproximadamente 70.000 personas las que están detenidas en las cárceles del país. De ellas, más del 50 % están procesadas, pero aún no tiene condena. Y, este es el punto central, después de recuperar la libertad, el 46,5 % -conforme las estadísticas referidas al porcentaje de reincidentes hoy, elaboradas por la Universidad Tres de Febrero- volverá a delinquir (...) Se ha objetado en muchas ocasiones la constitucionalidad de normas como las que aquí se proponen y se señala que “no se quiere la resocialización de los delincuentes”. Esto es falso. Estas personas eventualmente van a recuperar su libertad y es un interés y preocupación del Estado, y nuestro como conciudadanos, que salgan en condiciones de reinsertarse a la comunidad que conformamos entre todos (...) El objetivo en ningún momento deja de ser la resocialización a través de un régimen progresivo, pero se trata de adaptarlo a ciertos casos para que pueda cumplirse respetando el cumplimiento íntegro de la pena intramuros. En este sentido, no existe tratado ni normativa internacional alguna que obligue al Estado a que no se cumpla la sentencia privativa de la libertad de manera total en establecimientos cerrados, más aún

cuando razones de política criminal lo ameritan (...) Y debe ser el propio Estado, dentro de ese establecimiento penitenciario, quien -con todos los recursos humanos y materiales a su disposición- lo transforme y lo resocialice, lo haga internalizar valores. Pero eso no es lo que está ocurriendo en la actualidad, porque de lo contrario no existirían los porcentajes de reincidencia que hoy tenemos. De lo contrario, aquellas personas que salen con salidas transitorias no delinquirían. Esto demuestra que: ni los controles, ni el diagnóstico, ni el tratamiento son acertados. La pregunta que debemos hacer es: ¿quién se hace cargo de aquel delincuente que fue condenado por un tribunal, en el marco de un proceso donde se le dieron todas las garantías, en donde contó con el debido proceso, donde tuvo asistencia técnica y en donde fue condenado por ese delito? ¿Quién se hace cargo de esta persona, que, a mitad de condena, cuando la debería estar cumpliendo, comete un homicidio, un robo, un delito contra la integridad sexual? El Estado se tiene que hacer cargo”.

Ciertamente, que resulta por lo menos, contradictorio y llamativo, frente a los motivos que impulsaran la modificación, esto es, el propio reconocimiento de: El fracaso de las políticas de seguridad, de inclusión, del colapso del sistema judicial, y del tratamiento penitenciario y el mea culpa que “El Estado se tiene que hacer cargo”, concluir en el dictado de una Ley que priva de derechos a los internos, en clara afrenta de los pilares que sustentan la progresividad del tratamiento, el principio de igualdad y en consecuencia el marco constitucional, que en definitiva, nos une e identifica como sociedad.

En este contexto, si bien las Leyes sancionadas y promulgadas con el mecanismo legal previsto, gozan de una presunción de legitimidad y la declaración de inconstitucionalidad de una norma, constituye un acto de suma gravedad institucional, en el mecanismo de control de constitucionalidad difuso (Fallos: 33:162), que rige en la Argentina, es posible su declaración cuando no exista la posibilidad de otorgarle a las normas bajo análisis, una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 310:500; 300:241; 312:122; 312:1437; 314:407; 314:424; 316:2624, 319:178, entre muchos otros), esto es, cuando exista una clara equivocación en el legislador, que torne la aplicación de la norma irrazonable o arbitraria. (Fallos 310:642, 312:1681, 320:1166, 2298).

Sumado a ello, y específicamente relacionado al tema que nos ocupa, resulta dable recordar, que nuestro texto constitucional, en su art. 18 -respecto a los internos y la judicatura- claramente expresa. “... *toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice*”, constituyendo éste un límite constitucional, lógico y razonable, a quien ejerce el mayor medio control social que tiene el estado.

## **La afectación a la progresividad del tratamiento penitenciario**

De la simple lectura de la norma, trasciende, que la persona condenada por un delito, de los seleccionados por el legislador, conoce con antelación, que **no puede albergar ninguna expectativa de tratamiento progresivo**, como sí lo harán, los condenados por otros delitos que no integren la enumeración del art. 14, segunda parte, razón por la cual desde el inicio, se le cercena al

interno, el incentivo de progresividad, como las posibilidades ciertas de una mejor integración, e incluso, **despojándolo de razones, en las cuales motivarse durante su encierro para un mejor desarrollo personal.**

Claramente el art. 1 de la Ley N° 24.660 consagra expresamente el fin resocializador de la pena y refleja el objetivo primordial del tratamiento penitenciario: lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la Ley y procurar su conveniente y progresiva reinserción social.

En este sentido, el principio de reinserción social se encuentra complementado o reforzado con el principio de “no marginación”.

“De allí que resulten imprescindibles, si se pretende una materialización del encierro carcelario inspirada en la finalidad de lograr la adecuada reinserción social del delincuente, instrumentos de derecho penitenciario orientados a reducir, a la mínima e inevitable expresión, estas nocivas consecuencias de la prisionización de un ser humano. El régimen de visitas al interno, las comunicaciones orales y escritas entre éste y sus vínculos extramuros, las salidas transitorias, la semilibertad, la prisión discontinua, la semidetención, y otros expedientes... son, justamente, institutos dirigidos al logro de tal objetivo” (Arocena, Gustavo A., “Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 363).

En idéntica dirección, los arts. 5.6 y 29 de la CADH y el art.10.3 PIDCyP, con jerarquía constitucional, disponen que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado, tal objetivo no puede

enfrentarse a un escollo inicial e insalvable que condicione de antemano la futura evolución de la persona detenida y la prive de obtener la posibilidad de un reintegro anticipado y controlado a la sociedad antes del vencimiento de la pena, aun cuando su esfuerzo personal y el logro de objetivos así lo recomienden.

Las normas del derecho penal deben ser interpretadas en armonía con el resto del sistema legal que se caracteriza por ser racional e igualitario, en concordancia con los postulados constitucionales.

En este contexto, cabe reseñar que la progresividad del régimen penitenciario fue receptada en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptada en el Primer Congreso de la Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que establece la conveniencia de adoptar los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (art. 60.2).

Ahora bien, las modificaciones introducidas al art. 14 del C.P., si bien responden a un reclamo de seguridad por parte de la ciudadanía, que puede ser legítimo, ello que no puede ser “acallado”, con un cambio en la modalidad de cumplimiento de la pena, teniendo en cuenta que su ejecución debe respetar el principio de resocializador previsto por nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional, pues torna incoherente el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, y es contrario a “la lógica interna del sistema” normativo por ella implementado, vulnerando su objetivo primordial, que es la progresiva y gradual reinserción social de toda persona que sufrió una condena (arts. 1, 3, 6, 168 y cc. de la Ley N° 24.660; 10, ap. 3, PIDCP y 5, ap. 6, CADH), lo que evidencia una clara equivocación por parte del legislador.

En efecto, nuestra Carta Magna adoptó la idea, de que se gestó en la primera mitad del siglo XIX en Europa, el llamado régimen progresivo, cuyo diseño obedece a los

directores de establecimientos penitenciarios, quienes partieron de la base del “innato deseo de libertad de los reclusos como fuerza motora para encausar la emulación de conductas que los conducirían a ella”<sup>[154]</sup> para fijar un sistema en el cual el avance hacia la libertad del interno del establecimiento penitenciario, se base en su conducta y trabajo, lo que como destaca la sentencia, claramente se encuentra afectado en el nuevo régimen, ya que “ahora” es la “misma” Ley la que le priva al condenado del estímulo, que representa la posibilidad de “diseñar” voluntariamente la forma de cómo va a cumplir su encierro.

En este sentido, el régimen progresivo de la pena consiste en que la persona transcurra durante su tratamiento por distintas etapas o fases, que van desde el aislamiento a la libertad. De modo tal que, el establecimiento penitenciario evalúa la conducta y comportamiento para habilitar la “promoción” a la siguiente fase hasta alcanzar la libertad. Es decir, en otras palabras, es un sistema diseñado para que, en el transcurso del tiempo, disminuya la intensidad del tratamiento penitenciario.

Debe reseñarse que nuestro país tuvo un destacado rol<sup>[155]</sup> en la producción de conocimiento científico en todo lo atinente a la materia penitenciaria. En efecto, el Código Penal de 1921 preveía el régimen de la libertad condicional y la Ley N° 1833 de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, sancionada en el año 1933, que regía para los establecimientos penitenciarios nacionales y federales, que establece el sistema progresivo de ejecución de la pena. Esta Ley dividió el tratamiento penitenciario en cinco fases:

- 1.- Observación;
- 2.- Reclusión;
- 3.- Orientación;
- 4.- Prueba; y
- 5.- Reintegración



Posteriormente, mediante la reglamentación dictada en el año 1947, se suprime la fase 5 y se establece que la misma consistiría en:

“la reincorporación del recluso al consorcio social mediante la concesión de la libertad condicional en la forma establecida por la Ley penal y bajo la tutela del Patronato de Liberados”<sup>[156]</sup>.

De modo tal, que el análisis de estos precedentes se deduce con facilidad que en la tradición penitenciaria argentina se inscribió en la corriente que, al momento de la ejecución de la pena mira a la persona, su conducta y su comportamiento; con prescindencia del delito por el cual fue condenado. Sumado a ello, si alguna duda cabe del programa político argentino diseñado por el constituyente de 1853, con la reforma del año 1994, se anexan al bloque de constitucionalidad, a través del mecanismo previsto por el Art. 75, inc. 22, de la CN, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Art. 10.3 dispone: “...*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...*” y también el de la Convención Americana de Derechos Humanos que en el art. 5.6 establece: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, en lo que aquí interesa.

En este contexto, y si bien el legislador<sup>[157]</sup> expreso que “*El objetivo en ningún momento deja de ser la resocialización a través de un régimen progresivo, pero se trata de adaptarlo a ciertos casos para que pueda cumplirse respetando el cumplimiento íntegro de la pena intramuros*”, cabe cuestionarse, como lo hace el fallo que se analiza, si el art. 56 quater -“Régimen preparatorio para la liberación”- incorporado por la reforma, respeta

materialmente el marco constitucionalidad, referido a la progresividad del régimen y la resocialización, o en definitiva, constituye una mera enunciación de principio para sortear la evidente tacha de inconstitucionalidad. Lamentablemente, esto último, parece ser la respuesta correcta. “Ilusorio”, sería pensar lo contrario, destaca la sentencia reseñada.

En efecto García Basalo, ya lo describía claramente, hace más de cuarenta años [\[158\]](#):

“Para considerar que un régimen, con toda propiedad, es progresivo -cualquiera sea el número de sus periodos o grados y su técnica de promoción o regresión-, es imprescindible que reúne estas tres notas o características distintivas: a.- División del tiempo de la sanción penal en partes que, llámese grados, periodos, fases o de cualquier otro modo, para que tenga razón de ser, deben poseer un contenido propio diferente en alguno de sus elementos o métodos del grado, período o fase que lo precede o sucederá; b.- Avance, detención o retroceso a través de los grados, periodos o fases mediante una valoración actualizada del condenado; c.- Posibilidad de la incorporación social del penado antes del vencimiento del título ejecutivo. **Si falta alguna de estas notas no hay régimen progresivo; podrá ser algo aproximado, pero no igual.** La tercera nota supone el egreso del condenado por medio de la libertad condicional u otro método transinstitucional similar. La libertad condicional, tal vez convenga recordarlo, es uno de los aportes más grandes y duraderos del régimen progresivo al repertorio de los métodos de tratamiento” (el resaltado me pertenece).

## **La afectación al principio de Igualdad**

Analizando la norma, bajo el prisma del principio de igualdad, se advierte, que el mismo también se encuentra lesionado, toda vez que prima facie se advierte que la distinción que hacen los art. 56 bis de la Ley N° 24.660 y el art. 14 del C.P., en su segundo párrafo -cuestionado- es el producto legislativo de una política criminal, que antepone una concepción peligrosista, por sobre una igualitaria elección sobre la entidad o gravedad objetiva del delito cometido -“derecho penal de acto”-, resultando de esta manera arbitraria, por no respetar los lineamientos básicos del principio de igualdad que consagra el art.16 de la Constitución, esto es que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la Ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos.

Ahora bien, la nueva selección de delitos estipulada en el art. 14, segunda parte, del C.P., resulta aleatoria e incomprensible, por lo que no se puede sostener válidamente, que la distinción practicada obedece a una selección igualitaria, o fundada, en un denominador común, como podría ser, el marco punitivo, la pena indivisible, o el bien jurídico protegido.

Por el contrario, la distinción, revela prima facie, dos desigualdades: la primera, que frente a un distinto nivel de injusto de las categorías delictivas incluidas, conforme los bienes jurídicos tutelados y sus penas, sin una razón válida se les otorga las mismas consecuencias penitenciarias, y la segunda que frente a internos, con la misma pena, o penas superiores, -pero con delitos no incluidos en el catálogo- se les aplica un distinto tratamiento penitenciario, que no se corresponde con su comportamiento “intramuros”. A modo

de ejemplo, el condenado por algún delito contra el orden público, la seguridad de la Nación o contra los poderes públicos y el orden constitucional (arts. 209 a 228 del C.P.), los cuales llegan a estipular una escala penal máxima en abstracto de hasta prisión perpetua (art. 214 del C.P.), podrán gozar del beneficio de la libertad condicional, los que le es negado a los ilícitos del art. 5 inc. c de la Ley N° 23.737.

Adviértase, en este sentido, que la anterior selección que fuera derogada, coincidía en el sentido de que tenían como denominador común, la muerte de la víctima y además estaban sancionados con pena perpetua, con excepción del homicidio con motivo o en ocasión de robo del art. 165 CP, que tiene sanción temporal, lo que no sucede en la norma bajo análisis. En efecto, la norma derogada establecía:

“Art. 56 bis. No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.- Homicidio agravado previsto en el art. 80, inciso 7., del Código Penal. 2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el art. 124 del Código Penal. 3.- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4.- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el art. 165 del Código Penal. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 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 arts. 35, 54 y concordantes de la presente Ley.”

Como claramente lo destaca, Javier Augusto De Luca, en su dictamen en los autos “Salvatierra, Ramón Humberto s/legajo de ejecución penal” -Reg. N° 25/2017/TO1/CFC1 - Sala II-, al expresar:

“Entiéndase bien que no se trata de una colisión con el principio de legalidad, pues la prohibición de otorgar la libertad condicional u otros beneficios, como en el caso, que se discuten salidas transitorias, está prevista en la Ley vigente con anterioridad al hecho del proceso (art 18 CN), con lo cual el delincuente está advertido de lo que le espera. No es ese el problema. Sino su colisión con los principios constitucionales de igualdad (art. 16 CN), y progresividad y reinserción de las penas (art. 5°, inc. 6, CADH), porque la consecuencia punitiva más gravosa (de no acceder a la libertad condicional o a las salidas transitorias en los plazos generales y después de haber observado los reglamentos carcelarios), no se corresponde con su comportamiento durante su ejecución”.

En definitiva, la diferencia de trato que realiza el art. 14 del Código Penal (segunda parte) no contiene ninguna motivación en una justificación razonable; evidenciando claramente una desproporción entre la finalidad perseguida y el interés tutelado, por lo que resulta arbitrariamente discriminatoria y, en consecuencia, vulnera el principio consagrado en por nuestra Carta Magna en el art. 16.

## **La necesidad de la razonabilidad de la norma**

Tal como se expresó precedentemente, la CSJN, ha expresado, en reiteradas oportunidades, que la primera regla de interpretación de las Leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y a la primera fuente, para determinar esa voluntad, es la letra de la Ley, (Fallos 302,973. 219;167) por lo que, resulta imprescindible dilucidar el sentido de la misma, para en definitiva establecer al momento de su aplicación, si ésta es razonable.

En efecto, el principio de razonabilidad -derivado de los arts. 28 y 33 de nuestra Carta Magna-

“importa, dentro del sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la Ley -y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la Ley o privado de hacer lo que la Ley prohíbe, siempre que el contenido de aquélla sea razonable, justo y válido” (Germán Bidart Campos “Derecho Constitucional”, Ediar, Tomo II, págs. 118/119).

Desde esta perspectiva, no puedo perder de vista que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que

“5°). 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. Y ello responde al principio de que "el ingreso a una prisión, en tal calidad [de condenado], no despoje al hombre de la protección de las Leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional" (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos, 318: 1894)".

En este contexto, y conforme lo desarrollado, se advierte que el trato diferencial que contiene el art. 14, segunda parte, inc. 10 del C.P. -modf. según Ley N° 27.375- carece de motivación en una justificación razonable, y evidencia una desproporción entre la finalidad perseguida por la norma y el interés tutelado, por lo que resulta arbitrariamente discriminatoria y, en consecuencia, vulnera principios constitucionales consagrados en los arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1, 5.6 y 24 CADH; 10.3 y 26 del PIDCyP, y al amplio ejercicio de control jurisdiccional en la etapa de ejecución de la pena -arts. 3 y 4 de la Ley N° 24660-, al establecer la norma cuestionada una presunción "*iuris et de iure*", "*ab initio*", en contra del penado; violatorio del sistema republicano de gobierno, y del principio de resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, infringiendo los postulados que demarcan los principios de legalidad y culpabilidad, lesionando el principio de proporcionalidad, perdiendo legitimidad, toda vez que coarta las posibilidades disponibles desde el Estado para una mejor integración social a quienes hayan sido condenados por algunos de los delitos previstos, con total prescindencia de la evolución personal, nivel de integración corroborable y esfuerzo de resocialización del autor.

## Conclusión

La colisión entre la seguridad ciudadana en sentido genérico y la reinserción social de un condenado por alguno de los delitos contenidos en la Ley deja a la luz la primacía del segundo por sobre el primero, si se tiene en claro que no se puede hacer recaer sobre el preso la eficacia del Estado (Martínez Santiago, Discurso de Emergencia y Limitación de los derechos fundamentales de los Reclusos, comentado por Horacio Díaz, Código Penal de La Nación Argentina, Parte General, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2018).

Algunas de las reformas que han sido implementadas a lo largo de los años a nuestro código normativo, como las analizadas en el presente fallo, se ofrecieron como respuestas esporádicas a algún hecho en particular, de características gravísimas y en consecuencia de gran conmoción social. Sin embargo, una y otra vez, han mostrado ser ineficientes para brindarles una respuesta a las legítimas demandas sociales de seguridad.

Como corolario de todo lo expuesto, entiendo, que la facultad conferida a los jueces no es caprichosa ni antojadiza, sino que es el/la Juez/a de Ejecución quien, en contacto directo con la persona privada de libertad, tiene la facultad y se le debe proveer de las herramientas necesarias, para juzgar el avance de la persona en el tratamiento penitenciario y su debida reinserción social.

En otras palabras, los jueces y juezas de ejecución penal tienen por obligación inmediata de proteger y garantizar el goce de los derechos y de las garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo ciudadano que, sometido al debido proceso penal, ha sido objeto de una sanción punitiva.

En definitiva, y tal como lo expresaran los legisladores al momento de exponer los motivos de la reforma: ***“El Estado se tiene que hacer cargo”***, de sus aciertos y sus fracasos.



(Subrayados, resaltados y cursivas pertenecen a la autora)

# **Sanciones disciplinarias en el ámbito carcelario: los alcances del Derecho de Defensa**

Javier E. de la Fuente<sup>\*</sup>

Mariana Salduna<sup>\*\*</sup>

## **I. Introducción**

Como punto de partida, es importante señalar que la disciplina constituye un aspecto fundamental dentro del ámbito carcelario. Concretamente, el art. 79 de la Ley N° 24.660 -en adelante LEP- establece que: “El interno está obligado a acatar las normas de conducta que, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinen esta ley y los reglamentos que se dicten”. Nos hallamos ante normas que rigen, no sólo respecto de las personas condenadas privadas de su libertad, sino también con relación a aquellas que se encuentran sometidas a detención cautelar (prisión preventiva). [\[159\]](#)

El régimen disciplinario cumple dos funciones esenciales: por un lado, resulta una exigencia insoslayable para procurar la seguridad, el orden y la convivencia adecuada dentro del establecimiento. Y, por otro, específicamente en el caso de las personas condenadas, la disciplina funciona como una herramienta que contribuye al objetivo de reinserción social que se pretende lograr a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en

la medida en que el respeto de las normas que rigen la vida dentro de la cárcel constituye un paso importante para continuar con el acatamiento de las normas jurídicas una vez que se obtenga la libertad.

Ahora bien, para la aplicación de correctivos o sanciones dentro del ámbito carcelario por transgresiones al régimen de disciplina debe seguirse necesariamente un “procedimiento”, cuya finalidad es impedir que se vulneren las garantías de la persona detenida. <sup>[160]</sup> Una de esas garantías es el Derecho de Defensa en juicio.

El objeto del presente trabajo consiste, entonces, en exponer una serie de lineamientos en torno del alcance de esta garantía en el marco de los procedimientos disciplinarios que se sustancian en los establecimientos penitenciarios y durante la etapa de posterior revisión judicial. Si bien ya hemos abordado anteriormente este problema en una obra más general sobre el régimen disciplinario en las cárceles, <sup>[161]</sup> la aparición de nuevos estándares justifican una revisión y actualización de los criterios que oportunamente sostuvimos.

## **II. El Derecho de Defensa en el marco del procedimiento disciplinario. Normativa**

Como punto de partida, es necesario señalar, en cuanto al marco normativo del régimen de disciplina, que en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF) dicho marco viene impuesto por el Reglamento de Disciplina para los Internos; esto es, el Decreto 18/97 y por las disposiciones incluidas en el Capítulo IV, “Disciplina”, de la LEP. Tanto la Ley N° 24.660 como el Decreto N° 18/97 han procurado instaurar un procedimiento que sea respetuoso del Derecho de Defensa de las personas

detenidas. Ello puede observarse en las siguientes disposiciones. [\[162\]](#)

En primer lugar, el art. 8 del Decreto N° 18/97 establece expresamente que no podrá aplicarse sanción sin la previa comprobación de la infracción, mediante el debido procedimiento y “asegurando el ejercicio del Derecho de Defensa”.

Por su parte, el art. 91, LEP establece que:

“El interno debe ser informado de la infracción que se le imputa, tener oportunidad de presentar sus descargos, ofrecer prueba y ser recibido en audiencia por el director del establecimiento antes de dictar resolución, la que en todos los casos deberá ser fundada. La resolución se pronunciará dentro del plazo que fije el reglamento”.

Finalmente, el art. 40 del Decreto 18/97 dispone que:

“El sumariante procederá, en un plazo máximo de un día, a notificar a la persona imputada: a) La infracción que se le imputa; b) Los cargos existentes; c) Los derechos que le asisten. En ese mismo acto el interno ofrecerá sus descargos y las pruebas que estime oportunas. Con todo ello el secretario labrará un acta que, sin perjuicio de su lectura por parte del interno, deberá leer en voz alta dejando constancia en el expediente disciplinario. El acta que se labre será suscripta por todos los intervinientes. Si el interno no pudiere o no quisiere hacerlo, se lo hará constar y ello no afectará la validez del acta”.

### **III. Aspectos del Derecho de Defensa en el marco de los procedimientos disciplinarios**

Es preciso recordar que el Derecho de Defensa en juicio, básicamente, consiste en la posibilidad que debe acordarse a toda persona acusada de una transgresión de resistir y contradecir la imputación que se le formula. Ello supone básicamente, la concurrencia de los presupuestos que enunciaremos en los puntos que siguen: [\[163\]](#)

#### *a) La “defensa activa” y la “defensa pasiva”*

La primera derivación del Derecho de Defensa en juicio implica la posibilidad que tiene toda persona imputada para proporcionar su versión de los hechos (negar su existencia o su participación, invocar circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad, etc.), ofrecer, controlar y alegar sobre el mérito de la prueba, efectuar argumentaciones jurídicas para rechazar la imputación (cuestiones de derecho de fondo y de forma) y recurrir las decisiones jurisdiccionales que la perjudiquen.

Con la defensa pasiva, por su parte, se alude al derecho que tiene la persona imputada de “no defenderse”, es decir, no desarrollar ninguna de aquellas actividades, sin que dicha omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en su contra. Aún con las limitaciones propias de un sumario administrativo, es claro que se debe permitir a la persona detenida actuar en ambos sentidos, es decir, ejercer tanto la defensa activa como la pasiva. [\[164\]](#)

#### *b) El derecho de conocer perfectamente qué es lo que se imputa*

En un segundo aspecto, el Derecho de Defensa abarca la necesidad de conocer acabadamente la descripción fáctica del hecho atribuido y su significado jurídico (calificación).

[165]

Este es el sentido que corresponde otorgarle al art. 91, LEP, cuando exige que la persona detenida sea debidamente informada de la “infracción que se le imputa”. Por otra parte, al igual de lo que ocurre en el proceso penal, el Derecho de Defensa requiere que se respete la “congruencia” de la imputación durante todo el trámite del sumario, de modo tal que no exista “sorpresa” para la persona imputada y la defensa. La descripción del hecho contenido debe coincidir en todos los actos fundamentales del procedimiento: parte disciplinario o denuncia, notificación al interno o interna para descargo, conclusiones del/de la sumariante y resolución definitiva.

[166]

### *c) Necesidad de fundamentación de las decisiones*

El Derecho de Defensa supone a su vez que las decisiones que se adoptan en el proceso (especialmente cuando son en perjuicio de la persona imputada) sean debidamente fundadas. De este modo, es claro que la arbitrariedad en la decisión administrativa por falta de motivación debe ser controlada por el juez o jueza de ejecución o juez o jueza competente, y que éste/a se encuentra habilitado/a para declarar, por esa razón, la nulidad del correctivo. [167]

Respecto de esta cuestión, es imprescindible que se abandone la tendencia que siempre existe, por parte de la autoridad penitenciaria, a recurrir a los modelos de resolución pre-armados, pues es evidente que dichos formularios no respetan la aludida exigencia de fundamentación suficiente. [168]

Finalmente, es claro que la necesidad de que las decisiones que se adopten en el marco de un procedimiento sancionatorio se hallen debidamente fundamentadas, rige no sólo en relación a la resolución de la autoridad administrativa, sino también respecto de la decisión que se adopte durante la instancia jurisdiccional que se habilite a partir de la solicitud de revisión del correctivo formulada por el interno o interna que haya sido sancionado/a. [\[169\]](#)

#### *d) Derecho de Defensa material y defensa técnica*

Obviamente, la garantía que estamos analizando abarca no sólo la defensa material sino también la técnica. En el aspecto material, el Derecho de Defensa incluye la posibilidad que tiene la persona imputada de intervenir personalmente en el proceso, al tomar conocimiento de la imputación, declarar, brindar su versión sobre los hechos, proponer medidas probatorias, preguntarle a los/as testigos y controlar directamente la prueba. Pero la defensa se integra también con la actividad que desarrolla el/la abogado/a defensor/a, al elaborar la estrategia defensiva, proponer medidas de pruebas y controlar su producción, alegar sobre los hechos o sobre el derecho aplicable y al fundamentar los recursos.

En este sentido, el Derecho de Defensa también comprende la facultar irrenunciable que tiene toda persona imputada de elegir un/una defensor/a de su confianza que la asista desde el primer momento de la persecución penal (art. 8.2.d y e, CADH y 14.3.d, PIDCP), a que se garantice la libre y privada comunicación con aquel/aquella y a que cuente con su efectivo asesoramiento, consejo y asistencia profesional. [\[170\]](#)

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, en el que la defensa letrada de la persona imputada es obligatoria, no parece ocurrir lo mismo en el derecho

disciplinario dentro de las cárceles, <sup>[171]</sup> pues el sumario puede tramitarse -en principio-, sin asistencia de abogado/a defensor/a. <sup>[172]</sup> Es decir, una simple lectura de la ley y el reglamento nos permiten advertir que no está expresamente contemplada la posibilidad de contar con asistencia letrada, ni constituye un deber para las autoridades penitenciarias el informarle a la persona detenida sobre el derecho a designar defensor/a. Se trata de una circunstancia que resulta criticable, pues nada puede impedir que la persona detenida opte por designar un defensor o defensora para que lo asista en el sumario administrativo. <sup>[173]</sup>

Fue justamente esta circunstancia la que motivó que, en el año 2013, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, dictara la Recomendación II por medio de la cual se exhorta al SPF a:

“que comunique el inicio del procedimiento disciplinario de manera inmediata al juez interviniente y al defensor público oficial o al letrado particular que asista al interno, debiéndose indicar con precisión y antelación no menor a cinco días hábiles el lugar, la fecha y la hora en la que se celebrará la audiencia a la que se refiere el art. 40 del decreto 18/97 -la cual deberá ser fijada, preferentemente, en día hábil-, a los efectos de permitir la asistencia a tal acto”. <sup>[174]</sup>

Ello resulta acertado dado que, aún cuando el reglamento no lo prevea de manera expresa, estamos ante una garantía que debe respetarse durante todas las etapas del proceso, inclusive durante la ejecución y también en materia de sanciones disciplinarias, <sup>[175]</sup> de modo tal que



no podría restringirse el derecho de la persona detenida de solicitar la intervención de su abogado o abogada en el caso concreto. [\[176\]](#)

Concordantemente, en la órbita de la Defensoría General de la Nación se establecieron, mediante resolución DGN N° 380/13, una serie de lineamientos que deben seguir los/as defensores/as públicos/as oficiales en aquellos supuestos en que las personas privadas de su libertad que asistan sean sometidas a procesos disciplinarios por parte del SPF. Puntualmente se recomendó a los/as magistrados/as del Ministerio Público de la Defensa que soliciten a los jueces/zas a cuya disposición se halle la persona detenida que notifiquen de manera inmediata a la defensa técnica cuando tomen conocimiento de la imposición a un/a interno/a de una sanción disciplinaria. [\[177\]](#)

Posteriormente, más precisamente con fecha 9 de agosto de 2013, se dictó la resolución DGN N° 937/13, mediante la cual la señora Defensora General de la Nación garantizó la presencia de los/as defensores/as públicos/as oficiales en las audiencias fijadas en los términos del art. 40 del Decreto 18/97 al señalarles que aquellos/as que sean notificados/as de dichos actos procesales y se encuentren imposibilitados/as de asistir, debían comunicarlo al Área Técnica de esa Defensoría General, a fin de que se cubra la prestación del servicio de defensa pública en el ámbito penitenciario mediante la intervención de un/una funcionario/a designado/a a tal efecto. [\[178\]](#)

Es imperioso aclarar que, en razón de las características y necesidades propias del régimen disciplinario, la intervención del/de la abogado/a defensor/a usualmente afecta la agilidad y rapidez que demanda la sustanciación de los procedimientos disciplinarios.

Pero, en cualquier caso, resultan elogiosos aquellos cambios que tienden brindar los instrumentos que resultan necesarios para que el Derecho de Defensa pueda ser

garantizado también durante la sustanciación de los procedimientos disciplinarios que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios. [\[179\]](#)

No obstante, pensamos que es imprescindible adoptar los recaudos necesarios para que el derecho a contar con una defensa técnica durante la tramitación del sumario no se traduzca en una demora en el proceso disciplinario correspondiente, pues, como hemos visto, el régimen disciplinario debe ser eficaz para garantizar la convivencia dentro de los establecimientos carcelarios. En tal sentido, una alternativa válida es acudir a sistemas de videoconferencia que permitan garantizar la intervención del defensor o defensora antes de que el interno o interna formule su descargo, lo que seguramente evitará los retrasos que hoy en día se presentan, debido a que la autoridad penitenciaria debe programar las audiencias para que los o las letradas se hagan presentes en la unidad. En este sentido, es importante aclarar que la notificación oportuna a la defensa del inicio del sumario disciplinario y de la celebración de la audiencia de descargo es el único recaudo que debe exigirse -a partir de los estándares ya mencionados-, de modo que, si en la fecha y hora indicada, el defensor o la defensora no se hacen presentes en la unidad, no parece razonable pretender que la autoridad penitenciaria no pueda continuar con el trámite del sumario, pues lo contrario importaría una indebida limitación al ejercicio del poder disciplinario expresamente conferido por la ley vigente. [\[180\]](#)

### *e) Derecho al recurso y prohibición de la reformatio in pejus*

Finalmente, el Derecho de Defensa tiene otra consecuencia fundamental que también rige en el ámbito disciplinario, que es el derecho al recurso y la prohibición de la

*reformatio in peius*. La ley y el reglamento establecen expresamente que las sanciones disciplinarias son recurribles ante el/la juez/a de ejecución o juez/a competente, a cuyo fin se exige que, al momento de la notificación, se la haga saber al interno o interna de tal derecho. [\[181\]](#) No se exigen formalidades para la interposición del recurso, a cuyo fin basta con que la persona detenida de cualquier forma exprese su voluntad de apelar la resolución. [\[182\]](#) Incluso, el recurso puede ser interpuesto por el/la defensor/a del interno o interna, directamente ante el órgano judicial competente. [\[183\]](#) Pero resulta evidente que la presentación del recurso funciona como un derecho de la persona imputada, de modo que bajo ningún punto de vista puede ser utilizado para agravar aún más su situación. [\[184\]](#) Estamos ante un recurso amplio, pues no solo pueden discutirse cuestiones de derecho y vicios en el procedimiento, sino también cuestiones de hecho. [\[185\]](#)

En este punto, el régimen legal y reglamentario también ha sido objeto de severos cuestionamientos. Especialmente se ha criticado la circunstancia de que el recurso de apelación que se interpone ante el juez o jueza, como regla general, no suspenda la ejecución del correctivo disciplinario, sino que proceda con efecto “devolutivo”, salvo que el magistrado o magistrada interviniente disponga lo contrario (art. 96, LEP). [\[186\]](#) En la realidad, esto significa que el control judicial de la decisión administrativa casi nunca será efectivo, pues mientras se llevan a cabo los actos procesales imprescindibles, por más celeridad que se pretenda imponer, la sanción ya habrá sido cumplida. Ello implica que aunque el juez o jueza resuelva revocar la resolución de la autoridad

penitenciaria, la decisión usualmente resultará tardía .  
[187]

Por tal motivo, es importante que los/as jueces/zas hagan uso de la facultad de suspender la ejecución de la sanción disciplinaria, mientras se tramita el recurso de apelación. En nuestra opinión, al momento de tomar esta decisión, se debe tener en cuenta especialmente si el perjuicio que ocasiona la sanción disciplinaria es o no reparable, [188] de modo que en estos casos, únicamente debería negarse la suspensión de la ejecución de la sanción cuando *prima facie* existan importantes razones para suponer que el planteo efectuado no prosperará.

Dicho de otro modo, cuando el cumplimiento del correctivo ocasionaría a la persona detenida un perjuicio de imposible reparación posterior, lo aconsejable es que el/la juez/a ejerza la facultad que le confiere la ley y suspenda la ejecución de la sanción. Ello es lo que ocurre, especialmente, con la sanción de aislamiento, pues es evidente que si no se suspende su ejecución, la resolución que posteriormente se adopte resultará sumamente tardía.

[189] Entendemos que el magistrado o magistrada debería apartarse de esta regla solo cuando, de un análisis provisional de los planteos formulados, pueda inferirse con alto grado de probabilidad, que la decisión administrativa será confirmada. [190]

Sin perjuicio de lo expuesto, en cualquier caso, aún cuando la resolución judicial no impida la ejecución del correctivo disciplinario, de todas formas nunca se torna abstracta la cuestión, a pesar de que la sanción haya sido cumplida por la persona detenida, pues a través del control judicial pueden dejarse sin efecto las consecuencias que la medida disciplinaria generó en las calificaciones del interno o interna y, respecto de las personas condenadas, en la situación en el régimen de progresividad.

Por último, otro aspecto de la regulación legal que resulta sumamente cuestionable es el que establece que “Si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme” (art. 96, última parte, LEP). Es evidente que se trata de una disposición absolutamente inconstitucional, pues podría funcionar como una vía para negar el derecho fundamental al acceso a la justicia que debe reconocerse a favor de la persona privada de libertad. En un estado de derecho, es inadmisibles que el juez o jueza pueda directamente no tratar el planteo formulado por el/la interno/a o su defensa y, por lo tanto, omitir la resolución correspondiente. Si la ley le acuerda a la personas sancionadas el derecho a solicitar una revisión judicial, es evidente que debe tratarse de un control verdadero por parte del magistrado o magistrada interviniente, lo cual exige una resolución debidamente fundada. <sup>[191]</sup>

# Acerca del Cupo Penitenciario

Sergio Delgado\*

## Introducción al tema

En 1789, luego de la revolución del 14 de julio, los representantes del pueblo francés, que habían formado una Asamblea Nacional, dado que consideraron que “la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos”, adoptaron una declaración solemne de los “derechos naturales, imprescriptibles e inalienables” del hombre. Los guiaba la finalidad de procurar la felicidad general [\[192\]](#).

Entre los sagrados derechos del hombre y del ciudadano, el art. 9 establece que: “Puesto que todo hombre se considera inocente hasta que ha sido declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.

Este artículo sienta un principio jurídico fundamental para las democracias modernas: el de Inocencia. Y lo sentó aún en la Francia monárquica y despótica en la que todavía hubo que aguardar hasta octubre de ese año a que el Rey se dignara “otorgar” esa declaración, dándole vigor legal el 5 de octubre de 1789. Y hubo que aguardar un mes y varios días (la Asamblea aprobó la Declaración el 26 de agosto de 1789), pese a que el 14 de julio había sido tomada La

Bastilla, la fortaleza prisión que, en el centro de París, mejor caracterizaba los defectos del autoritario, brutal y despótico sistema judicial borbónico.

El art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano asocia al Estado Jurídico de Inocencia la prohibición de penar a los que no han sido condenados, es decir, juzgados. De allí que deben limitarse a lo indispensable los rigores necesarios para asegurar sus personas cuando ello sea inevitable.

La tortura que, por milenios había sido el método judicial para averiguar la verdad acerca de los delitos, fue abolida ya en Francia en 1780, por un menos recordado decreto real, casi una década antes de que se adoptara esta revolucionaria declaración en el corazón del absolutismo monárquico que dominaba la Europa continental.

Casi un siglo había transcurrido desde La Gloriosa Revolución que en 1688 transformó a Inglaterra en una monarquía parlamentaria, respetuosa de una aún más revolucionaria Declaración de Derechos [\[193\]](#).

Todas estas disposiciones están plasmadas en nuestra Constitución. Cuando el art. 18 señala que “Nadie puede ser penado sin juicio previo...” sienta la regla de que todos los que no han sido juzgados en un debido proceso legal y condenados deben ser tratados conforme a su Estado de Inocencia constitucionalmente tutelado. También el art. 18 de su texto nos protege contra los arrestos arbitrarios (“... Ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.”), contra la tortura de toda especie y los azotes (“Quedan abolidos para siempre...”), y contra los malos tratos o rigores innecesarios para asegurar nuestras personas, cuando sea inevitable detenernos (“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”).

Han transcurrido casi doscientos treinta años desde la Revolución Francesa y casi ciento sesenta y siete desde que adoptara nuestra Constitución las enseñanzas del Iluminismo y del Constitucionalismo. La población carcelaria argentina, pese a estas excelentes normas, hoy asombraría tanto a los más despóticos monarcas absolutos franceses como a los más fanáticos integrantes del Comité de Salvación Pública [\[194\]](#) revolucionario, si volvieran a la vida. A los primeros, por la increíble cantidad de personas detenidas y de recursos destinados a mantenerlas en prisión: alrededor de 100.000 almas apresadas y otro tanto y más encargados de detenerlas, juzgarlas y asegurarlas (se han destinado a reforzar las policías y fuerzas de seguridad, las estructuras judiciales, los ministerios públicos y penitenciarias, recursos que habrían alcanzado y sobrado para evitar el fracaso del sistema educativo argentino durante las últimas décadas [\[195\]](#)). Es una cantidad de prisioneros y de guardianes y jueces y funcionarios, inimaginable. Como si la tercera parte o la mitad de los parisinos, hubiesen estado en La Bastilla o lugares similares o guardando a quienes allí sufrían, al momento de la Revolución. Un disparate habría sido tal dislate. Y hoy, dadas las condiciones inhumanas de hacinamiento, además de un disparate es la más grave violación de derechos humanos que se perpetra en nuestra sociedad: tener decenas de miles de presos sin condena más que en el año 2003 y que nunca en nuestra historia, decenas de miles de ellos en meros calabozos, no mucho mayores que roperos, muchos de ellos.

Cuando se abrieron las puertas de la fortaleza de La Bastilla, que se temía rebosantes de opositores al régimen, sólo siete prisioneros había en sus mazmorras. Los borbones derrochaban recursos, los dilapidaban realmente, pero en diamantes, en lujos y manjares, no en mantener rebosantes sus prisiones.



Los revolucionarios franceses, en cambio, no podrían entender cómo tantos de esos presos (más de la mitad) son mantenidos en peores condiciones que los propios condenados [\[196\]](#) y durante tiempos absurdos, con tan grosero desprecio por su Estado de Inocencia. Sólo en las cárceles federales más del 40 % de los procesados lleva más de dos años detenidos sin juicio y más de doscientas personas superan ya en las prisiones federales argentinas los diez años aguardando una sentencia firme. El Conde de Montecristo, creo yo, se asombraría ante estos casos de antología del terror judicial. Lo único que impide que se sea mayor la cantidad de presos sin juicio por más de una década en nuestro país, es la limitada duración de la vida humana: van muriendo en prisión, dado que la mayoría abrumadora de los detenidos por más de un lustro son ancianos de más de setenta, ochenta y noventa años de edad. Y digo que es lo único que lo impide porque, ni los tribunales de superintendencia del fuero federal (las Cámaras Federales de Apelaciones y la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial y titular de toda [\[197\]](#) Superintendencia), ni el Consejo de la Magistratura, ponen límite alguno a este absurdo e ilegal desmadre de la duración de detenciones meramente cautelares, que se prorrogan más de una década o por varios años de modo sistemático e infundado.

A ello se ha sumado La Peste. La Pandemia de COVID-19 ha matado ya [\[198\]](#) a los primeros siete contagiados intramuros [\[199\]](#). Sabemos ya que sólo son los primeros. Hay más de doscientos contagiados solo en las cárceles federales. Muchos de los alojados en las Alcaldías de mero tránsito porteñas que aguardan ser admitidos en establecimientos penitenciarios han sido detectados ya como portadores del virus. Otros han dado positivo luego de su traslado a establecimientos penitenciarios federales, pese a haber superado una cuarentena y testeos previos.

Solo la ignorancia de las leyes, la negligencia por morosidad inadmisibles e increíbles de los tribunales y el desprecio de los derechos humanos, no ya por parte de las autoridades que debieran garantizarlos, sino también por los ciudadanos amparados por ellos, pueden explicar el despropósito de tener tantas personas hacinándose en las prisiones. La mayoría de ellas, además, sin haber sido siquiera juzgadas y muchas de ellas ni siquiera en prisiones, sino en meros calabozos o alcaidías.

La Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires informó recientemente -una vez más-<sup>[200]</sup> la situación catastrófica que se vive no ya en las cárceles bonaerenses, colapsadas algunas en el 100 % de su capacidad, sino por la situación de extrema gravedad que representa el encarcelamiento en comisarías y dependencias policiales provinciales. Según la información confiable que hicieron pública, la gravísima realidad de superpoblación que afecta a las dependencias policiales provinciales representa “una verdadera catástrofe, una crisis humanitaria de una magnitud que no conoce precedentes”. Al 15 de agosto de 2020 había 5474 detenidos alojados en condiciones deplorables de inhumanidad, en los establecimientos policiales dependientes del Ministerio de Seguridad bonaerense. Dado que la capacidad posible de alojamiento (por pocas horas) de dichos locales policiales no supera las 2.000 plazas, ello representa una superpoblación del 269 %.

Durante la conferencia inaugural del ciclo: “Del hacinamiento a la Reinserción. Reflexiones sobre la ejecución penal”, organizado por el Comité Nacional de la Prevención de la Tortura, celebrada el 4 de junio de 2020<sup>[201]</sup>, pudimos escuchar a la Juez Nacional de Ejecución Penal de la Capital Federal Dra. Vilma Bisceglia explicar las razones por las que la política criminal desarrollada durante los previos cuatro años, es decir, por el gobierno anterior al actual, llevó a la población

carcelaria de setenta a cien mil personas privadas de su libertad, dejando colapsados a los principales sistemas penitenciarios. El Servicio Penitenciario Bonaerense aloja a la mitad de esa población carcelaria, pero sólo tiene capacidad para alojar a la mitad de esa mitad. El Servicio Penitenciario Federal alojaba, cuando terminó el anterior gobierno menos de la sexta parte de la población carcelaria total de nuestro país (14.700 personas). Excedía en más del 15 % su capacidad de alojamiento, con la agravante de que el doble de ese exceso (casi 4000) internos no cabían en sus establecimientos (en los que deberían haber ingresado) y se alojaban y aloja todavía hoy en cuarteles o calabozos de fuerzas federales no penitenciarias, no adecuados para albergarlos y menos para darles trabajo o posibilidad de estudio o de ocupación alguna, o en establecimientos provinciales igualmente inadecuados y superados en su capacidad.

Estas razones de política criminal esquizofrénicamente, han sido planteadas por el anterior Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el Dr. Germán Garavano, como “políticas exitosas de seguridad pública”, precisamente al firmar la resolución que declaró la Emergencia Penitenciaria mediante la Resolución N° 184/2019 (RESOL-2019-184-APN-MJ) el 25 de marzo del año 2019. Una política perversa, entonces, dado que su éxito fue provocar la emergencia. En la peculiar visión de ese ministro, el promover en cuatro años de gestión la detención de treinta mil personas más que las que había privadas de su libertad en las cárceles cuando asumió sus funciones (un brutal incremento de un 40 % en la población carcelaria total del país [\[202\]](#)), importó “una política exitosa de seguridad pública,... contra la corrupción y la criminalidad organizada” [\[203\]](#).

Debo desmentirlo. Ninguno de esos treinta mil nuevos detenidos ha sido condenado, ni por delitos de corrupción, ni por delitos de criminalidad organizada. Ni uno solo.

Hubo algunos detenidos imputados en casos de corrupción. Muy pocos. Ninguno ha sido condenado por sentencia firme.

## **La Pandemia**

La pandemia de COVID-19, decíamos, agrava el peligro que encierra la situación de hacinamiento y sobrepoblación en los penales. La población penitenciaria es especialmente vulnerable frente a una enfermedad altamente contagiosa como el COVID-19, dado el hacinamiento y los problemas para acceder una rápida atención médica en el encierro. Máxime considerando la sobrepoblación existente tanto en Unidades Penitenciarias como en comisarías y alcaldías. La falta de un acceso adecuado a la salud y las condiciones deplorables de un hábitat que atenta contra ello, como también la habitual escasez de comida y elementos de limpieza no puede sino considerarse propicia para la propagación de los focos de infección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de abril de 2020 urgió a los Estados "... (a) enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de libertad en la región y (a) adoptar medidas urgentes para garantizar la salud de esta población y sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de libertad de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos".

En particular, la Comisión Interamericana instó a los Estados a reducir la superpoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia. Manifestó su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos,

destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto, destacó,

“...puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmuno-suprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros...”.

La Comisión Interamericana agregó en particular sobre nuestro país, al tratar el reciente aumento de la violencia en los centros de privación de la libertad que:

“... en Argentina, se registraron dos motines entre el 23 y 25 de marzo que tuvieron lugar en las cárceles de Coronda y Las Flores, provincia de Santa Fe, en reclamo por las medidas sanitarias adoptadas frente a la pandemia. En estos episodios cinco personas fallecieron y otra decena resultaron heridas ...”.

No solo la enfermedad ha matado ya internos en las cárceles. También ha generado un clima propicio para desórdenes y motines en los que han muerto también personas y otras han resultado heridas.

La Comisión Interamericana recomendó a los Estados, entre ellos la Argentina a:

“1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas

alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19. 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas”.

La Cámara Federal de Casación Penal en virtud de la comunicación de la Comisión Interamericana antes aludida, dispuso con fecha 2 de abril del 2020 “...que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la Recomendación de la CIDH...”.

Esta recomendación no ha sido en modo alguna oída por los tribunales federales ni han sido cumplidas estas recomendaciones por los tribunales penales de ninguna jurisdicción en nuestro país, al menos, con el alcance que se diera. Sigue habiendo en las cárceles de todas las jurisdicciones personas privadas de su libertad que integran los grupos de riesgo. Es decir, que, en caso de contagio, presentan el peor pronóstico, el tratamiento más complejo y las tasas de mortandad más elevadas. Tampoco se ha reducido el hacinamiento evitando el cumplimiento de penas cortas o revisando la necesidad de mantener la ejecución de las prisiones preventivas, o sustituirlas por morigeramientos adecuados. Ni se han otorgado libertades anticipadas o arrestos domiciliarios a los colectivos vulnerables o a aquellos que presentan menores riesgos.

## **Los heraldos negros**

La prensa escrita, radial y televisiva de nuestro país, se ocupó, como periódicamente lo hace de, como diría el poeta Cesar Vallejos, “empezar el alma” de los operadores judiciales. Mediante una campaña mediática de noticias falsas, en cuya turbulencia vimos arrojarse a una ex Ministra de Seguridad de la Nación y en cuyas aguas revueltas el actual Ministro de Seguridad provincial no dejó de incursionar, convenció a la ciudadanía toda de que se habían abierto las puertas del infierno, o de las prisiones, que son su equivalente mundano y de que miles de demonios con la forma antropomórfica de presos violentos y violadores, habían recuperado su libertad, con el alegado motivo de la pandemia.

El 12 de abril de 2020 el periodista Gustavo Caravajal publicaba en La Nación un artículo en el que afirmaba, pese a que denotaba haberse informado que, “abusadores sexuales, secuestradores, homicidas y el jefe de una banda de rompe-huesos figuran en los tres listados de 662 presos detenidos en los distintos penales y comisarías bonaerenses” que “podrían ser beneficiados con prisiones domiciliarias”, con motivo de la decisión del Tribunal de Casación bonaerense (análoga en sus fundamentos, no en lo que decidió, a la decisión federal que aquí se trató) [\[204\]](#).

El título de la nota estimulaba aún más la intranquilidad en tipografía destacada: “CORONAVIRUS: asesinos y violadores figuran entre los presos que serían beneficiados”. Lo cierto, en cambio, era lo contrario: la decisión allí citada, precisamente, negaba que pudiera aplicarse la solución que proponía para otros casos (delitos leves y penas menores), precisamente, a los allí mencionados.

El 1° de mayo de 2020 Clarín titulaba “Tensión por las domiciliarias. CORONAVIRUS en Argentina: una jueza reveló que liberaron (a) 176 violadores durante la cuarentena”. “En 24 hs. se concedieron más

excarcelaciones que durante todo el 2018”, completaba la afirmación el copete de la noticia. La noticia (firmada por JPE) continuaba luego con otras falsedades y disparates, como que se habían otorgado más de 2.000 arrestos domiciliarios. Ni la jueza había dicho eso, ni eso era cierto. No hubo 176 violadores liberados durante la cuarentena. En realidad, no hubo siquiera uno, liberado con motivo del CORONAVIRUS.

Todos los principales medios gráficos, televisivos y radiales se sumaron a esta campaña de espanto e intimidación pública reproduciendo y reiterando esas falsedades y otras análogas y dando mínima o ninguna difusión a las desmentidas que precisaban la inexactitud o falsedad de cuanto se había dicho.

Ello motivó que, en las principales ciudades de nuestro país, antes de los aplausos que cotidianamente se dedicaban, a las 21 hs. a los profesionales de la salud que arriesgan su salud para proteger la nuestra, se produjeran estruendosos y populares “cacerolazos” en los que la ciudadanía se expresaba en contra de una inexistente decisión de abrir las prisiones a los peores criminales.

## **El paliativo menos pensado**

El aislamiento social obligatorio que se dispusiera tempranamente en nuestro país para contener la pandemia y demorar la difusión del contagio tuvo la no prevista y poco conocida consecuencia de haber provocado una reducción apreciable de la cantidad de delitos que se denuncian. Durante los primeros tres meses en los que estuvo vigente la medida de aislamiento social obligatorio la reducción de delitos denunciados fue impactante. Por ejemplo, en los últimos 11 días de marzo -cuando comenzó la cuarentena- hubo una caída del 57 % en los delitos respecto a igual período del año anterior en el principal distrito penal de nuestro país. El fuero Criminal y



Correccional de la provincia de Buenos Aires pasó de recibir 30.599 denuncias de delitos en 2019, a recibir sólo 13.363 denuncias que originaron investigaciones penales preparatorias. En abril, por su parte, hubo un 46% menos: el año pasado se registraron 77.755 y este año la cantidad de denuncias se desplomó a 42.494.

El conocimiento directo de la práctica diaria de distintos fueros y los comentarios de los operadores del sistema penal me permiten afirmar que ha sido generalizado este inédito y grato fenómeno.

La desgracia sanitaria que obligó a guardar cuarentena de modo generalizado redundó en que haya habido menos homicidios, menos robos con armas y con violencia, menos violaciones y delitos graves que en ninguna otra época de nuestra historia.

Se ha reducido, abruptamente, el tráfico de estupefacientes. Ha dejado de haber contrabando de drogas y hasta el contrabando de mercaderías ha quedado reducido a su mínima expresión como consecuencia del cierre de las fronteras del país, la supresión del tráfico aéreo, del tránsito interprovincial y demás medidas extremas de contención de la epidemia. La supresión total o prácticamente total del tránsito ferroviario y automotor interprovincial e interurbano, incluso, ha provocado una reducción abrupta de las muertes y lesiones producto de accidentes de tránsito automotor y ferroviario (la principal causa de muerte de los jóvenes en nuestro país). Hasta los femicidios, aunque subsisten, se redujeron en un 30 % respecto de las cifras registradas el año pasado durante los tres primeros meses de aislamiento obligatorio.

Esta increíble pacificación social generó una reducción de entre un 70 y hasta del 90 % de las detenciones que normalmente se producen con motivo de la imputación de delitos.

La paralización de la economía y del comercio internacional e interprovincial, sujetos a estrictos controles sanitarios en los limitados casos autorizados, también han

hecho cesar el obrar de los “piratas del asfalto”. Se han reducido apreciablemente los arrebatos callejeros y los robos con armas.

Sólo los delitos vinculados a la violencia doméstica, con la salvedad de la reducción verificada en la cantidad de femicidios [\[205\]](#), y algunos delitos informáticos se han incrementado y, claro está, los relativos a la vulneración de las normas de salud pública (art. 205 del Código Penal).

Ningún período tan pacífico, de tan baja conflictividad penal, con tan pocos delitos perpetrados o intentados, hemos vivido en nuestra vida los argentinos que el discurrido en estos, por ahora, poco más de dos meses de aislamiento social obligatorio. Nunca hubo tantas semanas, meses ya, con tan pocos ingresos de personas detenidas. Por ello resulta evidente, si uno repara en estos hechos, la tergiversación mediática que indujo a las protestas que, indudablemente, evitaron que se adoptara una práctica generalizada de liberación anticipada o morigeración de la detención de los grupos más vulnerables a la pandemia. Pese a ello, comenzó una paulatina descomprensión del problema de la sobrepoblación.

La sobrepoblación del Servicio Penitenciario Federal que había llegado a superar en 1500 personas las plazas disponibles, ha dejado de existir y hay hoy 581 plazas disponibles [\[206\]](#). También se ha invertido la tendencia bonaerense (que no cesaba de incrementar la mayor población carcelaria del país) reduciendo apreciablemente su población carcelaria, pero principalmente por reducción de los ingresos de detenidos, no por una anómala o, al menos, significativa ampliación de egresos.

## **Los alcances del problema**

Este fenómeno, no obstante, sabemos que será efímero. En cuanto abandonemos el aislamiento social obligatorio o cuando comience a relajarse, seguramente volverá a incrementarse a las cifras habituales la cantidad de denuncias, de procesos y de consiguientes detenciones.

Resulta necesario, por ello, encarar las soluciones indispensables. Para ello, el primer paso es precisar el alcance del problema. Las autoridades federales y bonaerenses actuales han dado algunos pasos en este aspecto. La Interventora designada en el Servicio Penitenciario Federal ha anunciado en distintos ámbitos su decisión de impulsar la derogación de la Ley N° 27.375 o la sanción de una nueva ley de ejecución penal que respete la progresividad que debe presidir el tratamiento penitenciario. El 31 de julio de 2020 lo confirmó durante la audiencia virtual que mantuvo con los integrantes de la Comisión de Ejecución Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

La solución que exige esta problemática, sin embargo, requiere disponer de un mecanismo adecuado de regulación del cupo de alojamiento disponible en los establecimientos penitenciarios de todo el país.

## **La solución de la jurisprudencia internacional a la superpoblación y el hacinamiento penitenciario**

El 22 de noviembre de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aún no ha fallado el fondo del asunto, dispuso nuevas Medidas Provisionales respecto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho del Estado de Rio de Janeiro, Brasil. Se trata de una cárcel estadual en la que se han detenido mucho más internos de los que cuentan con alojamiento previsto, en la que las autoridades no tienen el control de lo que ocurre en los pabellones colectivos y que

registra más muertos y heridos que ningún otro penal brasileño.

Dado que consideró innegable que las personas privadas de libertad en dicho establecimiento carioca pueden estar sufriendo, como consecuencia del hacinamiento y el descontrol al que se los somete, una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, la Corte Interamericana determinó que “por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenerse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional” (punto 120 de la resolución).

En atención a que la superpoblación del establecimiento penitenciario sobre el que resolvió llegaba al 200 %, dado que su población duplicaba su capacidad de alojamiento, entendió la Corte Interamericana que “... duplica también la inflicción antijurídica sobranante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes” (punto 121 de la resolución citada). Ello dado que, aunque corresponde presumir de modo absoluto que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado (de Río de Janeiro), a título penal o cautelar, “... lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que nunca debió existir, pero existe, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es

reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado” (punto 123 de la resolución).

La Corte tuvo en cuenta, sin embargo, que el daño emergente de la eventual violación del artículo 5.6 de la Convención Americana (relativo a que la finalidad de la ejecución de la pena sea la readaptación social) se habría producido en el plano de la realidad, o sea que, el deterioro de las personas privadas de libertad opera en ellas de modo totalmente inverso al señalado en la Convención Americana, es decir, que las condiciones del establecimiento sobrepoblado:

“... lejos de promover la reinserción social de los presos en vistas a una convivencia pacífica y respetuosa de la ley y de los derechos de los otros habitantes, en muchos casos habría operado en sentido contrario, reforzando la desviación de conducta de las personas sometidas a las observadas condiciones degradantes. Por lamentable que sea la consecuencia, el mal está hecho y es indispensable tenerlo presente y en cuenta al decidir acerca de la medida a adoptar en el presente caso” (punto 127 de la resolución). Por ello, dado que las “... desviaciones de conducta generadas por condiciones degradantes de ejecución de privaciones de libertad ponen en peligro los derechos y bienes jurídicos del resto de la población, porque genera en alguna medida un efecto reproductor de delincuencia. La Corte no puede ignorar esta circunstancia y, al menos, respecto de los derechos fundamentales, se le impone formular un distinto tratamiento para el caso de presos condenados o imputados por delitos o supuestos

delitos contra la vida, la integridad física o de naturaleza sexual, si bien tomando en cuenta que esas desviaciones secundarias de conducta no se producen inexorablemente, lo que requiere un tratamiento particularizado en cada caso” (punto 128 de la resolución), por lo que, en estos casos, la reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, conforme al cómputo antes señalado para la población penal del establecimiento sobrepoblado en general, en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales, debe quedar “... supeditada en cada caso a un examen o peritaje técnico criminológico que indique, según el pronóstico de conducta resultante y, en particular, con base a indicadores de agresividad de la persona, si corresponde la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50 %, si éste no es aconsejable en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo o si debe abreviarse en menor medida que el 50 %”.

Por estas razones, en definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió al Brasil, nuevamente, que adopte inmediatamente todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y la integridad personal de todas las personas privadas de libertad en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, así como de cualquier persona que se encuentre en ese establecimiento, incluyendo los agentes penitenciarios, funcionarios y visitantes y que tomara

“... las medidas necesarias para que, en el plazo de seis meses a contar de la presente decisión, se compute doble cada día de privación de

libertad cumplido en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, para todas las personas allí alojadas que no sean condenadas o imputadas por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales, respecto de los cuales en cuatro meses se debería organizar un equipo criminológico de profesionales, en particular psicólogos y asistentes sociales, sin perjuicio de otros, que en dictámenes suscriptos por lo menos por tres de ellos, evalúe el pronóstico de conducta con base a indicadores de agresividad de los presos alojados en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho condenados o imputados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales. Según el resultado alcanzado en cada caso, el equipo criminológico o tres por lo menos de sus profesionales, conforme al pronóstico de conducta a que hubiese llegado, aconsejará la conveniencia o inconveniencia del cómputo doble del tiempo de privación de libertad, o bien su reducción en menor medida”.

## **El camino a seguir**

¿Por qué la situación de los establecimientos federales, la catastrófica situación de hacinamiento en las cárceles y comisarías bonaerenses y la abusiva prolongación de la permanencia en alcaidías de mero tránsito de esta ciudad es ilegal? Porque las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, según lo dice la última oración del art. 18 de la Constitución nacional, que concluye afirmando “y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla (la seguridad) exija, hará responsable al juez que la autorice”.

La Corte Suprema en el considerando 34 del fallo “Verbitsky”<sup>[207]</sup> señaló que esta disposición constitucional reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento. Y el derecho a un trato digno y a una tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento asiste tanto a los procesados como a los condenados.

De allí que cárceles superpobladas o que, incluso sin superpoblación, no permiten controlar lo que ocurre en el interior de los pabellones colectivos (como, al igual que en la cárcel brasileña, ocurre en el penal de Devoto de esta ciudad o en el penal de Olmos, próximo a La Plata, o en cualquier penal que aloja a su población en pabellones colectivos y no en celdas individuales), o separar y clasificar correctamente a la población carcelaria, alojando a procesados separados de los condenados, han superado ya el borde de la catástrofe y están del otro lado, del lado en que el establecimiento penitenciario es un mero campo de concentración, sin condiciones razonables de alojamiento, ni de tratamiento penitenciario y que a los jueces que no damos tutela efectiva a los allí privados de su libertad nos debieran generar espanto.

La Ley N° 24.660 en su art. 59 dispone claramente que:

“El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos”.

Esta importante disposición no solo reglamenta el art. 18 de la Constitución nacional cuando dispone que las cárceles



serán sanas y limpias. Cuando regula el cupo y establece que “no se lo excederá”, dado que la ejecución de las penas y de las medidas cautelares está sujeta “al permanente control judicial” (arts. 3, 11 y 208 de la Ley N° 24.660), y es de competencia judicial autorizar todo egreso (art. 4 inc. b) de la misma ley), y a que en las cárceles y establecimientos de ejecución de la pena no se puede recibir, bajo ningún concepto, persona alguna, que no sea acompañada de una orden de detención expresa extendida por juez competente (art. 180 de la misma ley), la norma citada responsabiliza al juez que ordena alojar personas privadas de su libertad en donde no hay cupo para hacerlo. Hacerlo, es ilícito.

Es delito, también, incumplir la ley y exceder el cupo que el art. 59 de la Ley N° 24.660 ordena no exceder.

La reforma introducida por la Ley N° 27.375 al art. 229 de la Ley N° 24.660, que ahora establece que esa ley sólo es complementaria del Código Penal en lo relativo a los cómputos de pena, a la libertad condicional y a la libertad asistida, no modifica la aplicación de estas reglas en todas las provincias y a esta ciudad de Buenos Aires.

Se trata de la reglamentación, como dijera, de la última oración del art. 18 de la Constitución nacional, pero también de una reglamentación del compromiso de no imponer a ninguna persona tratos crueles, inhumanos o degradantes que deriva de la Convención contra la Tortura de 1984 incorporado al texto constitucional por la disposición del art. 75 inc. 22 segundo párrafo.

La Ley N° 26.827, que creó el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura se ocupó de prevenir, especialmente, el hacinamiento carcelario. Su art. 50, bajo el título: “Del cupo carcelario”, dispone que, para el mejor cumplimiento de las obligaciones emanadas del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, las autoridades competentes deberán regular un mecanismo que permita determinar la capacidad de alojamiento de los centros de detención conforme a los estándares

constitucionales e internacionales en la materia, y las herramientas específicas para proceder ante los casos de alojamiento de personas por encima del cupo legal fijado para cada establecimiento. El art. 7 de la misma ley establece, en su inciso f) que es el Comité Nacional de Prevención de la Tortura quien debe elaborar, dentro de los primeros seis meses de su funcionamiento, estándares y criterios de actuación en materia de capacidad de alojamiento y control de sobrepoblación, promoviendo su aplicación uniforme y homogénea en todo el país (punto III de dicho inciso). Hasta ahora no lo ha hecho. Aunque el 11 de julio de 2020 organizó una “Jornada Preparatoria sobre Estándares Nacionales para Lugares de Encierro”, que se llevó a cabo en el edificio del anexo de la Cámara de Diputados de la Nación con la participación de funcionarios judiciales de distintas jurisdicciones del país, integrantes del Sistema Penitenciario Federal, organismos de control, organizaciones de la Sociedad Civil, Mecanismo Provinciales y personas liberadas.

El debate en esa jornada giró en torno a la necesidad de establecer estándares nacionales para reglamentar la capacidad carcelaria del sistema penitenciario argentino, a partir de un documento elaborado previamente por el Comité. En las inspecciones realizadas a las unidades penales de la provincia de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba (muy pocas, en mi opinión, para casi un año de labor) el Comité constató sobrepoblación y hacinamiento en la mayoría de los lugares. Compete al Comité, en cumplimiento de los arts. 7 y 50 de la Ley Nacional N° 26.827 fijar cuáles son los cupos que deben aceptarse en cada establecimiento penitenciario y cuáles son las condiciones de habitabilidad y personal necesario para dicha cantidad de personas presas, proponiendo políticas públicas que permitan el control de la sobrepoblación y recomendándolas a las autoridades pertinentes.

El Principio XVII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad

en las Américas aprobados por la Resolución 1/2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo el título, “Medidas contra el hacinamiento” destaca que la autoridad competente debe definir la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad y que la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. Señala, también, este principio, que la ley debe establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido y que los jueces competentes deben adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva.

Este Principio XVII elaborado por la Comisión Interamericana y conocido hace más de diez años, me permito reiterarlo, dice expresamente que son los jueces los que tienen que adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. Ello, claro está, sin perjuicio de otros remedios legales o de oportunas conmutaciones que también deberían venir a remediar la bárbara realidad carcelaria argentina.

Así lo señaló la Corte Suprema en el citado habeas corpus “Verbitsky”, a partir del considerando 27 del voto de la mayoría, al señalar que,

“a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”.

Se trata, por ello, ante la situación de hacinamiento penitenciario actual, de evitar las consecuencias de una

política criminal que clara y decididamente pone en peligro o lesiona bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, en especial el derecho al trato digno y a la integridad física de las personas privadas de su libertad.

Recordó en el considerando 28 del fallo “Verbitsky” la Corte Suprema que la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Fallos: 318:2002).

Recordó la Corte a continuación que había expresado:

“Que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ella, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene

contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral". "La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario" (Fallos: 318:2002).

Hace quince años la Corte Suprema asumió en el precedente aquí citado su deber de instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.

Y consideró su deber, además, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales bonaerenses para que cuando se configurasen eventuales casos de agravamientos que importasen trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, hicieran cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda (considerando 41 del fallo citado, punto dispositivo 4, conforme el cual se instruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los

tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal).

Hoy debemos proponernos un programa de reducción de la actual población carcelaria que permita evitar el alojamiento de personas en calabozos y otras instalaciones policiales o de fuerzas de seguridad, que carecen de personal especializado y de los programas educativos y laborales indispensables y también el traslado ilegítimo de los condenados por la justicia de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires al interior del país.

Para ello es indispensable, en mi opinión, que el Poder Ejecutivo de la Nación y de la provincia de Buenos Aires y, en lo pertinente, los demás gobernadores provinciales, dispongan que se comuniquen a los jueces competentes la cantidad de detenidos alojados sin plaza de alojamiento, de trabajo y de estudio, requiriéndoles el diferimiento en el tiempo, hasta tanto haya plaza disponible, de la ejecución de las penas privativas de la libertad inferiores a seis años de prisión y la inmediata morigeración de las prisiones preventivas en casos en los que se imputen delitos cuya expectativa de pena no supera los ocho años de prisión. Haciéndoles saber, además, que no habiendo posibilidades materiales de darles cumplimiento, deberán poner fin sin condiciones a toda prisión preventiva que supere el término previsto en el art. 13 del Código Penal o en el art. 54 de la Ley N° 24.660, conforme la sentencia no firme u homologada en juicio abreviado, siempre que el interno registre calificación de conducta por lo menos buena y fuere previsible dada su evolución personal durante su detención que gozará de un favorable pronóstico de reinserción social, o que supere los dos tercios del mínimo de la escala penal aplicable al caso (conforme el criterio sentado en el punto 176 del Informe número 35/2007

relativo al caso 12.553 de Uruguay, José, Jorge y Dante Peirano Basso, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 14 de mayo de 2007).

Asimismo, se les haga saber que deberán, en atención a la emergencia penitenciaria y sanitaria excarcelar bajo caución apropiada, si fuere necesaria, a quienes hayan superado en prisión preventiva la mitad del mínimo de la escala penal aplicable al caso que, en caso de haber recaído condena les habría permitido aspirar a su incorporación al período de prueba y a la modalidad de salidas transitorias, siempre que registraren conducta ejemplar y fuere previsible, conforme su evolución personal durante su detención que, en caso de resultar condenados o de haber sido incorporados el régimen de ejecución anticipada voluntaria, merecerían una calificación de concepto favorable.

Deberán, además, los jueces poner fin sin condiciones a toda prisión preventiva que supere el término de diez años sin dictado de sentencia firme, sin perjuicio de la continuación de la causa. De subsistir la superpoblación, deberá ponerse fin, sin condiciones a toda prisión preventiva que supere los cinco, cuatro, tres o dos años de prisión sin dictado de sentencia firme, sin perjuicio de que continúe el respectivo proceso y deberán, excepcionalmente, otorgarse la cantidad de conmutaciones e indulto de condenas indispensable, en función de la evolución de la población penal, para lograr no superar la capacidad de alojamiento.

En todos los casos en los que las condiciones de hacinamiento importasen lisa y llanamente un trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal, como los que se presentan con las personas alojadas en meros calabozos o en alcaldías sin talleres laborales ni aulas, en cumplimiento del deber jurisdiccional que genera el estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, deberán los jueces competentes hacer cesar con la

urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, cuando lo anterior no sea posible, reemplazándola por morigeraciones o detención domiciliaria, cuando resulte indispensable.



# Aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales (Ejecución Penal)

Gabriela Fuentes<sup>\*</sup>

Analía Monferrer<sup>\*\*</sup>

## Introducción

A partir de algunas decisiones judiciales nos proponemos ensayar, dentro del acotado margen que nos exige una publicación de estas características, un análisis de la aplicación de la perspectiva de género en diversas circunstancias que se someten a conocimiento de la Justicia de Ejecución Penal.

La situación de vulnerabilidad por género <sup>[208]</sup> como problemática emergente de las estructuras sociales y de las desventajas que determinado grupo de la población sufre en su vida cotidiana como resultado de las relaciones de poder, se detecta también en la etapa de la ejecución penal y, en consecuencia, tampoco escapa a la consideración de quienes integran la magistratura.

El entramado de dificultades que cada caso presenta pone en evidencia que las exigencias previstas en la legislación -respecto de las posibilidades de acceso a las diversas modalidades de cumplimiento de la pena privativa de la libertad- no pueden ser cumplidas de idéntica forma en todos los supuestos, sino que, por el contrario, así como debe tenerse en cuenta las características del hecho por el

que se dicta una sentencia condenatoria, también resulta necesario evaluar las dificultades sociales que la persona, sometida al proceso y a la ejecución de la pena, ha atravesado a lo largo de su vida.

En esa tarea, garantizar el acceso a justicia, implica la adopción de medidas o decisiones que deben estar atravesadas por la perspectiva de género. Optimizar el acceso al goce de derechos por parte de quienes se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad resulta un desafío para quienes participan del sistema penal [\[209\]](#).

Por otra parte, en el control sobre el cumplimiento de la pena, emergen diversos escenarios que no pueden escapar al análisis de la autoridad judicial.

En esta oportunidad, seleccionamos un conjunto de situaciones en las que, veremos, se brindó una respuesta acorde al mandato convencional y constitucional, y algunas consideraciones respecto de miradas tradicionales que deberían ser reexaminadas a la luz de obligaciones internacionales. Elegimos casos en los que se evaluó la adopción de medidas de protección aún ante el agotamiento de la pena impuesta; la continuidad en el régimen de prisión domiciliaria de una mujer que había violado en reiteradas oportunidades ese régimen; la revocatoria de una prisión domiciliaria por parte de un agresor en el ámbito doméstico; el ejercicio de la responsabilidad parental en el contexto de encierro, y hacemos una breve mención al programa para víctimas de violencia de género y el específico para personas trans en contexto de encierro.

## **Situaciones examinadas**

### *1) Agotamiento de la pena y medidas de protección*

En los casos elegidos [\[210\]](#) el titular del Juzgado de Ejecución Penal dispuso, ante el inminente agotamiento de la pena del condenado y su libertad, medidas de protección en virtud de la Ley N° 26.485 hacia quien aparecía como víctima de hechos de violencia doméstica.

En particular, la prohibición de acercamiento y de contacto, y el cese de los actos de perturbación. Se solicitaron informes respecto de la situación de vulnerabilidad de quienes fueran identificadas como víctimas e, incluso, la implementación de una consigna policial. Además, la remisión de esos antecedentes para la intervención de la justicia civil con competencia en asuntos de familia.

Se aplicaron medidas de protección establecidas en la Ley N° 26.485 aun cuando era una materia que, en principio, excedía el ámbito de su competencia.

## *2) Revocatoria de la prisión domiciliaria*

En este caso, una mujer -cuya pareja conviviente se trataba de un varón condenado y bajo arresto domiciliario en virtud de la pandemia- se comunicó con personal de la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica para poner en conocimiento de las autoridades hechos de violencia que ella y su hijo estaban atravesando [\[211\]](#).

Ante tal situación se revocó la prisión domiciliaria excepcionalmente otorgada teniendo en cuenta la situación de violencia denunciada. Para así decidir, se tuvo en consideración las características de los hechos de violencia,

y en particular, el llamado ciclo o espiral de violencia [\[212\]](#). Cuestión no advertida por la asistencia técnica del condenado que intentó justificar las discusiones que se habrían producido entre él y su pareja, y adujo que la mujer había decidido recibirlo nuevamente en su hogar para el cumplimiento del arresto.

Esto último resulta particularmente interesante porque quienes integran la magistratura, ante situaciones como éstas, deben observar con cuidado la actuación de la defensa -como del resto de quienes participan en el proceso- para verificar que no existan violaciones a los deberes del Estado. Así, si, por ejemplo, quien ejerce la asistencia técnica del agresor intenta o directamente persuade a la víctima de hechos de violencia contra la mujer para que acepte determinadas condiciones, incumple con el deber de debida diligencia en cabeza del Estado y pone en riesgo la responsabilidad estatal asumida a través de la firma de compromisos internacionales.

### *3) Cumplimiento de prisión domiciliaria y violencia doméstica*

En un caso en el que la mujer condenada <sup>[213]</sup> se encontraba incorporada a la modalidad de prisión domiciliaria, se dictaron medidas de protección hacia ella y su hijo al verificar una situación de violencia de género <sup>[214]</sup>.

Sabemos que las situaciones de vulnerabilidad no son consecuencia de una problemática individual, sino de un contexto social, por lo que resulta imprescindible evaluar la historia de vida de la mujer, que la expusieron a situaciones de riesgo: en particular, había sido víctima de violencia de género por parte de su padrastro, de su expareja y de su pareja más reciente.

Profesionales de la “Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica” informaron que la pareja de la mujer mantuvo conductas violentas hacia ella en repetidas ocasiones incluyendo agresiones físicas; que denunció los episodios ante las autoridades policiales y que debió realizar presentaciones para recuperar a su hijo que había sido llevado por la fuerza, a la casa de la familia paterna.

Ante esta situación, el Equipo Social a cargo del caso determinó que se encontraba en una situación de violencia de género. Se identificaron los riesgos a los que estaba expuesta: se trataba de una mujer de 26 años de edad, con estudios primarios sin completar, sin empleo ni ingresos económicos estables, con antecedentes en consumo problemático de sustancias psicoactivas; que fue víctima y testigo violencia física ejercida sobre ella, su madre y sus hermanas; que recibía amenazas telefónicamente por parte de su ex pareja y padres de sus hijos, y que vivía en un contexto de hacinamiento, con falta de oportunidades laborales de todas las personas adultas de la familia.

Con relación a sus características personales, quienes elaboraron el informe resaltaron su dependencia económica, labilidad emocional, dificultades para establecer un proyecto de vida y baja autoestima. Se informó sobre la articulación de distintos recursos con el objeto de disminuir los efectos del aislamiento que genera el arresto en el domicilio y para que pudiera comenzar a construir una identidad potenciando sus capacidades y acceder a un proyecto de vida. Se dio intervención al Programa de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños de Madres Privadas de Libertad de la SENNAF, con el objetivo de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños y niñas con madres privadas de libertad.

Según los informes de evaluación, la mujer se encontraba transitando una situación de aislamiento y vulnerabilidad psicosocial que se desprendía de su precariedad económica, su situación sanitaria y la situación de violencia de género que atravesaba, agudizada por el hecho de que se encontraba en una situación de dependencia económica y emocional con su pareja. Asimismo, se destacó la naturalización de las situaciones de violencias; por lo que, teniendo en cuenta los factores de vulnerabilidad psicosocial y al no contar con un grupo familiar que la contenga, se señaló la necesidad de acceder a la atención de su salud mental.

Al detectarse reiterados episodios de egreso de su domicilio sin la debida autorización, se celebró una audiencia en el Juzgado en la que la mujer refirió que tenía problemas con su pareja, explicando que se ausentó del domicilio luego de que él la golpeará. En esa oportunidad, la defensa técnica solicitó mantener su incorporación a la modalidad de prisión domiciliaria, y que se dictaran medidas que promovieran la reducción de su situación de vulnerabilidad en virtud de los episodios de violencia de género que padeció en dicho contexto.

Al analizarse las particularidades del caso se mantuvo la modalidad de cumplimiento de pena [\[215\]](#) y se tuvo principalmente en cuenta la evaluación realizada por el equipo interdisciplinario:

“...resulta indubitable que, para el normal crecimiento y desarrollo del niño, es necesario que viva con su progenitora, por lo que resulta beneficioso para E. B., que K. G. R. permanezca bajo el instituto de prisión domiciliaria, pudiendo de esta manera continuar cumplimentando su rol materno de protección y formación integral, brindándole al menor el apoyo y la contención emocional necesarios para su normal desarrollo y crecimiento...”.

Resulta interesante observar cómo el rol de madre parece ser fundamental para la permanencia en prisión domiciliaria cuando la razón fundamental del abandono del domicilio, según los dichos de la mujer, era la violencia a la que era sometida por su pareja. En el caso, el magistrado tomó esa decisión, con fundamento en el interés superior de niñas y niños y con motivo en el supuesto de arresto domiciliario que habilitara primigeniamente el acceso a dicha modalidad [\[216\]](#); aunque también resultaría posible valorar que los incumplimientos tuvieron su razón de ser en

las mencionadas situaciones de violencia, entendiendo - aunque implícitamente- que ese fue el recurso que la condena encontró para que cesaran las violencias en su contra.

Finalmente, el juez de ejecución a cargo autorizó a la mujer a concurrir en forma semanal a un centro de acción comunitaria; se solicitó la participación de K. en el programa “Ellas Hacen”<sup>[217]</sup>; dejó sin efecto la orden de captura dictada; extrajo testimonios respecto de los hechos denunciados por ella; se solicitó a la SENNAF el otorgamiento de un subsidio a favor de su hijo y dispuso la exclusión del hogar de su pareja, ordenando la prohibición de acercamiento y/o contacto del nombrado con K. y/o su grupo familiar bajo cualquier medio, en los términos de la Ley N° 26.485.

Nuevamente, la aplicación de la ley de protección integral a las mujeres a pesar de ser, en principio, ajena a su competencia.

#### *4) Responsabilidad parental*

La detención de mujeres -junto a sus hijas e hijos menores de cuatro (4) años de edad-<sup>[218]</sup> respecto de quienes pesa la inhabilitación contenida el art. 12 del Código Penal<sup>[219]</sup> ha suscitado algunas decisiones judiciales vinculadas con la situación de niñas y niños en los contextos de encierro.

Son no pocos los casos en los que las mujeres condenadas han solicitado dejar sin efecto esa inhabilitación con el objetivo de ejercer su responsabilidad parental<sup>[220]</sup>.

Entendemos que las decisiones jurisdiccionales tendientes a asegurar el pleno ejercicio de un derecho complejo e indisoluble como es la responsabilidad de las

madres y padres respecto de sus hijas e hijos, debe ser garantizado aún en un contexto de encierro [\[221\]](#).

La mujer condenada a más de tres años de prisión se encuentra, en principio, impedida de ejercer la responsabilidad parental. Pero si en el caso, es ella la que se encuentra en mejores condiciones de evaluar las cuestiones de la vida cotidiana de sus hijas e hijos, por qué negarle ese derecho por estar privada de su libertad.

En este aspecto debemos señalar que el acudir a la imagen de la mujer madre como la única posibilidad de crianza y cuidado de hijas e hijos refuerza los conceptos estereotipados del deber ser femenino en un sistema patriarcal. Por tal motivo, incentivamos la mirada de género en este aspecto en el que ambas personas progenitoras deben asumir sus responsabilidades en las tareas de crianza y cuidado. También damos por supuesto la necesidad de la presencia de ambos en el desarrollo de las niñas y los niños -siempre que suceda en un marco amoroso y afectuoso- y por ello, resulta necesario compatibilizar la necesidad del Estado de hacer cumplir una pena y minimizar el impacto sobre el grupo familiar [\[222\]](#) que ese cumplimiento puede acarrear.

Se ha decidido que

“...la inhabilitación que prevé el art. 12 del Código Penal ha perdido sentido teniendo en consideración la autorización que el art. 195 de la Ley N° 24.660 efectúa para que las madres permanezcan detenidas junto a sus hijos menores de cuatro años de edad, estando en mejores condiciones de decidir por ellos más que una tercera persona en el medio libre dado el ejercicio de hecho que ejerce la interna...” [\[223\]](#).



Idénticos fundamentos se esgrimieron en el caso personas condenadas al acceder a la modalidad de prisión domiciliaria (art. 32, inciso “f” de la Ley N° 24.660):

“...la modalidad de detención ahora autorizada por el suscripto no deja sin efecto la condición de privación de libertad por la que transita la nombrada, sino que tan solo implica un cambio en su ejecución, por lo que la suspensión señalada conservaría su vigencia. Ahora bien, ha de advertirse asimismo que la implementación de la ejecución de la pena bajo la modalidad de arresto domiciliario a fin de mantener y reforzar el vínculo de la interna con su hijo menor de edad no encuentra compatibilidad con la indicada de la suspensión de la patria potestad dispuesta por la normativa de fondo. De tal modo, y tal como es concluido por la Fiscalía de Ejecución corresponde disponer la suspensión de la inhabilitación de la patria potestad...”[\[224\]](#).

En tal sentido la Recomendación VI/2016 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, sugiere que:

“...los tribunales deberían indagar y valorar las responsabilidades de las mujeres que tienen a su cargo hijos menores, en especial cuando cohabitan con ellos en prisión o en arresto domiciliario no pueden hacerse cargo de sus hijos, evaluar las características propias de cada caso y ejercer el control de constitucionalidad, poniendo el énfasis en el Interés Superior del Niño...”.

## 5) Programa para Víctimas de violencia de género

Si bien no elegimos ningún caso en particular en el que se hubiera aplicado el programa, decidimos hacer una breve mención al respecto pues la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una víctima de violencia de género [\[225\]](#) debe ser evaluada y observada a lo largo de todo el proceso de cumplimiento de la condena.

Las mujeres privadas de su libertad que son o han sido víctimas de violencia de género pueden ser incluidas en el “Programa específico para víctimas de violencia de género en contexto de encierro” [\[226\]](#).

El programa está integrado por tres fases, cada una de las cuales se desarrolla según su descripción bajo el marco teórico de la psicología cognitivo-conductual, en modalidad grupal, a la vez que brinda apoyo psicológico individual. En la *Fase I* se busca construir un vínculo de adquisición de confianza y afecto entre participantes y profesionales. Los objetivos de trabajo y de la meta final del proceso, deben ajustarse a las características y particularidades del grupo y se desarrolla en cuatro encuentros. En esta etapa, las participantes expresarán -dentro de sus posibilidades y deseos- sus sentimientos, experiencias y vivencias, para iniciar un reconocimiento individual y grupal, pudiendo avanzar a la siguiente fase.

La segunda etapa o *Fase Psicoeducativa* tiene como objetivo preliminar advertir junto con la víctima lo vivenciado y conocer las diversas formas en que puede manifestarse la violencia. Se busca clarificar que se trata de vínculos dispares o asimétricos, cuya construcción ha de ser paulatina y que tiene su origen en la desigualdad de poder entre varones y mujeres. Se intenta exponer la forma en que se desarrolla la violencia, la que se explica mediante el proceso conocido como “círculo de la violencia”, cuáles

son sus posibles causas, como también los factores que han hecho que la situación se mantuviera en el tiempo.

La última, *Fase Preventiva*, trabaja sobre la prevención de posibles nuevos sucesos. Se centra en la prevención y se brinda información acerca de organismos a los que recurrir para evitar situaciones de violencia.<sup>[227]</sup> Corresponde señalar al respecto que muchas veces, incluso la denuncia y la medida de protección dispuesta no alcanzará para evitar el episodio de violencia y que más allá de los esfuerzos que se hagan desde el sistema judicial, no serán suficientes si no se implementan políticas públicas que alcancen todas las áreas en las que el Estado puede intervenir.<sup>[228]</sup>

Lo descrito aparece como una buena práctica dentro de la estructura penitenciaria sobre todo si tenemos en cuenta lo recomendado por el Comité CEDAW cuando establece:

“...Proporcionar a las mujeres en instituciones, entre ellas residencias, centros de asilo y lugares de privación de libertad, medidas de protección y de apoyo en relación con la violencia por razón de género...”<sup>[229]</sup>.

Pero no podemos dejar de señalar que tal como surge de ese Programa, el objetivo general reside en la prevención y concientización del vínculo patológico entre víctima y agresor, para evitar la repetición de este tipo de vinculaciones.

Considerar como vínculo patológico la situación en la que una mujer es sometida a hechos de violencia de género implica desconocer que la violencia es estructural y que por más intentos que la víctima realice para salir de esa situación de violencia, no podrá hacerlo si el Estado no le da respuestas inmediatas y eficaces.

Cuando utilizamos la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” ponemos de manifiesto las causas

y los efectos relacionados con el género de la violencia. Esta expresión “...refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes...”<sup>[230]</sup>.

Por tal motivo, quienes integran la magistratura y evalúan los informes que realiza ese Programa deberán prestar suma atención a lo que se desprenda de ellos pues será necesaria una mirada entrenada para advertir afirmaciones o sugerencias que se encuentren reñidas con una mirada basada en una perspectiva de género.

## 6) Programa específico para personas trans en contexto de encierro<sup>[231]</sup>

Este programa fue creado a partir de la necesidad de determinar los riesgos y necesidades específicas de personas trans privadas de la libertad, quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad como consecuencia de la desigualdad y la exclusión social y que, en un contexto de encierro, se agudiza<sup>[232]</sup>. Su objetivo general es el de proveer estándares adecuados para el trato y tratamiento de las personas transgénero privadas de su libertad garantizando el pleno ejercicio de sus derechos<sup>[233]</sup>.

Las condiciones de detención de estas personas eran considerablemente deficientes, no solo en torno a las dificultades que se suscitaban en torno a la seguridad, alojamiento y preservación de su intimidad, sino que tampoco eran destinatarias de programas que les permitieran superar las condiciones de vulnerabilidad y desigualdad que caracterizaban sus historias de vida<sup>[234]</sup>.

En ese contexto, las decisiones en la etapa de ejecución de la pena han tratado de acotar la brecha existente entre las necesidades del colectivo y las posibilidades objetivas del Servicio Penitenciario Federal. A partir del alojamiento en los establecimientos destinados a mujeres, las condiciones de detención se modificaron en forma sustancial y se observó una disminución de las problemáticas antes detectadas [235]. Esos cambios se reflejaron también en la disminución de planteos que antes se recibían con frecuencia [236].

En un caso, “R., L. s/ ejecución penal” [237], la defensa oficial solicitó el cambio de las actividades laborales que desempeñaba su asistida -en el taller de retiro de residuos- con fundamento en que las actividades propuestas desde la División Trabajo del establecimiento podrían ocasionarle un daño en su salud y que la realización de tareas definidas como “livianas” resultarían significantes a su perfil criminológico y en atención a que estaba recibiendo un tratamiento hormonal con motivo en su identidad de género [238].

Al evaluar la cuestión se entendió que la administración penitenciaria omitió comunicar si se habían valorado todas las posibilidades brindadas a fin de la obtención de un oficio, como tampoco se aclaró:

“...si se llevó a cabo una evaluación médica inherente a considerar sí el tratamiento hormonal al que se encuentra sometida en la actualidad podría verse complicado por aquellas actividades que impliquen el uso de fuerza física y/o sí ello podría afectar su estado de salud general. En función de lo destacado precedentemente y con el objeto de abordar una solución definitiva de la situación planteada en autos, requiérase a la Dirección de la Unidad n<sup>o</sup>

31 del S.P.F. que, a partir de la evaluación laboral y médica de R., se informe sí resulta prudente y/o necesario modificar las actividades remuneradas que cumple en la actualidad...”; y le dio intervención, a los mismos fines, a la Dirección de Sanidad del Servicio Penitenciario Federal <sup>[239]</sup>.

Muchas de las decisiones judiciales se vinculan con el mantenimiento de los lazos familiares y/o afectivos; salidas transitorias; incorporación a las diversas modalidades de cumplimiento de la pena; etcétera.

Si bien se trata de cuestiones a resolver típicas de la etapa de ejecución de la pena, lo importante es poder comprender la situación de vulnerabilidad que se suma a la de su detención y brindar respuestas adecuadas para garantizar sus derechos.

## **¿Palabras finales?**

El sistema judicial puede convertirse, en muchos aspectos, en una práctica discriminatoria hacia la mujer y por eso la necesidad de mejorar la respuesta del sistema para modificar, a través de sus decisiones, los patrones socio culturales de conducta.

No es casual que el hilo conductor de los tres primeros casos enumerados haya sido la violencia doméstica pues se trata de una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer <sup>[240]</sup> que afecta a todos los sectores sin distinción <sup>[241]</sup>.

Esta violencia es una violación de derechos humanos. El Comité CEDAW, en su Recomendación General N° 19, aclaró que la discriminación contra la mujer tal como es definida en el art. 1° incluye la violencia por razón de

género, que es “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que constituía una violación de sus derechos humanos [\[242\]](#).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, junto con la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) “complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres”. [\[243\]](#) Son una guía para la interpretación de sus disposiciones las Recomendaciones Generales del Comité de Seguimiento de la CEDAW y para el primero de los instrumentos, los casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la Recomendación General N° 33 se entendió que:

“...La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres...”. [\[244\]](#)

Con relación a la justiciabilidad, se recomienda a los Estados parte asegurar que quienes desempeñan funciones en los sistemas de justicia “...tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género...” [245]

La Ley N° 26.485 expresamente establece que cualquier jueza o juez es competente para el dictado de medidas de protección en casos de violencia contra la mujer. No quedan dudas acerca de la intención de la legislación: la protección.

Cuando una víctima de violencia de género y, en particular, de violencia doméstica, denuncia la situación por la que está atravesando, es mucho lo que pone en juego y espera que el Estado actúe en forma incondicional para protegerla. [246]

No hay forma de asegurar que desde el sistema judicial pueda ponerse fin a la violencia contra la mujer pues es resultado de la discriminación a la que ha sido sometida desde hace siglos. Contamos con un marco normativo suficiente, las agencias ejecutivas pueden poner en marcha muchos programas de asistencia, podemos tener datos estadísticos para la elaboración de políticas públicas, la academia puede darnos enciclopedias enteras acerca de este fenómeno, pero -y a pesar de actuar cuando el resto de las áreas del Estado encargadas de prevenir la violencia fallaron- son juezas y jueces quienes pueden transformar la realidad al dictar sus resoluciones y sentencias.

La importancia de visibilizar la tarea de quienes integran la magistratura en la etapa de ejecución de la pena respecto de víctimas de violencia doméstica radica en su efecto multiplicador al mostrar de qué manera, a pesar de no tratarse de asuntos de su estricta competencia, se puede cumplir con los estándares de protección exigidos a través del deber de debida diligencia estatal.

A lo largo de los años y a partir del diseño de políticas públicas específicas por parte de la máxima autoridad del Poder Judicial se ha visibilizado la situación de las mujeres



con relación al sistema judicial <sup>[247]</sup>, se ha avanzado mucho en el reconocimiento de sus derechos pero aún queda un largo camino por recorrer.

Entender cómo las identidades, los atributos y las funciones atribuidas a mujeres y varones son una construcción social, y el significado cultural que impone la sociedad basado en las diferencias biológicas <sup>[248]</sup>, se reproducen en los sistemas de justicia, nos permite medir el diferente impacto que las investigaciones, procesos, sentencias, decisiones, programas, etc. tendrán sobre mujeres y varones, y es la clave para que sepamos morigerarlo y lograr una sociedad más igualitaria.

# Tratamiento e inserción social. Una intervención posible

Guillermina García Padín\*

*“Es frecuente observar en las incidencias promovidas en la ejecución de una pena, una tendencia a cierta teología de la ejecución penal, en la que sus sacerdotes proclaman dogmas fundacionales de origen divino como el llamado ‘principio resocializador’ -de alegada cepa constitucional- cuyo contenido es inexplicable cual misterio teológico. Se hacen advocaciones a este principio sin explicar razonadamente sus proposiciones, su contenido y el modo en que se hace operativo”.\*\**—

## Introducción

Muy lejos de poder dar una respuesta a las críticas tan claramente expuestas en el epígrafe, quisiera, al menos, presentar en estas breves líneas algunas reflexiones personales y compartir una experiencia llevada adelante desde la Unidad Fiscal de Ejecución Penal Nacional del Ministerio Público Fiscal de la Nación, hace un tiempo atrás, motivados en efectuar un aporte concreto en el proceso de hacer operativo el llamado “principio resocializador” que integra el bloque de constitucionalidad federal.

Al poner en debate cuestiones vinculadas con “tratamiento” (en términos amplios) e “inserción social” no

puede desconocerse que la problemática carcelaria atraviesa a los tres poderes del Estado y que no es posible ninguna solución aislada, sino que, por el contrario, debe fomentarse un trabajo conjunto y articulado, actuando cada organismo dentro de su ámbito de competencia, en miras a promover buenas prácticas que tiendan a avanzar sobre la concreción de aquel fin.

En primer lugar, cabe destacar la responsabilidad del Poder Legislativo, sancionando leyes que fijan las conductas penalmente reprochables y las escalas penales, las alternativas que se regulan a la prisión, el modo en el cual las personas atravesarán la cárcel, entre otras cuestiones, leyes que en definitiva debe aplicar la justicia. En los últimos tiempos, se han aprobado algunas leyes -como la Ley N° 27.272 de flagrancia, las modificaciones introducidas por Ley N° 27.375 a la Ley N° 24.660 de Ejecución Penal, entre otras- que han tenido un impacto directo en el incremento de la cantidad de personas privadas de libertad. [\[249\]](#)

En segundo lugar, en la organización de la cárcel, en los recursos y herramientas que se destinan, es determinante el Poder Ejecutivo, en particular a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -con el Servicio Penitenciario Federal y la Dirección Nacional de Readaptación Social-, pero también a través de la intervención que desde ese Poder se decida asignar a cada uno de los ministerios de manera tal de dotar a la cárcel de recursos especializados que puedan formar parte de las actividades que se brindan y proyectar su continuidad en el afuera.

Luego, el sistema de administración de justicia. No puede soslayarse que la cárcel históricamente -y según se ha desprendido de las estadísticas oficiales- está ocupada en un porcentaje que ha oscilado entre 60 % y 55 % por personas sin condena, y un 45 % - 40 % de personas condenadas, dato que ha obligado, desde hace tiempo, a cuestionar el uso de la prisión preventiva y, frente a ello, exponer cómo transcurre la

vida en prisión de una persona privada de su libertad mientras aguarda la resolución del caso. [\[250\]](#)

Por otra parte, y en lo atinente a personas condenadas, entiendo pertinente poner en crisis el sentido que se le ha dado a la instancia de ejecución penal dentro del proceso penal, siendo necesario forjar una actuación coordinada entre las distintas instancias, en lugar de una actuación solitaria y en compartimentos estancos. Y, en ese sentido, vinculado al tema que me convoca, luce indispensable promover una oferta de tratamiento adecuada a los fines de la inserción social de quienes cumplen una condena.

En ese sentido, se ha expuesto que tal finalidad puede perseguirse a través de dos vías no excluyentes, sino acumulativas:

“...1) promoviendo mediante el tratamiento interdisciplinario que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley; 2) promoviendo el apoyo y la comprensión de la sociedad, de modo tal que ese programa guíe la interpretación de todas las disposiciones de la ley orientándola a ese fin”. [\[251\]](#)

## **Tratamiento e inserción social**

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que la pena privativa de libertad tiene como finalidad esencial, aunque no la única, la reforma y readaptación social de los condenados. [\[252\]](#) [\[253\]](#)

En la misma dirección, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, “Reglas Mandela”, en su regla 4 establecen que:

“Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia.” y “Esos objetivos sólo 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” .[\[254\]](#)

Asimismo, en lo que aquí importa, la Regla fija que:

“Para lograr el propósito de reinserción, 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” y la Regla 5 establece 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”.

A estas directrices se suman los principios establecidos en las Reglas 91 a 94 que fijan que:

“El tratamiento debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento

fomentará el respeto de sí mismos y desarrollará su sentido de la responsabilidad”.

La regla 92 establece que:

“Para lograr este fin se deberán emplear todos los medios adecuados, lo que incluirá la asistencia religiosa, la instrucción, la orientación y formación profesionales, los métodos de asistencia social individual, el asesoramiento laboral, el desarrollo físico y el fortalecimiento de los principios morales, de conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Para ello se tendrá en cuenta su pasado social y delictivo, su capacidad y aptitud física y mental, su temperamento personal, la duración de su pena y sus perspectivas después de la liberación”.

Las Reglas 93 y 94 hacen referencia a la clasificación e individualización de los detenidos condenados, debiendo separarlos según su pasado delictivo a fin de que no ejerzan influencia negativa sobre otros y particularmente hacen mención a *“fijar un programa de tratamiento individual que se basará en la información obtenida sobre sus necesidades, capacidad e inclinaciones particulares”*.

Estas Reglas fijan claramente que se les debe ofrecer a los condenados programas y actividades que atiendan las necesidades reales y les permitan adquirir conocimientos y competencias de modo tal de fortalecer su autoestima, tener la capacidad para llevar adelante un proyecto propio, trabajar sobre los motivos por los cuales cometieron los delitos y evitar reincidir.

En lo que aquí atañe, mismos lineamientos pueden extraerse de las “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” conocidas como

Reglas de Bangkok en sus Observaciones Preliminares y las Reglas 1, 4, 10, 12, 15, 17, 26, 29, 40 y siguientes. [255]

Por su parte, la Ley de Ejecución Penal -tanto en su versión anterior N° 24660 como en la actual N° 27375-, refiere en su art. 1 que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de respetar y comprender la ley procurando su adecuada reinserción social y que el régimen penitenciario utilizará todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para esa finalidad. En su articulado contiene las referidas pautas en la misma línea. (arts. 4, 5, 8 entre otros). Así, el legislador ha optado por favorecer la individualización del tratamiento de las personas condenadas. [256]

En ese contexto, yendo al campo de la práctica, me interesa focalizar en cuatro puntos que entiendo como pautas nodales en procura de promover buenas prácticas y tender a una posible inserción social, atendiendo al tratamiento ofrecido desde el Estado entendido, conforme ya se reseñara, en términos amplios y que involucra especialmente a aquellas actividades dirigidas a colaborar en ese proceso y que son voluntarias.

Al respecto, desarrollaremos como ideas centrales: intervención “individualizada”; “temprana”; “interdisciplinaria” y “con proyección hacia el afuera”.

Bajo esas directrices, propender una “*intervención individualizada*” se vincula con atender a la persona condenada y a los hechos cometidos, procurando en las intervenciones que se hacen desde el sistema de justicia, hacer foco en que el tratamiento que el Estado le ofrece -dentro de la prisión y al recuperar la libertad-, se vincule con las necesidades y posibilidades personales como así también con el conflicto, de manera tal que sea viable una adecuada inserción y la evitación de nuevos delitos.

Así, es pertinente que en el diseño del tratamiento penitenciario se atiendan concretamente no sólo los hechos

por los cuales la persona fue condenada sino también sus necesidades en torno a salud, trabajo, estudio, relaciones familiares, y todas aquéllas que puedan serle útiles una vez que recupere su libertad.

En esa dirección, si bien es la administración penitenciaria la que toma decisiones operativas y diseña el programa de tratamiento conforme surge de la Ley N° 24.660 y del Decreto N° 396/99, tales potestades no importan de por sí que desde la administración de justicia no puedan proponerse determinados objetivos que tengan directa vinculación con el delito y con la finalidad de la pena. [\[257\]](#)

Por otra parte, también resulta importante promover una “*intervención temprana*” de todos los actores que favorezca tal proceso, permitiendo identificar con tiempo aquellos aspectos sobre los cuáles es posible acompañar a la persona detenida, viabilizando así la incorporación de determinadas herramientas y permitiendo que la persona condenada tenga más posibilidades de llevar adelante el tratamiento propiciado de manera íntegra.

En ese sentido, sería interesante que esa “*intervención temprana*” se materialice en las instancias previas a la etapa de ejecución, tal como referí al introducir el tema. Ello tendrá un impacto muy positivo en el marco del tratamiento que finalmente se diseñe estrictamente como condenado/a puesto que la incorporación voluntaria de quien se encuentra imputado/a en dispositivos interdisciplinarios y diversas actividades que pueda ofrecerle el Servicio Penitenciario como recursos asistenciales, fortalecerán sus vulnerabilidades y podrán atender a las necesidades, tanto de quien se encuentra privado/a de su libertad como de su entorno familiar, en particular en los casos que se identifican situaciones de riesgo para niños, mujeres, en los que una intervención temprana podrá promover el acompañamiento oportuno de organismos específicos.

En sintonía con lo expuesto, se ha dicho que:



“...el tratamiento...ofrece la posibilidad de concebir de forma integrada todo el sistema penal como un proceso, pero éste tan solo se refiere a las actividades terapéuticas nada más que en la fase ejecutiva de la pena, el marco estructural dentro del cual tiene lugar un suceso en la vida de una persona. Es decir, un tiempo relativamente breve que se inicia, formalmente con el ingreso del sujeto como penado y acaba con el momento que abandona el establecimiento. Sin embargo, una correcta programación terapéutica haría recomendable la intervención en una fase previa en la que puede llegar a considerarse incluso el propio proceso penal y una fase posterior durante la cual el sujeto se encuentra en cualquiera de las modalidades de libertad condicionada bajo el control de los órganos de asistencia postpenitenciaria.” [258]

Luego, también es importante llevar adelante una *“intervención interdisciplinaria”*. Trabajar los casos con perspectiva interdisciplinaria justamente importa la articulación de distintas ciencias y que en el tratamiento participen profesionales de diversas especialidades con un abordaje multidisciplinario seguramente ayudará en su evolución.

Y es que, es importante el trabajo articulado de todas las áreas y propuestas vinculadas a favorecer el crecimiento personal y a atender problemáticas que tuvieron, de alguna manera, incidencia en los hechos por los cuales la persona se encuentra en prisión.

No obstante, y sin desconocer que el Servicio Penitenciario Federal cuenta con algunas herramientas, entiendo que no sólo resultan insuficientes y algunas improductivas, que en numerosas oportunidades no se atienden las necesidades y capacidades individuales, sino que tampoco existe una

proyección de las propuestas que se formulan para con el afuera.

Por tal motivo me parece importante que en el abordaje del tratamiento puedan intervenir organismos externos del Estado que, de momento, complementen la oferta de tratamiento del Servicio Penitenciario pero que a futuro -con la concreción de la demorada reforma del Servicio Penitenciario Federal- terminen por reemplazarlo en esos aspectos. Así, es indispensable que las distintas agencias del Estado ingresen con recursos a la cárcel y desarrollen la mayoría de las actividades que forman parte del tratamiento individual.

Tal premisa no encuentra mayores reparos. Y es que:

“La clasificación y su tratamiento diferenciado es una deuda pendiente en nuestro sistema carcelario. Esta cuestión requiere un programa serio e interdisciplinario de clasificación de detenidos para permitir un abordaje diferencial y la implementación de programas de rehabilitación. El trabajo y la educación, así como toda otra actividad que integre a la población penitenciaria con la comunidad, deben ser el eje de cualquier medida que se tome. El estudio, diagnóstico y evaluación periódica tendrían que contar con la participación de sectores ajenos a las fuerzas encargadas de la guarda, de modo tal que la interacción enriquezca las opiniones de los órganos encargados de la vigilancia de los internos. Todo esto sumado redundará en una mejor reinserción social”.

[259]

A ello debe sumarse la coherencia que debe tener el tratamiento intramuros - extramuros, es decir, una *“intervención con proyección en el afuera”*, por lo que deben necesariamente evaluarse las posibilidades para continuar estudios, promover incorporaciones a ámbitos laborales

respecto de los que se haya capacitado en prisión, propiciar tratamientos que atienden adicciones o talleres que aborden problemáticas específicas como la violencia. Derivaciones a la Sedronar, intervenciones específicas de los Ministerios de Trabajo, de Educación, de Desarrollo Social, entre otros organismos, evidentemente serían más realizables si estos organismos ya se encuentran trabajando concretamente dentro de la prisión y más aún si este tipo de actividades tienen un inicio temprano.

Las Reglas de Mandela en su Regla 88 en su punto 1, establecen 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”.

En esa línea, la Regla 90 determina que:

“El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al ex recluso una ayuda postpenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad”.

En general todos los organismos del Poder Ejecutivo cuentan con recursos para brindar -si es que ya no lo hacen-, a personas privadas de libertad o que recuperan su libertad. No obstante, al igual que mencioné respecto del Servicio Penitenciario, no sólo son insuficientes, sino que debe reforzarse el trabajo individual y la articulación entre los

distintos organismos para no superponerse, para trabajar de manera conjunta y para que el abordaje en cada caso sea interdisciplinario, con interacción social y respetando el principio de la diversidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. [\[260\]](#)

La Regla 108 punto 3, en referencia a la ayuda post penitenciaria regula que *“Convendrá centralizar o coordinar todo lo posible las actividades de dichos organismos a fin de asegurar el aprovechamiento óptimo de su labor”*.

En ese sentido:

“...el Estado es uno, el erario es uno y entonces es más ajustado a la aplicación de principios elementales de buena gobernanza y a las pautas de transparencia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos -contenidos, por ejemplo, en la Convención de la ONU para la lucha contra la corrupción, Declaración de la IV Cumbre de la CELAC del 27 de enero de 2016- no superponer intervenciones ni duplicar burocracias, sino antes bien, coordinarlas y optimizarlas para lograr en cada caso actuaciones con un sentido, pensadas y eficientes” [\[261\]](#) .

## **Una intervención posible**

Bajo la perspectiva propuesta, cobra especial relevancia la articulación institucional siendo que deberá atenderse a las herramientas y recursos que los distintos organismos del Estado ponen a disposición y, en ese sentido, es sumamente importante compartir el enfoque, la mirada, con la que habrá de afrontarse el desafío de favorecer la inserción social.

Las Directrices para la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de la prevención de la delincuencia urbana han

señalado que, en los proyectos de cooperación en materia de prevención del delito, se debe tener en cuenta que:

“... la delincuencia urbana se caracteriza por una multiplicidad de factores y formas. Con frecuencia será útil adoptar un enfoque interinstitucional y responder de forma coordinada en el plano local, de conformidad con un plan de acción integrado para la prevención del delito”. Asimismo, han establecido que el plan de acción debe “... hacer intervenir a una gama de actores que representen en particular a [...] los trabajadores sociales y de la educación, el sector de la vivienda y la salud, además de la policía, los tribunales, los fiscales y los servicios encargados de la libertad condicional, y otros...”, profundizando de esta manera, la convicción acerca de la necesaria intervención coordinada de todos los actores. [262]

Al respecto las Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptadas en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente establecieron como una de las funciones principales de los Ministerios Públicos Fiscales el de “...desempeñar un papel activo en la supervisión de la ejecución de los fallos judiciales”. [263]

Tales principios son atendidos por la Unidad Fiscal de Ejecución Penal Nacional en el marco de su intervención -siendo que en la etapa de ejecución penal es a quien le compete el ejercicio de las pretensiones sobre la ejecución de la pena-, en consonancia con los principios que guían la actuación del Ministerio Público Fiscal de promover la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad y velar por la vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos

de derechos humanos particularmente (arts. 120 CN y 1 y 9 de LO). [\[264\]](#) [\[265\]](#)

En línea con lo que vengo sosteniendo desde la Unidad Fiscal de Ejecución Penal Nacional, llevamos adelante hace un tiempo atrás una experiencia interinstitucional que para nosotros es un modelo posible de intervención, debiendo aclarar que fue un proyecto que tuvo el acompañamiento y respaldo de la Procuración General de la Nación y el apoyo y reconocimiento del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (en adelante ILANUD).

Para avanzar en la iniciativa se tuvo en consideración, sintéticamente, los siguientes puntos:

- Nuevo modelo de gestión de la fiscalía. La creación de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal (UFEP) en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, mediante la fusión de las dos fiscalías existentes. [\[266\]](#)
- Gestionar políticas de ejecución penal tendientes a la reinserción social de los condenados superadoras del trámite en el expediente.
- Trámite de la causa: en las condiciones actuales aparece insuficiente estar a la espera de una incidencia puntual para lograr los objetivos más allá de que se procura en cada intervención hacer aportes al respecto.
- Necesidad de convocar a una mesa de trabajo con la mayoría de los actores cuya tarea impacta en el sistema penitenciario federal.
- Creación de una *“Mesa Interinstitucional por la Integración Social”* conformada por la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (con la intervención de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios, del

Servicio Penitenciario Federal y de la Dirección Nacional de Readaptación Social), el Ministerio de Educación de la Nación, el Ministerio de Trabajo de Nación, Ministerio de Desarrollo Social de Nación, Ministerio de Salud de Nación, Ministerio de Cultura de Nación, la Sedronar y la Secretaría de Deportes del ámbito nacional.

- Diseño conjunto de un *“Programa Interinstitucional por la Integración Social”*.

Norte del Programa: Prevención de la reincidencia. Aproximación interinstitucional. Viabilizar el fin constitucional de la pena. Disminución de la violencia social. Acompañamiento integral.

- Definición de colectivos. Identificación del colectivo con el cual iniciar el Proyecto.

Implementación del programa piloto en la Unidad carcelaria pertinente.

- Puesta en marcha del programa piloto con los recursos propuestos por cada actor.

Continuidad del programa al egreso en libertad a través de la articulación con las agencias en el medio libre.

- Práctica novedosa: coordinación de las políticas públicas de todos los Ministerios. Incorporación en contextos de encierro de sus políticas propias en forma mancomunada.

Así, a fines del año 2013 desde la Unidad Fiscal de Ejecución Penal empezamos a darle forma a un trabajo en los términos referidos y finalmente convocamos a la *“Mesa Interdisciplinaria por la Integración Social”* en la cual participaron, conforme reseñara, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (a través de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios, del Servicio Penitenciario Federal y de la Dirección Nacional de Readaptación Social), y los distintos organismos

nacionales: el Ministerio de Educación, el Ministerio de Trabajo, Ministerio de Salud, Ministerio de Cultura, la Sedronar y la Secretaría de Deportes, y a partir de la cual, luego de diversas reuniones, se diseñó de manera conjunta el "*Programa Interdisciplinario por la Integración social*" para atender de manera progresiva a distintos colectivos. [\[267\]](#)

El puntapié inicial de este proyecto fue con jóvenes adultos. El colectivo seleccionado se encontraba en especial situación de vulnerabilidad tanto por su falta de estudios, de capacitación laboral, problemas de adicción, desvinculación familiar, muchos padres de niños de los que no se podían hacer cargo. Para ello se identificó a 30 jóvenes del Complejo Penitenciario II de Marcos Paz, Módulo II.

Un punto interesante de la modalidad de trabajo acordada fue el plano de horizontalidad de todos los actores involucrados. En particular, esta decisión atendía a la situación del Servicio Penitenciario Federal puesto que se buscó que el *Programa* fuera también una decisión de la institución y no una propuesta llevada por organismos externos e impuesta a la administración penitenciaria. Tal objetivo fue logrado siendo que el Servicio Penitenciario Federal fue un actor presente y abierto a las decisiones adoptadas por la *Mesa*.

Asimismo, los cuatro puntos nodales a los que hiciera referencia en cuanto al tipo de intervención que se pretendía, fueron las pautas que guiaron la actuación del conjunto, y cada una de las propuestas realizadas atendió tales lineamientos.

En ese contexto, se procuró una organización clara e intervenciones regulares. En un inicio, los representantes de cada uno de los organismos se entrevistaron personalmente con cada uno de los 30 jóvenes incorporados al *Programa*, para evaluar sus necesidades concretas y, en base a ello, cada organismo formuló una propuesta de acuerdo a lo relevado y las posibilidades de recursos para ofrecer e implementar. Así, se trabajó sobre la individualidad, detectando las capacidades, dificultades e intereses de cada persona



incluida. Se procuró intervenir de manera temprana, es decir al momento de iniciar el cumplimiento de condena, y se promovió la intervención interdisciplinaria favorecida por la convocatoria de las diversas especialidades. Asimismo, todas las propuestas debían tener una proyección en el afuera por parte de cada organismo.

Luego, se realizaron reuniones grupales semanales para evaluar los casos y sus particularidades, y reuniones mensuales con los representantes de cada organismo, para compartir los avances y obstáculos.

Se realizaron innumerables actividades por parte de cada organismo de manera coordinada con los demás, valiendo la pena traer a mención algunas de ellas.

En particular, la UFEP tuvo el rol de coordinación general debiendo organizar las reuniones semanales y mensuales, fijando la agenda y articulando con todos los actores. Luego, particularmente se organizó un curso que versó sobre diversos tópicos de la Ley N° 24.660 con el objeto de fortalecer el conocimiento que las personas privadas de libertad poseen respecto a sus derechos durante la ejecución de su condena. Tales cursos fueron tenidos en consideración por la UFEP al momento de emitir opinión en las incidencias de estímulo educativo y fue acompañado favorablemente por los jueces de ejecución penal.

Asimismo, se diseñó un cuestionario de ingreso y egreso como instrumento de seguimiento de cada uno de los jóvenes (en forma independiente del legajo de ejecución penal) de utilidad para todos los actores.

En otro orden, se articuló con la Dirección General de Acceso a la Justicia (ATAJO), del Ministerio Público Fiscal, a fin de acompañar el proceso de inserción social de los jóvenes una vez en libertad, atendiendo que tal oficina cuenta con diversas actividades en los barrios en los que residen varios de los jóvenes incorporados al *Programa*. Una experiencia interesante que se transitó con uno de los jóvenes fue una visita conjunta con actores de la *Mesa* realizada en su domicilio, previo a su egreso, de manera de confeccionar un

informe comunitario, entrevistando a su entorno familiar, asistiéndolos en las cuestiones que necesitaron y favoreciendo el regreso del joven a su hogar con una proyección de trabajo y acompañamiento asistencial. [268]

Asimismo, durante ese período se celebraron convenios de colaboración y cooperación específicos entre la Procuración General de la Nación y los Ministerios de Educación y Ministerio de Trabajo que permitieron afianzar el trabajo mancomunado de la *Mesa*, pero también extender la articulación para todo el colectivo de personas condenadas privadas de su libertad.

Por su parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios, del Servicio Penitenciario Federal y la Dirección Nacional de Readaptación Social colaboró sistemáticamente en la implementación de las políticas diseñadas en el marco de la *Mesa* para el *Programa*.

Desde la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios, funcionarios de la misma coordinaron el trabajo para el interior del Ministerio, facilitando la materialización de las propuestas efectuadas en particular por el Servicio Penitenciario Federal.

En especial, el Servicio Penitenciario Federal asignó *in situ* a una funcionaria especialmente al Programa, de manera tal de coordinar de manera conjunta con la UFEP las actividades diarias del colectivo hacia el interior del establecimiento carcelario. Asimismo, personal de cada área participó interactuando con los actores de la *Mesa*. Así, las áreas de Trabajo, Educación, Médica, Criminología, Social, intervinieron en la identificación de problemáticas puntuales de los jóvenes y aportaron a las propuestas para trabajar con los mismos. Algunas de las reuniones de la *Mesa* se realizaron en el ámbito del Módulo con la participación de los responsables de las áreas.

La Dirección de Readaptación Social realizó también entrevistas individuales haciendo foco en tareas de su

competencia y a fin de delinear estrategias dirigidas a su inclusión. Su intervención fue con una perspectiva psicosocial pensando en forma conjunta proyectos en el medio libre. Asimismo, se procuró que todos los jóvenes tuvieran su documento nacional de identidad. También se promovieron revinculaciones familiares, fomentando los contactos con su entorno o referentes. Por otra parte, se promovieron emprendimientos laborales para el afuera.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a través de la Secretaría de Empleo y mediante un acuerdo con la Universidad de Morón, dictó cursos de orientación laboral, que versaron sobre cuestiones vinculadas a la empleabilidad, derechos laborales y seguridad e higiene en el trabajo. A través de los mismos se buscaron los talentos y capacidades de cada uno y se armaron perfiles. Se entregaron certificados. Luego se iniciaron cursos de formación profesional en convenio con la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA), siendo visitado el módulo por su Coordinador Regional, aportando un docente para dictar el curso.

La SEDRONAR puso a disposición un equipo técnico de psicólogos especialistas en el trato de las personas privadas de libertad con consumo problemático de sustancias. Realizaron diversas entrevistas preliminares, luego continuaron con el tratamiento grupal específico y además promovieron diversas actividades como parte de un trabajo terapéutico de prevención de las adicciones. Llevaron adelante un trabajo literario en el que los jóvenes compartieron vivencias, poemas, reflexiones y dibujos que culminó en una revista. Acompañaron a los distintos actores en la implementación de sus actividades. Proyectaron cortos vinculados al consumo problemático y a los inconvenientes sociales en la población vulnerable. Se inició el diseño del "Proyecto Vida" por el cual se les enseñaba a los jóvenes a confeccionar un CV y participar en la dramatización de situaciones vinculadas a entrevistas laborales para potenciar su autoestima. [\[269\]](#)

El Ministerio de Educación de la Nación puso a disposición del *Programa* recursos humanos y materiales para fortalecer las actividades educativas de la Unidad Residencial. Entre ellas, designó un tutor Socioeducativo a fin de acompañar el proceso educativo de los jóvenes lo que impactó positivamente en la presencia en los niveles primario y secundario. Invitó a sumarse al *Programa* a su par de la Provincia de Buenos Aires, con lo cual el Ministerio de Educación Provincial intervino de manera conjunta con el Ministerio Nacional. Se gestionaron cargos de maestro de grado para ampliar la planta orgánica funcional. Se procuró la documentación educativa de los jóvenes que no tenían modo de certificar sus estudios y se gestionó la presencia de más alumnos por aula a partir de una modificación de la resolución que limitaba los cupos. Se redactó junto con la Unidad de Articulación Interministerial de ese Ministerio las "Pautas de ingreso, trayectoria y certificación de estudios de alumnos/as alojados/as en contextos de privación de libertad" que se sometió a estudio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Asimismo, se instaló un centro educativo juvenil en el cual se dictaron diversos talleres. En igual sentido, se dictaron Cursos de Formación Profesional en conjunto con el Centro de Formación Profesional correspondiente. Por otra parte, se realizaron aportes para la Biblioteca del Módulo.

El Ministerio de Salud de la Nación dictó cursos de promoción de salud vinculados a salud integral, sexualidad, métodos anticonceptivos, ITS-VIH, RCP, primeros auxilios y comunicación y salud. Se llevó adelante una importante campaña de vacunación que incluyó a toda la población del Módulo. Asimismo, se llevó a cabo el monitoreo de las historias clínicas, antecedentes de enfermedades y se realizaron los controles periódicos de salud, consultas pendientes y exámenes complementarios. Por otra parte, participaron en grabaciones de voz para radio, cine debate y proyección de películas que permitieron reflexiones e intercambios.

Por su parte, el Ministerio de Cultura de la Nación realizó obras de teatro y comedia, como así también talleres de música y presentaciones musicales. Tales actividades fueron paulatinamente ampliadas a las familias de los condenados los días de visita de modo tal que permitió fomentar la socialización.

La Secretaría de Deportes de la Nación organizó talleres y jornadas vinculadas a su área específica. Aportó materiales para realizar prácticas físicas y entre otras actividades, organizó un encuentro de fútbol con el grupo de jóvenes del *Programa* y los actores de la *Mesa Interinstitucional* que fortaleció el vínculo e interacción entre todos los involucrados en el trabajo.

Por otra parte, cabe destacar que a través del convenio bilateral suscripto entre la entonces Procuradora General de la Nación -Dra. Alejandra Gils Carbó- y el Director del ILANUD -Lic. Elías Carranza-, que tiene por objeto diseñar acciones y programas de cooperación, colaboración, asistencia técnica, capacitación y desarrollo en áreas de mutuo interés, se iniciaron gestiones tendentes al intercambio de buenas prácticas en el trato de las personas privadas de libertad. [\[270\]](#)

En esa línea, desde la UFEP se promovió la intervención del ILANUD para la observación del “*Programa Interinstitucional para la Integración Social*”, que acompañó a los actores en el marco de las actividades observando en las instalaciones del Módulo las actividades desarrolladas. Al respecto se confeccionó un informe destacando determinados puntos que vale aquí traer a mención: [\[271\]](#)

Recalcó el trabajo interdisciplinario e interinstitucional llevado a cabo entre las distintas agencias de gobierno a los fines de facilitar la inclusión socio comunitaria de los jóvenes privados de libertad.

Celebró la elección del colectivo elegido para el desarrollo del *Programa* ya que es una población muy vulnerable y de suma importancia en escala social por encontrarse en desarrollo.

Destacó que no es habitual la presencia del Estado en determinados sectores de la población al momento de la comisión del delito y que en esta ocasión se presencié un esfuerzo del conjunto de los representantes de los diversos Ministerios en pos de reducir la vulnerabilidad de estos jóvenes a quienes se dirige el *Programa*, garantizándoles el acceso fundamental a derechos.

Rescató como de sumo interés la voluntad de participación por parte de los jóvenes ya que el *Programa* no es obligatorio, lo que genera un compromiso y un vínculo sólido entre el usuario y quienes trabajan en él.

Observó cómo auspiciosa y novedosa la iniciativa de trabajo conjunto y horizontal de los diversos Ministerios a partir de la convocatoria de la UFEP. El abordaje integral de los jóvenes sin que la persona quede fragmentada por las distintas áreas del saber.

Destacó la incorporación al *Programa* del personal del Servicio Penitenciario Federal en sus diversas áreas.

Se resaltaron las frecuentes visitas de los representantes ministeriales al Módulo y el trabajo *in situ*, lo cual importa una mejora respecto de la presencia del Estado en la cárcel.

Valoró la articulación interministerial a los fines de garantizar los derechos de los jóvenes adultos y su aplicación continua.

Rescató los espacios de comunicación llevados adelante por los representantes de varios actores de manera conjunta que garantizaron la libertad de expresión de los jóvenes. A su vez destacaron

cada uno de los aportes particulares de los distintos integrantes de la *Mesa* por la importancia de su convocatoria, el acompañamiento, la capacitación, el ejercicio de derechos de manera integral.

Efectuó recomendaciones para posibles acciones de manera conjunta vinculadas a determinadas actividades, proyecciones en el afuera, fomentar espacios de intercambio grupal y trabajo convivencial, profundizando el trabajo de colaboración y asistencia del Servicio Penitenciario Federal. Asimismo, promovió la firma de acuerdos o convenios que aseguren la continuidad del *Programa*. En particular entendieron necesario promover un acuerdo específico entre el Ministerio Público Fiscal (a través de la UFEP), el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el ILANUD a los fines de garantizar el trabajo *in situ* de forma permanente para brindar asistencia técnica, capacitación y difusión en materia de buenas prácticas.

Lamentablemente, por cambios políticos en los organismos y obstáculos que el Servicio Penitenciario Federal no pudo resolver, aunado al exponencial crecimiento de la población carcelaria, fue difícil mantener la continuidad del *Programa*. En ese sentido, al cambiarse los actores de la *Mesa*, desde la UFEP tuvimos que generar nuevos vínculos identificando a los nuevos y eventuales integrantes de la misma, requerir las reuniones individuales y grupales, además de tener que poner en conocimiento de cada uno de ellos el trabajo que se venía llevando adelante. Tan compleja labor, aunada a los obstáculos diarios para sostener su continuidad, motivó a que, para fines del año 2016, desde la UFEP se tomara la decisión de no permanecer en el proyecto, haciendo saber al Ministerio de Justicia de Nación los inconvenientes surgidos,

y quedando a la espera de que la propuesta pudiera ser continuada bajo la coordinación de ese organismo.

Compartido el recorrido, y sin perjuicio de la conclusión del mismo, no dejo de exponer como un modelo de intervención en el tratamiento, esta enriquecedora experiencia que permitió llevar adelante buenas prácticas con un modelo novedoso e interinstitucional, anhelando que esta propuesta o una similar pueda ser retomada y formar parte de la misma desde la UFEP.

## **Conclusión**

Para concluir, creo que el trabajo sobre la individualidad de la persona, con una intervención temprana, la efectiva articulación de los actores que intervienen en el diseño del tratamiento, la participación interdisciplinaria y el seguimiento entre las acciones desplegadas dentro de la cárcel y fuera de ella, importaría una mejora en las prácticas y ayudaría en la concreción del objetivo de integración social.

En definitiva, el tipo de experiencias conjuntas como la compartida, en las que los distintos actores confluyen en mecanismos que respetan la individualidad, son las que, según entiendo, tendrían un impacto positivo sobre la persona privada de libertad y en definitiva sobre los intereses generales de la sociedad.



# La Pandemia en situación de encierro

María Laura Garrigós\*

## I. Marco Normativo

Por Decreto del Poder Ejecutivo N° 539/2020 publicado el 12 de junio del corriente en el Boletín Oficial, fui designada Subsecretaria de Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En ese carácter también me hice cargo de la intervención del Servicio Penitenciario Federal tal lo dispuesto por el mismo Decreto <sup>[272]</sup>.

No hace falta abundar sobre los problemas que produjo la pandemia y padecemos todos, así como que son más difíciles de abordar desde la realidad de la situación de encierro, no sólo para las personas alojadas en la institución sino también para los trabajadores del Servicio Penitenciario Federal.

No se había aún podido avanzar con los lineamientos tendientes a solucionar la emergencia del servicio penitenciario que se declaró en 2019 <sup>[273]</sup>, cuando el advenimiento de la pandemia implicó un necesario retroceso en las tareas emprendidas, que en algún caso debieron suspenderse.

Tanto del texto de la resolución que declaró la emergencia, como los motivos que en su momento se

esgrimieron para dictarla, se advierte que el problema fundamental es la superpoblación carcelaria.

Es este el mismo argumento que llevó a los organismos internacionales a recomendar a los líderes mundiales la adopción de medidas alternativas para morigerar esta cuestión, tan característica de la región <sup>[274]</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, quien instó a la adopción de medidas alternativas como medio de solucionar el grave problema de superpoblación, factor que ineludiblemente agrava el riesgo de la población carcelaria más que el de la población general frente a la pandemia.

Misma recomendación que hiciera la CIDH a los Estados Miembros de la CADH, atendiendo también a que varios de estos estados habían ya dispuesto el aislamiento social como medida de protección, lo que no se puede cumplir en el ámbito de privación de libertad <sup>[275]</sup>.

En ese marco, los tribunales penales superiores libraron sendas acordadas recomendando a los tribunales de sus competencias atender las recomendaciones de los organismos internacionales <sup>[276]</sup>.

## **II. Medidas Adoptadas**

El Servicio Penitenciario Federal implementó con fecha 25 de marzo del corriente una exhaustiva Guía y Protocolo para el tratamiento del COVID-19.

A partir de esa decisión, tomada conforme lo dispuesto por el Ministerio de Salud de la Nación, se decidió un dispositivo especial para el ingreso de las personas a las unidades de detención dependientes del Servicio Penitenciario Federal. Así se estableció que las personas que se reciben en los diferentes establecimientos, no

pueden inmediatamente mezclarse con el resto de la población alojada en las unidades respectivas, sino que habrán de permanecer en aislamiento durante catorce días hasta verificar que no hayan desarrollado síntomas del virus COVID-19.

Es importante destacar que no sólo se trata de personas que nunca antes habían llegado al contexto de encierro, sino que se alude a cualquier ingreso a una unidad penitenciaria. De tal forma, si una persona es externada para ser atendida médicamente fuera del establecimiento, al reingresar deberá cursar los catorce días de aislamiento. Lo mismo ocurre en el caso de trasladar a una persona de una unidad penitenciaria a otra unidad.

Como consecuencia de este dispositivo de aislamiento, se limitó la capacidad de ingreso a las respectivas unidades conforme a la disponibilidad de plazas de aislamiento con que cuenta cada unidad. Porque, aún en aquellos establecimientos en los que hay celdas para una sola persona, éstas se integran en pabellones con espacios comunes, con sanitarios compartidos, en fin, con un diseño que torna inviable el aislamiento preventivo.

De ello se sigue que no es posible procurar el aislamiento en forma permanente y por ello se hace indispensable el temporal en los lugares destinados a este efecto, y sólo por el período recomendado por las autoridades sanitarias.

Siguiendo la misma lógica se suspendieron las visitas que recibían las personas privadas de libertad y con escasos elementos se desarrolló la práctica de la video conferencia, como modo de paliar los efectos de la falta de contacto con la familia. Naturalmente este sistema no reemplaza la tradicional visita, tan esperada por la persona privada de libertad, aunque tiene ventajas en el sentido de que permite conectarse, aunque brevemente, con familiares que no podrían acercarse a la visita presencial por muy diversas razones.

También con el mismo fin se suspendieron las clases presenciales y en la medida de lo posible se reemplazaron por reparto de material didáctico, suministrado por los responsables de los diferentes niveles educativos. La escasa provisión de implementos electrónicos impidió la prosecución de las clases por vía informática.

### **III. Consecuencias directas**

a) Estas medidas restrictivas que se llevaron a cabo en forma estricta, hasta el momento han dado muestras de ser útiles a efectos de preservar a la población penitenciaria del contagio masivo que se avizoraba, dadas las características de riesgo de este colectivo, tal como lo reconocen los organismos internacionales.

Por las razones antes expresadas, no es posible someter a la población penitenciaria a un aislamiento preventivo, como se ha practicado con el resto de la población, en sus respectivos domicilios, lo que equipara a este grupo con los internados en geriátricos, aunque en buena medida no compartan el factor de la edad que redundaría en un mayor porcentaje de riesgo.

A efectos de valorar el esfuerzo realizado, considero que se deben tener en cuenta las dificultades aludidas precedentemente y el hecho de que el personal penitenciario, que es esencial, se traslada diariamente a su domicilio, utilizando el transporte público, con el riesgo que esto importa y, una vez en su lugar de trabajo, no puede ser aislado de los internos, porque su tarea implica este contacto.

Pese a ello, como puede observarse en los guarismos que diariamente se publican en la página oficial del Servicio Penitenciario Federal, el porcentaje de contagio es inferior al de la población general y, asimismo, son relativamente pocos los fallecimientos acaecidos. Sobre este punto se

debe destacar que, de momento, salvo en un caso, todas las personas fallecidas estaban incluidas en las listas que se remitieron a los jueces respectivos, de posibles candidatos a obtener el beneficio de arresto domiciliario, lo que demuestra que se trataba de personas potencialmente riesgosas frente a la enfermedad.

b) La suspensión o restricción, según fuera el caso, de las actividades laborales y de estudio, impactó en un primer momento en la conformación del informe criminológico. Esto porque al momento de elaborarse la calificación correspondiente, no se tuvo en cuenta que la falta de cumplimiento de estas actividades en modo alguno dependía de la decisión de las personas privadas de libertad. Se corrigió el error y ante la imposibilidad de calificar estos rubros se ha procedido a repetir la calificación precedente, tal como se dispuso en una resolución del mes de junio, ratificada en una nueva resolución emitida en julio referida al informe criminológico.

Estas decisiones se han tomado en el interés de paliar en la medida de lo posible el perjuicio que las medidas de aislamiento causan a las personas privadas de libertad, en tanto estas calificaciones inciden en el avance del régimen progresivo que establece la ley de ejecución penal.

## **IV. Otras consecuencias**

a) Desde el momento en que se difundieron las resoluciones de las Cámaras de Casación, imponiendo a los tribunales de su competencia sobre las recomendaciones de los organismos internacionales, en el sentido de evaluar los casos en los que podría facilitar el otorgamiento de arresto domiciliario, como modo de disminuir la cantidad de personas alojadas al interior de las unidades penitenciarias, a efectos de disminuir el riesgo de superpoblación, se desató una campaña mediática que mayoritariamente

tergiversó el mensaje de los referidos tribunales, por la que se sostenía que se podría en libertad personas que podrían poner en riesgo al resto de la población.

No es esta la oportunidad de analizar la campaña periodística sobre este tema, que incluyó múltiples reportajes a referentes políticos, pero baste indicar que, pese a que los tribunales respectivos recibieron sendos informes de las unidades de detención, referidos a quiénes podrían ser potenciales candidatos de esa modalidad de detención, al menos en lo que se refiere a las personas detenidas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, las personas que fueron alojadas en sus domicilios en calidad de detenidos no llegaron a la mitad de los incluidos en esas listas. De tal forma que esta medida no logró el efecto buscado de aliviar la superpoblación que se padece en el ámbito penitenciario.

b) La escasa disponibilidad de plazas de aislamiento redujo considerablemente el cupo de personas que se pueden recibir y como consecuencia ineludible, las alcaidías de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se superpoblaron. Finalmente, el Defensor General de la Ciudad, Dr. Corti, secundado por la Sra. Defensora Millán, interpusieron ante la Justicia de la C.A.B.A. un Habeas Corpus en favor de las personas detenidas en esas Alcaidías. El Servicio Penitenciario Federal fue citado aún cuando no era la autoridad requerida ante el Tribunal. La Dra. Cavallieri, jueza a cargo, dispuso la conformación de una mesa de diálogo de las partes involucradas, con más la Procuración Penitenciaria, lo que se ha sostenido desde principios del mes de junio hasta este mes de septiembre. En virtud de lo que las partes han ido elaborando, semanalmente se han recibido en el ámbito de las unidades federales entre cuarenta a sesenta o setenta personas alojadas en las referidas alcaidías, lo que no ha sido suficiente para solucionar el problema, porque la población en esos lugares de detención sigue aumentando <sup>[277]</sup>.

c) Aún pendiente la mesa de diálogo ante el Juzgado de la C.A.B.A., un representante de la Procuración Penitenciaria, inició un habeas corpus en favor de cuarenta personas contagiadas de COVID-19, alojadas en las Alcaidías de la Ciudad. Por apelación intervino la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, tribunal que dispuso la inmediata recepción de esos enfermos para ser alojados en la Unidad 21, que funciona en el ámbito del Hospital Muñiz, en el que se alojan los internos que padecen enfermedades infectocontagiosas que no pueden ser atendidas en otros dispositivos sanitarios del Servicio Penitenciario. La decisión no podía ser cumplida en forma “inmediata”, dado que la unidad sanitaria no contaba con plazas suficientes, y tampoco tenía capacidad de aislar a estas personas de las que ya estaban allí alojadas <sup>[278]</sup>.

d) En procura de obtener más plazas para poder solucionar el problema antes referido, se dispuso trasladar personas a unidades de detención ubicadas fuera del AMBA. Así se produjo un traslado a la Unidad de Detención de la Ciudad de Viedma. Al tomar noticia de este traslado, el intendente de esa ciudad, temeroso de que se tratara de los enfermos de COVID-19 cuya recepción había dispuesto la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, interpuso ante el juez federal con competencia en Viedma, un habeas corpus en favor de las personas alojadas en la unidad, de los agentes del Servicio Penitenciario Federal y de los habitantes de Viedma. Mientras esto ocurría, hubo manifestaciones de vecinos en la puerta del juzgado federal correspondiente y hasta un intento de cortar la ruta para evitar que el vehículo del Servicio Penitenciario pudiera llegar a Viedma. Cuando se hizo esta presentación el traslado ya se había producido y, de acuerdo a los protocolos establecidos, los recién llegados estaban aislados hasta que se cumplieran los catorce días de su arribo. El juez federal, que comprobó estas circunstancias,

así como toda la documentación y normativa vinculada, rechazó el habeas corpus intentado imponiendo las costas. Sin embargo dispuso que la institución penitenciaria no puede hacer traslados de detenidos desde lugares de circulación del virus <sup>[279]</sup>.

e) También en procura de contar con plazas suficientes, se dispuso el traslado de dieciocho personas a la unidad de la ciudad de Rawson, Chubut, para lo que cumplió con la notificación correspondiente a los jueces a cargo de cada interno, conforme lo establece la ley de ejecución. No hubo oposición en ningún caso de parte de los magistrados competentes. Los internos se seleccionaron de entre pabellones que no habían tenido enfermos de COVID-19 y ellos mismos no presentaban ningún síntoma. Conviene aclarar que, según las indicaciones de las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, sólo se practica hisopado a aquellas personas que presentan síntomas. Una vez en la unidad de Rawson, los internos fueron aislados por catorce días. Pese a las indicaciones de las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, un médico de la unidad dispuso practicar hisopado a los recién llegados. A cinco de ellos se les detectó el virus. A raíz de esta constatación, el representante de la defensa oficial inició un habeas corpus en favor de los demás detenidos de la unidad, en cuyo marco, el juez federal con jurisdicción, antes de convocar a las autoridades penitenciarias, dispuso la prohibición de que personal del Servicio Penitenciario Federal ingresara con detenidos o saliera de la Ciudad de Rawson. Simultáneamente, el representante de la defensa oficial radicó una denuncia, sin autor identificado, por la posible propagación de enfermedades. En ese marco el juez federal dispuso la prohibición de trasladar internos por las rutas nacionales.

Asimismo, en el marco de una denuncia iniciada por la Defensoría Oficial sin identificar autor, por el delito de



propagación de enfermedades, el juez prohibió el ingreso de detenidos a la Unidad 6 de Rawson, Chubut.

Como resultado, y ante la inminencia de dos egresos en libertad por condena cumplida próximas a producirse, el Director de la Unidad ha tenido que solicitar permiso al Sr. Juez Federal para poder egresar a estas dos personas sin perjuicio de las disposiciones de libertad de los jueces respectivos.

Finalmente, resolviendo el habeas corpus el juez federal prohibió el ingreso de personas privadas de libertad a la Unidad 6 <sup>[280]</sup>.

f) En el marco de estas restricciones, se debieron suspender los traslados de personas a las unidades ubicadas en las provincias y consecuentemente esto afectó el flujo de recepción de internos de las Alcaldías de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

g) En forma paralela la situación se agravó al adquirir firmeza una decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, a raíz de un habeas corpus que presentaran representantes de la Procuración Penitenciaria, según la cual se deben desarticular las camas dobles que se habían dispuesto en un momento previo a esta crisis, en procura de obtener plazas, en el Complejo I de Ezeiza. Como resultas de esta decisión se necesitan reemplazar 332 plazas que se cubrían con las camas dobles.

## **V. Más Consecuencias y otras Soluciones**

Otra consecuencia propia de la crisis que provoca la pandemia se refiere al momento de la obtención de libertad. Es que una vez que la persona detenida deja de estarlo, sin perjuicio de cuál sea la razón para ello, se encuentra en el exterior, sin autorización para circular y sin que los familiares o allegados puedan ir a buscarlo porque

esa situación no está contemplada en los permisos especiales.

Ante esto, el personal de la Dirección de Readaptación Social de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios, advertidos de estas libertades, organiza el traslado hasta el domicilio del liberado.

Parece una tarea simple cuando la persona está detenida en unidades próximas a su futuro domicilio. Sin embargo, esto no es frecuente.

Suele ocurrir que el liberado se encuentre en alguna unidad de provincia y su domicilio esté en AMBA. En esos casos, previendo la externación próxima, el Servicio Penitenciario Federal produce un traslado hasta la unidad más cercana al domicilio que será el futuro alojamiento. A raíz de las prohibiciones de circulación, ya no se producen esos traslados pre libertad.

De resultas de esto, el personal de la Subsecretaría se traslada hasta las unidades de las provincias, buscando a las personas que salen en libertad. Por falta de capacidad de recursos estos viajes se hacen en busca de varios pasajeros -que de otro modo no podrían llegar a sus casas porque está suspendido el transporte de larga distancia-, de manera que frecuentemente deben ser alojados en domicilios alternativos, que tampoco son los lugares de hospedaje habituales, porque no funcionan a raíz de la cuarentena. En este camino se ha obtenido ayuda de diversas ONG.

También corresponde advertir que algunos magistrados han condicionado la fecha de libertad condicional al momento de la llegada del personal de la Dirección de Readaptación, lo que importa que se extreme la urgencia en el desarrollo de esta tarea.

## **VI. Control de la actividad del Servicio Penitenciario Federal**

a) El cumplimiento de las tareas que la ley pone a cargo de persona del Servicio Penitenciario Federal están controladas, principalmente, por la justicia de ejecución penal. Este fuero se integra con los cinco jueces que tienen su sede en la CABA, con más los fiscales y defensores que se desempeñan ante estos magistrados, a lo que se debe agregar el juez a cargo de la ejecución de la pena de los múltiples tribunales orales federales con radicación en las provincias.

Esta composición importa una notable variabilidad de criterios, de suerte que lo que ser prohíbe en alguna jurisdicción se exige en otras (tal la provisión de camas dobles, a modo de ejemplo).

Esta diversidad es naturalmente una consecuencia de la independencia de criterios de los diversos magistrados intervinientes, de la misma forma que ocurre en todas las materias sometidas a juzgamiento, pero con la especial característica de que, en esta materia, el único destinatario es el Servicio Penitenciario Federal.

Este organismo rige su actividad por la ley que fija su organización, la ley que establece cómo se ha de cumplir la ejecución de la pena, y los reglamentos que se han dictado en consecuencia. Esta estructura normativa se cumple a partir de lo que disponen los cuadros superiores que adecuan las disposiciones normativas a las posibilidades y los requerimientos que se ofrecen en las treinta y cinco unidades dependientes del servicio, pero sobre la base de la uniformidad.

Es por esta razón que algunas veces las disposiciones judiciales que, a partir de un problema particular, reglan uniformemente la actividad del Servicio Penitenciario, resultan de imposible cumplimiento en todas las dependencias, o pueden perjudicar la labor antes que mejorarla.

A modo de ejemplo se puede tomar la prohibición de ingresar personas al penal de la Ciudad de Rawson, sin

atender que esos traslados se hacen de conformidad con los jueces de las respectivas causas. De tal forma, un magistrado impone su decisión por sobre la de otros, lo que podría irrogar un conflicto insoluble para la autoridad penitenciaria.

Pero, además, la imposibilidad de practicar traslados a las unidades radicadas en las provincias, podría importar un perjuicio para aquellas personas alojadas en las alcaldías de la CABA, porque no se producen las plazas necesarias para recibirlas en las unidades de detención.

Estas consideraciones son las que en general no advierten quienes resuelven situaciones particulares, porque no es materia de su conocimiento, pero sí informan el modo de trabajo del servicio penitenciario.

Es muy grave el conflicto si se atiende que en la actualidad se están tramitando alrededor de cuatrocientos habeas corpus. Algunos se ocupan de situaciones particulares. Otros implican verdaderas acciones colectivas. Buena parte de estas acciones corresponden a la justicia federal, pero conocen jueces de todo el país. La probabilidad de un criterio homogéneo o acorde con una línea general y uniforme es por lo menos rara.

Una revisión de las decisiones judiciales más recientes, pone en evidencia que no se distinguen las que involucran aquellas actividades regladas normativamente, de aquellas que pueden ser discrecionales, y en ese caso no se contempla si responden a criterios de oportunidad, razonabilidad y conveniencia, elementos que deben reunir los actos de gobierno.

b) Además del control judicial estrictamente, también otros organismos tienen como misión el ocuparse de la actividad penitenciaria.

A saber:

- La Procuraduría de Violencia Institucional del Ministerio Público Fiscal (Res PGN nº 455/13).  
"Son funciones de la PROCUVIN... Disponer la

realización de inspecciones en todos aquellos establecimientos en los cuales permanezcan personas privadas de su libertad a fin de controlar las condiciones de encierro, e instar acciones de protección y resguardo de su integridad...”

- La Comisión de Cárceles del Ministerio Público de la Defensa (Resolución nº158/98). “...cuya finalidad es asegurar el control intensivo sobre los establecimientos de detención verificando las condiciones generales de alojamiento, trato y tratamiento de los/as privados/as de libertad...”

- La Procuración Penitenciaria de la Nación (Ley N° 25.875) “...Créase en el ámbito del Poder Legislativo, con el objetivo de proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal.

- El Comité Nacional de Prevención de la Tortura (Ley N° 26.827). Es el órgano rector del Sistema Nacional de Prevención de la tortura. Tiene como objetivo diseñar y recomendar acciones y políticas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

- Los Secretarios de primera instancia de la Cámara Federal de Casación Penal delegados a Ejecución, quienes representan a ese tribunal ante cada una de las 35 unidades del Servicio Penitenciario Federal.

- Y Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles, organismo que busca proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Estos organismos de control no coordinan su acción entre ellos ni con los jueces de ejecución, ni con el Servicio

Penitenciaro Federal.

# **Modificación de las reglas de conducta impuestas por el tribunal de origen en la etapa de ejecución**

María Micaela Giaccone\*

En el presente artículo, abordaré el análisis sobre la viabilidad de la modificación de las reglas de conducta decididas por el tribunal que las impuso y las dificultades que se presentan en la etapa ejecutoria ante la eventual modificación de aquellas en los institutos de suspensión de juicio a prueba y condena en suspenso, como así también los principios rectores que rigen en la materia.

Frente a estos institutos, los juzgados criminales y correccionales o tribunales orales en lo criminal y correccional se encuentran habilitados a imponer las reglas de conducta que estimen pertinentes y que en la mayoría de los casos han sido acordadas por las partes. Sin embargo la práctica habitual, lleva a advertir que aquellas han sido decididas muchas veces sin un real conocimiento y voluntad del interesado, e incluso sin la evaluación sobre las posibilidades reales de cumplimiento de lo impuesto [\[281\]](#).

Interesa destacar aquí que con cierta frecuencia se observa que las personas sobre las que se ha decidido imponer una medida alternativa, desconocen lo que ella apareja o implica. Es por ello que, considero que es fundamental informar con claridad las implicancias del instituto y sus beneficios, así como también las reglas que se deben cumplir, donde realizarlas, lugar a donde acudir

en caso de imposibilidad, sin soslayar las consecuencias que acarrearán el incumplimiento. Es decir, generar un consentimiento informado que no se agote en formalismos que el sujeto no comprenda, sino que implique al probado y/o condenado en el proceso y así fortalecer el compromiso asumido.

En ese sentido, las Reglas de Tokio <sup>[282]</sup> establecen en el art. 12.3 pautas que deben observarse, así indican “*Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos*”.

En este punto, no puede perderse de vista que cuando la persona sometida a proceso llega a la etapa ejecutoria, atraviesan un sinnúmero de situaciones disímiles de las que originariamente motivaron la imposición de las reglas de conducta y que afectan de manera directa en la posibilidad de dar efectivo y real cumplimiento, tornándose ilusorio el acatamiento de aquello decidido en la instancia anterior.

Advertida entonces una situación en la que resulta necesaria la modificación de reglas por parte del juez de ejecución cabe hacerse la pregunta sobre si en una supervisión encomendada o en un control de condena condicional es posible realizar modificaciones o debe estarse exclusivamente a lo oportunamente determinado, aun cuando se verifique que las reglas impuestas no se condicen con los fines que rigen las medidas alternativas.

En este sentido corresponde hacer una separación entre la suspensión de juicio a prueba en la que el probado ha consentido voluntariamente sin haber sido declarado culpable o haber recibido una condena firme, de la condena de ejecución condicional.

## **Suspensión de juicio a prueba**



En el ámbito de este instituto es quizá donde más cuestionada se encuentra la posibilidad de modificación de las reglas de conducta toda vez que, parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que existe una delegación sólo en lo que respecta a la supervisión y demás medidas para la exigencia del cumplimiento, pero no, para la modificación y/o alteración de las reglas de conducta impuestas en la instancia anterior.

Corresponde entonces recordar que el art. 490 del CPPN prevé que:

“Las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el tribunal que las dictó o por el juez de ejecución, según el caso, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución...” y el art. 493 del CPPN “...El juez de ejecución tendrá competencia para (...) 2° Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba (artículo 293) - (...) 4° Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período.”

En esa inteligencia, y por delegación del art. 76 *ter* del CP, el art. 27 *bis in fine* del CP, establece que “...*Las reglas podrán ser modificadas por el tribunal según resulte conveniente al caso.*”

Bajo estos lineamientos, también las Reglas de Tokio antes citadas, han establecido en su art. 10.3 que:

“...El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario”, en el art. 12.4 “La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la

legislación y según el progreso realizado por el delincuente”, en el art. 14.1 “El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad”, y en el art. 14.2 “La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente”.

Conforme la legislación nacional e internacional aplicable a estos supuestos, resulta razonable que las reglas de conducta puedan alterarse, modificarse, sustituirse, o dejarse sin efecto durante la etapa de ejecución a medida en que se logra la finalidad de prevención especial que las fundamenta, siempre y cuando se cumpla con el objeto de asegurar de esta manera que el imputado pueda transitar adecuadamente en el medio libre sin recaída en el delito.

En consonancia con ello, la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido que:

“...la disposición del art. 27 bis del código penal, no debe entenderse como la autorización del Juez o tribunal de crear reglas de conducta no legisladas, sino la de facultarlo, dentro de las previstas, a sustituir una por otra o modificar su modalidad de ejecución, en miras de que se adecuen mejor al fin preventivo individual que justifica su incorporación al código penal” (Sala III, “Peñeñory, Susana Amalia s/recurso de casación”, rta. el 20/10/10, reg. N° 1629.10.3).

Siguiendo estos lineamientos, también se ha expresado la doctora A. E. Ledesma en la Sala III de la ahora Cámara Federal de Casación Penal, al sostener que:

“...en el caso que se impongan otras obligaciones -v.gr. prohibiciones- entonces será necesario que primero sean sometidas a un debate contradictorio y luego, al ser dispuestas por el tribunal, que estén debidamente fundadas (...) El cumplimiento de aquella exigencia convive con el modelo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución que se corresponde con el denominado sistema acusatorio...”[\[283\]](#)

En vista de lo hasta aquí reseñado se puede concluir que es función del juez de ejecución no sólo efectuar la supervisión encomendada por el tribunal o juzgado que impuso la suspensión de juicio a prueba sino que además tiene el deber de modificar y/o adaptar las reglas de conducta en función de lo que observe en el trayecto de la supervisión conforme los lineamientos que más adelante se indicarán al analizar la condena de ejecución en suspenso, que resultan aplicables al presente instituto [\[284\]](#).

## **Condena de ejecución condicional**

En este tópico la letra de la ley no presenta problemas interpretativos, pues es clara en establecer la posibilidad de modificación por parte del juez de ejecución de las reglas de conducta impuestas por el tribunal condenatorio. Así se verifica del expreso texto del art. 27 *bis* del CP en cuanto establece “...*Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso...*”, en

consonancia con ello, las Reglas de Tokio disponen en su art. 10.3 que “...*El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario*”, no dejando lugar a dudas de la real posibilidad de modificación de las reglas antes establecidas.

En ese sentido, el art. 490 del CPPN, le atribuye al juez de ejecución la facultad para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante ese trámite, entre ellas el control del cumplimiento efectivo de las sentencias de condenas dictadas por el Poder Judicial de la Nación conforme lo establece el 493, incs. 3 y 4, del mismo cuerpo legal.

Se entiende a su vez, conforme refiriera en el análisis del instituto de la suspensión de juicio a prueba, que debe trasladarse a esta instancia la dinámica adversarial en función de lo establecido por el art. 493, inc. 1, del CPPN en tanto establece que corresponde “*Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad*”, ello en virtud de lo que dimana de los arts. 18 y 75, inc. 22, de la CN, arts. XXVI DADDH, 10 y 11.1 DUDH, 8.1 CADH y 14.1 PIDC.

Bajo estos lineamientos, a pedido de parte o incluso de oficio, previo contradictorio, resulta insoslayable que es el juez que tiene a su cargo el control de la ejecución de la pena en suspenso, aquél que se encuentra en mejores condiciones de evaluar, durante el lapso de la ejecución de la condena, esta necesidad preventivo especial en el caso en concreto. [\[285\]](#)

En vista de ello, el magistrado deberá realizar un análisis “*según resulte conveniente al caso*” [\[286\]](#), de las cuestiones que deben ser tratadas, toda vez que llegada la condena a la instancia ejecutoria, el juez debe adoptar aquellas medidas que estime necesarias para generar en el condenado recursos que le permitan alejarse del circuito

delictivo. Claro que no es una tarea fácil y tiene sus limitaciones en función de los postulados constitucionales del art. 19 de la CN, pero, según indicaré a continuación, considero que no pueden ser limitantes las reglas impuestas por una condena, desatendiendo la finalidad preventiva especial que rige el instituto.

## **Principios rectores y límites a la modificación**

Establecida la facultad del juez para proceder a una modificación, alteración, sustitución y/o quita de reglas de conducta impuesta por el tribunal y/o juzgado, corresponde señalar que las mismas deben orientarse hacia una función de prevención especial, cuyo objeto no debe ser otro que el de evitar la reiteración de la comisión de nuevos delitos.

Ahora bien, al momento de realizar la alteración de lo oportunamente dispuesto por el juez o tribunal corresponde seguir ciertos lineamientos que hacen a una real comprensión tanto del sujeto y el hecho, como del instituto que se controla. Es que sin un conocimiento cabal o empírico de las circunstancias que involucraron al imputado/condenado en el suceso que lo llevó al proceso, difícilmente pueda realizarse una adecuada imposición de reglas de conducta con un fin estrictamente preventivo.

No debe soslayarse entonces que conforme se ha señalado en las Reglas de Tokio las medidas no privativas de libertad como las que aquí se estudian tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento de la persona traída al proceso, así como también fomentar entre los imputados/condenados el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad, buscando entonces en definitiva una integración en la que por un lado la sociedad sea parte del proceso de revinculación con el ofensor y por el otro lado que el ofensor sienta la responsabilidad por el daño que habría ocasionado e

intente dentro de sus posibilidades ofrecer una reparación [\[287\]](#).

Por ello, en caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta fijadas, y de modo previo a revocar el instituto en estudio, corresponde que el juez de ejecución agote todas las posibilidades para mantener su vigencia, incluso a través de una readecuación y/o prórroga. En tal sentido, el juez, debe procurar medidas efectivas tendientes a lograr el cumplimiento de lo establecido oportunamente, o en su caso, adecuarlo frente a la imposibilidad justificada de cumplimiento [\[288\]](#).

Del mismo modo las Reglas de Tokio determinan en el art. 14 que:

“1. El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad. 2. La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente... 3. En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.”

Llegada esta instancia al momento de analizar la posibilidad de modificación debe hacerse bajo los parámetros de un claro fin preventivo especial, sumamente restrictivo y de mínima intervención, tendiente a evitar la reiteración puntualmente de la conducta que se le endilga,

en un claro intento de que esa primera aproximación del sujeto con el sistema penal no se perpetúe. A ese fin debe realizarse una completa evaluación integral de la persona en cuanto sujeto social, es decir un análisis global sobre las reales posibilidades, saberes, capacidades sin perder de vista sus vulnerabilidades.

De ese modo se alcanzaría el objetivo previsto en el artículo 10.1 de las Reglas de Tokio en cuanto determinan que *“El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia.”*

Nos encontramos entonces también ante un instituto que propone una medida menos lesiva que la pena de prisión pero que debe ser sumamente flexible para adaptarse a cada situación particular en todo momento, esto es no sólo al imponerse, sino también en la etapa de supervisión donde la vida aun transcurre, las conductas se modifican, las cosas cambian y se necesita por parte del juez una receptividad que permita adaptar en el lapso de la ejecución las reglas de conducta a fin de que no se tornen obsoletas y culminen en definitiva causando una situación más perjudicial que la que dio origen al proceso.

Siguiendo este análisis también se ha expedido la CNCP en cuanto a que cabe recordar que el criterio para la imposición de una regla de conducta debe estar fundado en el objetivo de remover o controlar condiciones o factores relacionados con la personalidad del condenado, si revela situaciones de peligrosidad delictiva general. La función preventiva especial que se persigue al establecer una pauta de conducta en la ejecución de la condena condicional, debe ser útil y adecuada a las circunstancias que impulsaron al autor a la comisión del delito en cuestión.

[289]

Asimismo:

“Los jueces deben ser cuidadosos en la razonable imposición de las medidas, particularmente en orden a respetar el objetivo de prevención especial, evitando aplicar medidas que tiendan a efectos psicológicos-sociales de prevención general, o medidas que tengan sentido moralizante o mejorador al margen de la peligrosidad delictiva”.

En punto a la modificación de las reglas de conducta que dispone el último párrafo del art. 27 *bis* del CP, cabe referenciar que:

“Esta disposición es correlativa, y lógicamente dependiente, con la que establece la condición de imposición examinada [prevención del delito] ...En la interpretación de la norma sobre modificación de medidas, prevalece el criterio de considerar que comprende la posibilidad de imposición de reglas no impuestas en la sentencia, y no sólo limitada a modificación de las condiciones de cumplimiento de una regla ya impuesta”<sup>[290]</sup>

Al analizar cada situación debe considerarse que la regla que se impone al sujeto en concreto, no sea una condición que implique una pena cruel en la inteligencia de que:

“son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente



como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”  
[\[291\]](#)

Es por ello que, para alcanzar un verdadero estado de derecho, entre otras cosas, resulta indispensable la estricta observancia por parte del Estado de los principios constitucionales delimitadores del *ius puniendi*. Ello conlleva la necesidad de acudir al principio de proporcionalidad como principio regulador del sistema jurídico, a fin de alcanzar una ponderación adecuada en el caso y así valorar la razonabilidad y proporcionalidad de las penas y sus consecuencias en un contexto de legalidad respetuoso de derechos fundamentales.

El principio referido exige la existencia de un estado armónico entre las medidas coercitivas para evitar que aquellas resulten ser un medio desproporcionadamente grave en comparación con la utilidad preventiva prevista por el instituto aquí supervisado.

En tal sentido, R. E. Zaffaroni expresa que:

“El principio de humanidad aplicado a estas cuestiones exige, por motivos de proporcionalidad y culpabilidad atender al caso concreta y a la persona en particular”, así, se considera que “una pena puede no ser cruel en abstracto....pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias”  
[\[292\]](#)

Por ello, es que la modificación de las reglas de conducta tiene que ir siempre de la mano de razones de utilidad, conveniencia o legitimidad, respetando el principio de

proporcionalidad, en vista del fin preventivo antes descrito, y observando como límite lo señalado *ut supra* y la solicitud del fiscal quien en función de aquellas razones de utilidad preventiva haya podido requerirlas.

Los tribunales se han pronunciado respecto de estas temáticas en diversas oportunidades, pero en el análisis que aquí se propone resulta pertinente evocar lo resuelto por la Sala 1 de la CNACC en tanto señaló que:

“... sin pedido fiscal no pueden imponer más condiciones o cargas más intensas que las requeridas por el fiscal, pues de este modo se estarían arrogando la apreciación de necesidades polítocriminales o preventivas que no incumben a su función de decidir casos.”[\[293\]](#)

Resultan también de aplicación en la especie las Reglas de Tokio a las que se hizo referencia al tratar el tópico sobre la suspensión de juicio a prueba, aunado a lo dispuesto en el art. 3.10 que establece un límite al enfatizar que *“Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.”*

## **Reglas de conducta**

Las Reglas de Tokio en los arts. 9.1, 10.4, 13.1, 13.4, entre otros, proponen diversas posibilidades para permitir adecuar la medida con el fin preventivo especial previsto para este tipo de institutos, tal como también el art. 27 *bis* del CP prevé un abanico de posibilidades que pocas veces utilizado.

En función de ello, puede determinarse que son principalmente dos las cuestiones que habrán de tenerse en cuenta al momento de su determinación y/o modificación de las reglas de conducta. El sujeto destinatario y el hecho que lo llevo al conflicto penal.

## **Persona**

Las reglas a imponer deben tener un carácter restrictivo y deben fundamentalmente ir dirigidas a la persona que cometió el delito. En consonancia con ello, el art. 13.3 de las Reglas de Tokio determina *“Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito”*. Esto es analizar al sujeto de manera integral en consonancia con una valoración del hecho que lo llevó al proceso, pues al contar con mayor información sobre ambos extremos, mejor será el análisis y probablemente habrá una mas acertada adecuación de la regla de conducta. Nunca debe perderse de vista que la única finalidad que debe perseguir la imposición del comportamiento discernido es la prevención de la comisión de nuevos delitos, siendo solo viable la imposición de reglas en la medida en que se adecuen a aquel fin preventivo especial. En ese sentido, debe recordarse que debe existir además una evaluación sobre necesidad preventiva del sujeto, siendo que en caso de no existir aquella, debe eximírsele de la imposición.

A tal efecto, al realizar el análisis del caso deben contemplarse -al momento de determinar las reglas de conducta- todas las circunstancias que rodean al sujeto, vgr. si la persona está en situación de calle o de adicción y si son estas, tal vez, las causales del hecho. Es por ello que considero que en estas situaciones las tareas comunitarias

no deben ser la única respuesta -conforme se evidencia en numerosos casos como la regla de preferencia-, pues en esos casos en los que se verifican los extremos del ejemplo, que trae aparejado la carencia de residencia y de medios económicos que solventen las necesidades básicas, difícilmente pueda dar cabal cumplimiento a las tareas comunitarias impuestas, allí es donde la medida alternativa "*nace muerta*", es decir carece de sentido común.

Se olvida a veces que el juez tiene también en cierto modo una función tuitiva y debe ser receptivo a estas circunstancias. No puede obviarse que debe existir una tarea de acompañamiento en el proceso, de apoyo social en aquellos casos en que se advierta la necesidad. En esa línea de pensamiento, es que resulta más adecuada por ejemplo la imposición de acercarse a algún tipo de institución que le permita una mejor integración y le pueda brindar recursos que le permitan alejarse del circuito delictivo.

Esa hermenéutica es la que se encuentra prevista en el art. 10.4 de las Reglas de Tokio, en cuanto establece que "*Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.*"

En otro andarivel y en sentido opuesto al ensayado frente a los casos de sujetos vulnerables en conflicto con el sistema penal, cuando el probado y/ o condenado de modo condicional es un profesional -por ejemplo médicos, abogados, psicólogos, arquitectos, contadores-, o cualquier persona con conocimientos profesionales o específicos, corresponde la adecuación de las tareas comunitarias a sus saberes, toda vez que el aporte reparativo en esos casos va a tener mucho más valor para quien lo recibe. Aquí el sujeto brindaría a la sociedad saberes más específicos pudiendo saldar incluso algunos espacios vacíos, generando posiblemente en sí mismo un fortalecimiento en su compromiso con el prójimo.

## Hecho

El hecho es tan importante como la persona en este tipo de medidas alternativas, es aquel que nos saca del derecho penal de autor y nos ubica en el derecho penal de acto, recordándonos a dónde debemos apuntar al establecer las reglas e imponiéndonos incluso hacer caso omiso a consideraciones que se vinculen con la modificación de cualidades morales, culturales o académicas, en el entendimiento de que ello se torna ilegítimo en un Estado de derecho. Nos limita estrictamente a tratar de evitar que la persona reitere la conducta por la que fue condenada o investigada en un proceso penal.

Es el hecho también el que junto con su gravedad nos va a poner un límite temporal en consonancia con el principio de proporcionalidad, que puede extenderse en función del cumplimiento de los fines preventivos, y que también opera como un límite *favor rei* que puede permitir la finalización prematura de la medida impuesta si se verifica el cumplimiento de aquellos fines.

En esta búsqueda por salir del modelo burocratizado <sup>[294]</sup> en el que se pretende descongestionar el sistema judicial <sup>[295]</sup> al menos en aquellas causas con una “*menor relevancia lesiva*”, y que multiplica la aplicación de medidas alternativas <sup>[296]</sup>, con una mecánica sistemática de imposición de tareas comunitarias, se suele observar la ausencia de un sentido reparador e inclusivo, de composición del conflicto, de integración social y de comprensión real de las capacidades, vulnerabilidades y falencias del sujeto, surgen entonces un sinnúmero de dificultades que luego es muy difícil revertir.

En ese sentido, y con el objeto de mostrar las dificultades que se presentan, citaré dos casos en los que claramente se advierte la errónea aplicación de las reglas

de conductas por el tribunal que las impuso, y sin perjuicio de ello, y aun en contra de todos los principios que rigen este tipo de institutos, el órgano revisor decide mantener.

En ambos precedentes, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha delimitado la facultad del juez de ejecución en torno a la modificación de las reglas de conducta, aun en contra del fin preventivo especial que rige en este tipo de medida alternativa.

## **Caso “V. D. S.”**

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 16 de la ciudad de Buenos Aires, condenó a V. D. S. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por ser autor del delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima y dispuso la imposición de fijar residencia; someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal y realizar tareas comunitarias por un total de 288 horas; todo ello durante el plazo de tres años.

Ingresada la causa a la etapa ejecutoria se dispuso, a pedido del Ministerio Público Fiscal, dar intervención al Cuerpo Médico Forense, quien determinó que el condenado *“requiere abordaje individual a fin de asumir una actitud responsable frente a su perfil individual”* y sugirió *“la realización de un tratamiento psicológico en forma ambulatoria”*, por lo que, en función de ello, una vez llevado a cabo el contradictorio, se dispuso la incorporación del condenado a un espacio terapéutico.

Recurrida que fue la medida dispuesta por la defensa, la Sala II sostuvo:

“...resulta inviable que la jueza de ejecución establezca nuevas condiciones sobre la ejecución de la pena; máxime teniendo en cuenta las graves consecuencias que el

incumplimiento de esas reglas podría acarrear para la persona condenada. A modo de óbiter, si en un caso concreto se presentaran fundadas y contundentes razones que justificaran la necesidad de imponer una nueva regla de conducta, habrá que evaluar en dicha oportunidad esa posibilidad, pero de ninguna manera esto puede ocurrir en la primera intervención del Juzgado de Ejecución como supervisor, sin que se presente ningún motivo que amerite tomar tal medida.”[\[297\]](#)

## Caso “G. A. S.”

Aquí el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 24, también de la Ciudad de Buenos Aires, impuso a G. A. S. la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, por ser autor material penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por su condición de guardador reiterado en tres oportunidades, y le impuso como reglas de conducta fijar residencia, someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal y la prohibición de contacto por cualquier vía con la víctima, todo ello por el término de tres años.

Ingresada la causa a la etapa ejecutoria, a pedido del Ministerio Público Fiscal, se dio intervención al Cuerpo Médico Forense, el que concluyó *“debe realizar tratamiento psicológico de manera ambulatoria durante al menos un año, a razón de una vez/semana, a través de su Obra Social o en forma particular. La frecuencia y duración del tratamiento será determinada por el terapeuta tratante una vez iniciado el mismo”*, por lo que superado el contradictorio, se dispuso al señor G.A.S. la obligación de *“realizar tratamiento psicológico de manera ambulatoria*

*durante al menos un año, a razón de una vez por semana a través de su Obra Social o en forma particular...”*

Recurrida que fue la medida por la defensa pública oficial, la sala III, sostuvo:

“...debe ser anulada la decisión del juez que incorporó a la sujeción del condenado al régimen de la libertad condicional, o de la ejecución condicional de la pena, nuevas reglas de conducta a las impuestas por el tribunal de juicio en su oportunidad, aun cuando las adicionales se encuentren conectadas con el hecho que se tuvo por probado en el caso y con la personalidad del imputado -y por ello puedan aparecer como razonables y adecuadas al fin preventivo especial de la pena-; y aun también cuando he reconocido que el proceso de ejecución de la condena es dinámico y, por ende, susceptible de modificaciones según resulte conveniente y tenga relación con el conflicto tratado. Tal resolución resulta arbitraria siempre y cuando, como ocurrió allí y sucede aquí también, no encuentra fundamento en el control sometido al juez de ejecución y éste no explica adecuadamente qué razón permite modificar el régimen ya adoptado en la primera oportunidad en la que conoce el caso y sin que medien circunstancias fácticas o hechos posteriores a la decisión original que resulten relevantes para justificar la imposición de reglas distintas a las ya adoptadas por el tribunal de juicio en su evaluación del caso. Es que, en tales condiciones, como se sostuvo en los antecedentes citados, la decisión aparece como una suerte de control o revisión sobre la actuación del tribunal de juicio que importa, sin una base normativa que dé fundamento a esta



suerte de función revisora un agravamiento del período de prueba que debe transitar el condenado, alterándose así las condiciones de la sanción a controlar.”[\[298\]](#)

Analizados los principios rectores que deben guiar la imposición de las reglas de conducta tanto en la condena en suspenso como en la suspensión de juicio a prueba, se observa que en ninguno de los dos casos se adecuaron correctamente las reglas con el objeto de evitar futuras reincidencias, más allá de la prohibición de contacto impuesta en el caso G.A.S. , por su parte, en el caso V.D.S. además se advierte a simple vista que las tareas comunitarias impuestas por el Tribunal en una condena por del delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, lejos están de dar cumplimiento a un fin preventivo especial y más cerca se encuentran de una mecánica sistemática de imposición sin razonabilidad alguna de tareas comunitarias propia del afán por descongestionar el sistema judicial, resultando entonces inválida su aplicación en el caso.

Resulta incluso sorprendente que ambos tribunales no hayan, en vista del fin preventivo especial, dado intervención a un Equipo Interdisciplinario, DCAEP, o bien, al Cuerpo Médico Forense, con el objeto de definir las reglas de conducta a imponer. El cliché de las tareas comunitarias evidenciado en el caso V.D.S., no sólo se aleja del fin preventivo, sino que también dificulta el cumplimiento de lo impuesto. Cabe aclarar, además, que no todos los lugares donde es posible realizarlas permiten que condenados por el delito en cuestión lleven a cabo las mismas en sus instalaciones, más aún cuando hay menores involucrados como víctima del delito.

Por lo que, advertida en ambos casos, e incluso señalada por el Cuerpo Médico Forense, la necesidad de incorporación a un espacio terapéutico, resulta imperante

para el juez de ejecución la adecuación de la regla de conducta al fin preventivo especial estudiado. Es que si lo indicado por el órgano auxiliar y solicitado por el Ministerio Público Fiscal no es un elemento novedoso a tener consideración para efectuar un nuevo análisis sobre la conveniencia, utilidad y legitimidad de lo oportunamente dispuesto ¿Qué es?

La Cámara soslaya este análisis y limita la actuación del juez de ejecución a la espera de razones fundadas y contundentes que justifiquen la necesidad de imponer una nueva regla de conducta, situación que a su entender no puede ocurrir en la primera intervención del Juzgado de Ejecución como supervisor, sin que se presente ningún motivo que amerite tomar tal medida. El motivo, ¿Cuál sería? ¿La comisión de un nuevo hecho? En ese caso, entiendo que sería tarde y la medida alternativa ya habría fracasado.

La Cámara exige al juez que lleve a cabo un control de supervisión de una condena impuesta cuyas reglas de conducta son contrarias al fin preventivo especial, desatendiendo las limitaciones impuestas por el art. 27 *bis* del CP, el 493, inc., 1, del CPPN, el art. 19 de la CN y las Reglas de Tokio.

Finalmente, no puedo dejar de señalar que en los presentes casos, más allá de haber soslayado los principios rectores que rigen el presente instituto, la Cámara también ha desoído puntualmente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (ratificada y aprobada en Belem Do Pará, Brasil, encontrándose en vigor desde 1995, obteniendo finalmente jerarquía superior a las leyes internas -conf. art. 75, inc. 22, CN-) que también ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde ha remarcado que el Estado

ha asumido al aprobar le “Convención de Belem Do Pará”, la obligación de prevenir, investigar y sancionar sucesos como el aquí acontecido (CSJN, Góngora Gabriel Arnaldo, s/causa 14.902, rta. el 23/04/13), y a nivel nacional, la Ley de Violencia contra la Mujer N° 26.485.

# **Reinserción social y reforma de la Ley N° 27.375: escollos constitucionales a la restricción de la libertad condicional**

Gabriela L. Gusi<sup>\*</sup>

## **Presentación**

El presente trabajo intentará realizar unas líneas críticas en torno a la reforma de Ley N° 27.375, a la Ley N° Nacional de Ejecución Penal y el Código Penal, particularmente, al instituto de la Libertad Condicional. Son tan sólo algunas notas, por lo que cabe advertir que se deslizan unos trazos conflictivos, aunque -probablemente- no resulten ser todos los posibles. En particular, nos interesa poner de resalto los escollos constitucionales y del sistema jerarquizado de fuentes internacionales a las restricciones del acceso al instituto señalado. Por tal motivo se impone, en primer lugar, un análisis de los estándares internacionales y constitucionales que se señalan en la materia, para luego abordar en concreto la reforma misma, en especial del art. 14 del Código Penal y del art. 56 *bis* de la Ley N° 24.660.

El objeto de estas notas se encuentra principalmente orientado a la tarea jurisdiccional en tanto es función del Poder judicial el control de constitucionalidad de las normas. Por tanto, para delinear los argumentos se atenderá en gran medida a fallos del Máximo Tribunal Nacional e último intérprete de nuestra Constitución

Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y al Máximo Tribunal Interamericano como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## **Reinserción social y el sistema jerarquizado de normas**

El sistema de suprallegalidad constitucional impone la necesidad de realizar una interpretación armónica de las normas constitucionales y la cuestionada en el presente, lo que sin lugar a dudas corresponde a la función jurisdiccional. Así, cabe observar que las normas internacionales incorporadas a la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22 CN conforman un bloque de constitucionalidad que impone una hermenéutica integral.

En este sentido, también lo dispone el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se afirma que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las Leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Por tanto, corresponde analizar las disposiciones de los instrumentos internacionales que han establecido pautas

para la ejecución de la pena, con el objeto de armonizar la normativa en el marco del sistema jerarquizado de fuentes. La dimensión “convencional” de la democracia impone el fortalecimiento del sistema de protección interamericano y el reconocimiento de la obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones emanadas de éste [\[299\]](#) .

En igual sentido se ha afirmado que:

“La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana” [\[300\]](#) .

De primer orden, por tanto deviene necesario analizar cuál es el fin de la ejecución de la pena establecido en el plexo normativo constitucionalizado a través del art. 75 inc. 22CN [\[301\]](#) .

En este sentido, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En sentido similar, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [\[302\]](#) .

Sin embargo, no es lógico que el sistema internacional de Derechos Humanos haya optado por una finalidad de la pena, sino antes bien por su ejecución. Así se expresado que:

“[n]o es razonable que un texto se decida por una teoría de la pena respecto de la prisión y no lo haga respecto del resto de las penas, como si los fines de las mismas (y con ello su naturaleza) pudiesen escindirse arbitrariamente por decisión política nacional o internacional”<sup>[303]</sup>.

Es que,

“...El párrafo 6 del art. 5 de la CA (Art. 75 inc. 22 CN), que impone la *reforma y readaptación social*, asigna a la prisión una *función esencial que en las ciencias sociales se demuestra que es imposible*. Se trata de un caso de necesaria interpretación progresiva de la Ley: si un conocimiento científico o técnico demuestra que la Ley previa a éste imponía algo de imposible realización, la Ley no pierde vigencia, sino que lo adecuado es que el intérprete la entienda como imponiendo lo más cercano a lo que aspiraba dentro de lo que el nuevo conocimiento admite como posible. En tal sentido debe interpretarse que obliga a extremar los cuidados para evitar que la prisionización acentúe sus estructurales caracteres deteriorantes y a ofrecer (no imponer) la posibilidad de que los prisionizados aumenten sus niveles de invulnerabilidad al poder punitivo”<sup>[304]</sup>.

Como se señala, ante lo inaceptable de una contradicción dentro de la propia Convención Americana y por tanto del sistema de garantías y derechos del bloque de constitucionalidad, se impone una hermenéutica integral, y la única resulta aquella que asigna al art. 5.6 el *fin esencial* de la pena de prisión, más no de las penas. Así, sólo es posible entender que el lenguaje de los instrumentos

internacionales dispone que la pena privativa de libertad debe tener por objeto principal la reinserción social del condenado, en tanto derecho del mismo e inherente a la dignidad, disposición cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional por parte del Estado.

Asimismo, es ya doctrina sostenida de la CSJN que las normas de *soft law* internacional integran el plexo normativo-interpretativo colaborando para la interpretación armónica de las normas constitucionales. Así, se ha enunciado que:

“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, por lo que no cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado...”[\[305\]](#) .

En este orden, dable es destacar que la regla 10 de los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos* dispone que:

“[C]on la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”[\[306\]](#) .



En tanto, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos establecen que:

“En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social”<sup>[307]</sup>, 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”<sup>[308]</sup>. Se afirma 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”<sup>[309]</sup>.

Estas disposiciones interpretadas conjuntamente demuestran que el orden internacional se orienta hacia el egreso gradual -progresivo- al medio libre, en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>[310]</sup>. En el marco señalado, queda claro que “el fin esencial de la

readaptación” implica “reinserción <sup>[311]</sup>“, ello sin perjuicio de que puedan existir otros fines, en tanto resulten compatibles con la finalidad primordial cual resulta precisamente, la reincorporación social al medio libre.

Bajo este prisma, la 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 [...] 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 [.]*”

La reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia. Como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona <sup>[312]</sup>.

Por otra parte, en estricto resguardo del principio de culpabilidad y el derecho penal de acto, queda prohibido en un Estado constitucional de Derecho que se pueda imponer una “reforma” que implique la modificación forzosa de la personalidad del autor que, inevitablemente, llevaría a una injerencia prohibida constitucionalmente.

Por tanto, las herramientas democráticas que se encuentran al alcance del Estado, deberán tender al ofrecimiento de alternativas (educativas, laborales, incluso de salud física y mental) con miras a la mejor reincorporación al medio libre, lo que en resguardo de la misma idea de reinserción importa un trato digno tendiente a la progresividad en la faz de la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, el contenido normativo de la reinserción social puede valorarse como una obligación estatal positiva que proporcione al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado, favoreciendo su integración a la vida social al momento de recobrar la libertad. Del mismo modo, constituye un eje fundamental para la interpretación de las normas penitenciarias, tanto como regir la política criminal en la ejecución de la pena y por tanto orienta a los tres poderes del Estado en sus decisiones republicanas.

Con todo sentido se ha señalado que:

“...De ello se deduce que toda medida de ejecución de penas debe estar dirigida a hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del encarcelamiento y *ofrecer asistencia al condenado en el medio libre, durante un período previo a su liberación definitiva...*”<sup>[313]</sup> .

Dable es desatacar, por lo demás, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en sentido similar, al sostener que:

“[L]a seguridad como deber primario del Estado, importa también resguardar los derechos de los penados, cuya *readaptación social* se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del servicio penitenciario (...) si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirven las políticas preventivas del delito y menos aún las que persiguen la *reinserción social* de los detenidos...”[\[314\]](#) .

El Juez Petracchi fue claro al señalar en el precedente “Gramajo” 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”[\[315\]](#) . Asimismo el máximo Tribunal nacional indicó que: “[S]i el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la *reinserción social* de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la

malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa”<sup>[316]</sup>.

Con igual soporte ha considerado “[Q]ue la primera advertencia que corresponde formular, es que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146, 1186 y su cita -2005). Empero, es igualmente cierto que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro. El presente caso, precisamente, se emplaza en ese terreno, pues no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción -total o parcial- de obligaciones propias en cabeza del interno. Es que, resulta claro del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (arts. 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales”<sup>[317]</sup>. En conclusión, la finalidad de reinserción social de la pena, como Derecho Humano, tiene previsión constitucional y convencional, 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.

## **La Ley N° 27.375 y las modificatorias. El problema del *fin esencial***

Habiéndose señalado el criterio rector en torno al sistema jerarquizado de normas constitucionales, corresponde abordar, en concreto, el análisis de la reforma de la Ley Nacional de Ejecución Penal, para considerar si es posible afirmar la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y el art. 56 bis de la Ley N° 24.660 reformados mediante la sanción de la Ley N° 27.375 [\[318\]](#).

Es de primer orden señalar que, de acuerdo a la sanción de la Ley N° 27.375, se modificaron una serie de arts. de la Ley Nacional de Ejecución Penal entre ellos el art. 1 que, en su actual redacción desataca 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”.

Como se puede observar, la modificación del art. primero aún señala el fin de reinserción social, sin embargo declama nuevos fines que derivan en restricciones al régimen progresivo vedando libertades anticipadas -y en especial la libertad condicional- por categorías de delitos en abstracto e instaurando un régimen diferencial para éstos [\[319\]](#).

Debe recordarse que: “[E]s regla de interpretación de las Ley es el dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, y ese propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la *ratio legis*”<sup>[320]</sup>. Por tal motivo, se impone recurrir, cuando la letra de Ley resulte insuficiente a otras fuentes de interpretación, con el objeto de analizar si esos fines, o sus consecuencias, se contraponen o no con el fin esencial establecido en el sistema jerarquizado de Leyes.

Así, se ha expresado en el Debate Parlamentario:

“... [queremos] que los establecimientos penitenciarios *tengan la capacidad de resocializar, de reeducar* y de otorgar un oficio a todas y cada una de las personas que se encuentran privadas de la libertad. **Pero queremos que en determinados tipos de delitos -los violentos y graves que nos laceran como sociedad- las personas cumplan la totalidad de la condena dentro de las cárceles**”<sup>[321]</sup>.

De la simple lectura, se observa que en la primera parte de la exposición de motivos se reafirma el fin resocializador, sin embargo tras ello se restringen las consecuencias directas del mismo afirmando que éstos se verán anulados para determinados delitos, negándola<sup>[322]</sup>. Ello produce una autocontradicción normativa que quiebra las reglas de la lógica, tanto como la necesidad de fundamentación de los actos de gobierno establecida a

través del sistema republicano y derivada del art. 1 de la Constitución Nacional. Así pues, se impone constitucionalmente que los actos resulten debidamente fundados, lo que deriva en ausencia de arbitrariedad.

Atendiendo a los derivados propios del *principio de reinserción*, resulta oportuno preguntarse si negar los institutos liberatorios que se deducen de éste implica una restricción contradictoria o indebida de acuerdo al establecimiento de los criterios constitucionales. Cabe resaltar que es medular para la reincorporación social la implementación de una gradualidad, lo que dentro del régimen de ejecución penal se ha nombrado como progresividad que, en razón del esfuerzo individual y

voluntario [\[323\]](#), oriente al penado hacia regímenes más abiertos. Aquél, se basa en la autodisciplina y de acuerdo a ella, los institutos de libertad anticipada cumplen una función primordial e insustituible en la preparación del condenado para su regreso al medio libre. Es que sin la progresividad la reinserción social quedaría en letra muerta, en tanto implicaría una simple declaración sin consecuencias, ni como derechos para los condenados, ni como obligación estatal.

De otra banda, el paulatino acceso a regímenes morigerados de privación de libertad se corresponde con el sentido que el propio sistema penitenciario, aún en su genealogía, le ha dado al alcance del mismo [\[324\]](#).

En este orden, se ha señalado que:

“[L]a recepción de un sistema penitenciario gobernado por la instrumentación de un régimen progresivo, [que] aparecía clara en nuestra tradición legislativa, ha sufrido una flagrante estocada mortal. La autocontradicción de la reforma, que se evidencia al pretender sostener un sistema progresivo, pero eliminando al mismo tiempo la libertad condicional para



gran parte de la población penitenciaria, es un punto que se debe abordar para comprender el impacto negativo de la decisión legislativa adoptada”<sup>[325]</sup>.

Precisamente, la autocontradicción que se señala, resulta de la restricción del instituto que aquí se analiza -la libertad condicional- en tanto uno de los esenciales históricamente reconocido para el acceso a una modalidad diferenciada de cumplimiento de la pena privativa de libertad<sup>[326]</sup>. Por ello, debe reiterarse que sólo es posible que el fin de la ejecución penal conlleve ínsito el principio de reinserción social, y que los otros fines declamados por la política criminal sólo pueden sostenerse en tanto no contradigan el primero.

Desde esa perspectiva, la reforma introducida por la Ley N° 27.375 incurre en una contradicción al presentarse como un régimen progresivo cuando, en verdad, disposiciones como la que se encuentran bajo análisis obstruyen su consecución eliminando sus incentivos fundamentales.

El Máximo Tribunal ha señalado que:

“[L]a autocontradicción -generalmente invocada como causal de arbitrariedad de las sentencias- no puede estar autorizada en la regulación de la Ley. El principio de legalidad exige que la norma sea inteligible. Si esta presenta regulaciones contrapuestas, se transforma en incomprensible e irracional; y ello configura la ausencia del presupuesto básico para que cualquier persona pueda obedecer un mandato legal. Es cierto que la inconsecuencia no se presume en el legislador” pero es evidente que aquí el

Congreso ha hecho denodados esfuerzos para tenerla sobradamente por comprobada”<sup>[327]</sup>.

Ello así pues, “En un Estado de Derecho la sola invocación de “razones de seguridad” sin un andamiaje objetivo que lo motive, no puede justificar nunca la privación del goce de los derechos constitucionales”<sup>[328]</sup>.

De este modo, la inobservancia de este mandato en la reforma comentada parece evidente, por tanto, su legitimidad constitucional resulta cuestionada de modo insalvable.

## **Escollos constitucionales e internacionales en las restricciones al instituto**

Cabe recordar que la Ley N° 27.375 que modificó el art. 56 bis de la Ley Nacional de Ejecución Penal dispuso que el mismo quedara redactado de la siguiente manera:

“Art. 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el art. 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 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 art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, art. 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los arts. 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 art. 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los arts. 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el art. 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el art. 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los arts. 5°, 6° y 7° de la Ley N° 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero [\[329\]](#)”.

La reforma ha excluido totalmente de la posibilidad de acceder a un régimen de libertad condicional a las personas condenadas por tales delitos. Al dictar la Ley N° 27.375, el legislador discriminó situaciones análogas utilizando como criterio, únicamente, el delito por el que se dictara sentencia de condena, desentendiéndose de la situación particular de cada una de las personas condenadas por tales delitos y excluyéndolas del régimen progresivo, cercenando así el fin resocializador de las penas privativas de libertad.

Corresponde preguntarse, pues, si los arts. que se cuestionan vulneran el principio de igualdad, a fin de no colisionar con los compromisos constitucionales ni los asumidos internacionalmente de acuerdo a nuestra Constitución Nacional (art. 16) y los tratados incorporados a ella.

Así, cabe recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma en su art. 26 que: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación...”.

El Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación establece que: "...el art. 26... en sí [es] un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas". Por lo tanto, el art. 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus Leyes y la aplicación de sus Leyes. Por consiguiente, al aprobar una Ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el art. 26 de que el contenido de dicha Ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del art. 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto"[\[330\]](#). El derecho internacional de los derechos humanos ha realizado un claro reconocimiento en este sentido como un principio central, fundamental y rector para el avance progresivo en la protección de los derechos humanos.

En el sistema interamericano, este reconocimiento se verifica en el contenido del art. II de la Declaración Americana, en el art. 1 y el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras. Por ello, debe considerarse si la normativa contraviene, clara e indudablemente lo dispuesto por nuestra carta magna, y algunos de sus principios constitucionales e internacionales.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de expedirse sobre el principio de igualdad y los criterios de restricción legislativos en materia penal señalando que:

“[L]a garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la Ley a todos los casos ocurrentes según sus

diferencias constitutivas. No se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, *lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se les concede a otros en las mismas circunstancias*, pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación” [\[331\]](#) .

Sobre el mismo antecedente señaló que “La garantía de la igualdad exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad. Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos, considerando como tal aquél conducente a los fines que imponen su adopción e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitraria”, concluyendo en el caso que la restricción por categoría de delito imputado a la resultaba inconstitucional el art. 316, segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la Ley N° 24.410), pues “el Poder Legislativo en lugar de utilizar sus facultades constitucionales para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la Ley sustantiva” y “en cuanto priva a la recurrente del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia” [\[332\]](#) .

En sentido similar, y con cita del precedente mencionado se ha expedido también al sostener que la cláusula del originario art. 10 de la Ley N° 24.390 resultaba inconstitucional por cuanto “la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Linda Cristina Veliz, puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida (art. 7°, inciso 5°, de la reiteradamente citada Convención). Ello debido a que:

“termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental”. Así, la CSJN concluyó que: “...el temperamento [aquí] adoptado armoniza plenamente con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos que han asumido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994[.] Que, por lo demás, resulta atinente recordar que en el aludido caso “Nápoli”<sup>[333]</sup> este Tribunal relevó lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo en el caso “Suárez Rosero” (sentencia del 12 de noviembre de 1997), en el que se sostuvo que resulta violatoria del principio de

igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (conf. párrafo 98)”<sup>[334]</sup>.

De otra banda, el propio precedente afirmó que:

“la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional...” Y agregó “Que lo recién afirmado no es más que la consecuente expresión del mandato que nos rige de hacer de la República Argentina no un mero Estado legal de derecho sino un Estado constitucional de derecho (Fallos: 328:3399, considerando 14), razón por la cual nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación por sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario”.

A mayor abundamiento, recuérdese también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Jenkins Vs. Argentina”, condenó al Estado argentino al considerar que:

“...generó un trato desigual con respecto a las personas en prisión preventiva imputadas por un delito diferente al de narcotráfico quienes, una vez cumplido el plazo de dos años

estipulado en la señalada Ley tenían derecho a solicitar su excarcelación [... también se beneficiaban del plazo máximo de detención preventiva...]”.

En esta dirección, señaló que:

“...los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto” y recordó que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”<sup>[335]</sup>. La Corte Suprema de Justicia nacional también sostuvo que: “...la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la Ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias<sup>[336]</sup>; pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, **que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación**”<sup>[337]</sup>.



Para evaluar si hacia dentro de una categoría determinada se hallan personas excluidas del goce de un derecho que sí se reconoce a otros, el Poder Judicial debe realizar un análisis de razonabilidad de las pautas de construcción de esa categoría.

Parece entonces que las distinciones que efectúa el legislador en supuestos que estima distintos deben obedecer a pautas objetivas de diferenciación y no a propósitos de persecución o indebido privilegio de personas

o grupos de personas <sup>[338]</sup>, pues "...la garantía de la igualdad exige que concurren 'objetivas razones' de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad" <sup>[339]</sup>.

Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos <sup>[340]</sup>, considerado como tal

aquel conducente a los fines que imponen su adopción <sup>[341]</sup> e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto

perseguido <sup>[342]</sup>. Tal distinción, en el caso de análisis, se advierte a todas luces arbitraria e irrazonable, puesto que no se han establecido elementos objetivos que permitan fundamentar un tratamiento desigual entre la población de condenados/as, ni es posible determinar un denominador común que llevara a escoger esos delitos en particular.

En especial, resulta llamativa la desproporción contenida en los incisos 10 y 11 del art. 14 CP reformado, por cuanto desde la perspectiva de la lesividad tanto como de la proporcionalidad de las penas no se encuentra razón suficiente para considerar la distinción, lo que aún redundaría

en mayor arbitrariedad en los casos en que las condenas impuestas no superan o superan escasamente los mínimos de los tipos penales por el que se impusieron las condenas, de acuerdo al grado de culpabilidad evaluado en concreto [\[343\]](#). La limitación, además, no se corresponde con el análisis de los hechos concretos, y en tal sentido también presenta un problema sobre el principio de culpabilidad por el acto, en tanto no se consideran las calidades personales de quien se encuentre involucrado/a en el tratamiento individual, ni por su comportamiento durante la ejecución de la misma, con posterioridad al hecho y su reproche, sino por el tipo de delito.

En tal tesitura, corresponde memorar que los derechos y garantías establecidos durante el proceso penal se proyectan sobre la ejecución penal en la que además, a través de la judicialización y control jurisdiccional permanente se debe efectuar un continuo análisis del cumplimiento de las condiciones de detención tanto como de las modalidades y tratamiento individualizado de las personas privadas de libertad, ello en tanto se asume la responsabilidad punitiva estatal que conlleva la propia privación de libertad como obligación estatal. Por tanto, no pueden anularse los principios de igualdad ante la Ley, proporcionalidad, ni culpabilidad por el acto, sino antes bien éstos deben verse reforzados junto a los principios que guían la ejecución de las penas privativas de libertad, esto es principio de *reinserción social, de humanidad, pro libertatis y pro homine*, todos ellos reconocidos en nuestra Constitución Nacional (art. 16, 18 y 75 inc. 22).

El análisis de la legislación nacional en materia de ejecución penal, su armonización con los estándares fijados a nivel constitucional e interamericano, imponen la necesidad de re-direccionar las consecuencias de la prisión desde una mirada *ius humanista* que permita afirmar en la faz ejecutiva el Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido no es posible pensar que el legislador, por cumplir

con el procedimiento constitucional formal para la sanción de las Leyes, pueda establecer normas que contravengan las mandas constitucionales e internacionalmente asumidas. Por ello tampoco resulta constitucionalmente aceptable que, basándose en la naturaleza del delito por el cual se encuentran cumpliendo pena, se obstruya cualquier medida tendiente al acceso al medio libre, aún más sin considerar ningún tipo de situación concreta en la ejecución penal, negando de tal modo que el régimen progresivo debe realizarse a partir de un tratamiento individualizado con el objeto de garantizar y brindar distintas herramientas que resulten eficaces para su reingreso al medio libre <sup>[344]</sup>.

Corresponde señalar, por lo demás, que el principio de prohibición de regresividad o irreversibilidad establecido en el sistema internacional de Derechos Humanos (art. 4 del PIDCyP y PIDESC), impone que una vez logrado el avance de los derechos a un nivel determinado, no es posible disminuirlo ni regresarlo a un estadio anterior. Así, los derechos humanos mencionados y reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser jamás interpretados como los únicos o el máximo de derechos a alcanzar, sino un piso mínimo indispensable del que se debe partir en miras de la progresión, que deberá ser analizada en cada Estado en particular <sup>[345]</sup>. Es decir, se deduce de esos principios que el Estado no podrá disminuir el goce de los derechos que han llegado a un determinado estándar. En caso de que ello suceda estaremos en peor situación jurídica y vulneraríamos la prohibición de regresividad tanto como el principio de progresividad de la realización de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, la Ley de ejecución penal, particularmente en lo que respecta art. 56 *bis* modificado por la reforma del año 2017, que restringe el acceso a la libertad condicional eleva las exigencias delimitadas genealógicamente por el instituto, vedando de un modo

prohibido el acceso gradual a la reinserción social y a través de éste, de realización de los Derechos Humanos.

A modo de cierre, resulta claro a partir de estos esbozos que las modificatorias relacionadas con el instituto de la libertad condicional se enfrentan a escollos que parecen insuperables si son evaluados desde los estándares y principios constitucionales e internacionales. Será tarea de los tribunales, en su rol constitucional y republicano, a través del control de constitucionalidad, enfrentar estos obstáculos, superarlos o afirmarlos conllevando una posible responsabilidad internacional para el Estado argentino.

# La realidad carcelaria en tiempos de crisis sanitaria

Gustavo M. Hornos<sup>\*</sup>

Lucía Gallagher<sup>\*\*</sup>

## I. Emergencia penitenciaria y crisis sanitaria

La crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, encontró a nuestras instituciones en una crítica situación carcelaria, formalmente declarada como emergencia en materia penitenciaria el 25 de marzo de 2019, por Resolución 184/2019, que dispuso la creación de la Comisión de Emergencia que debería reunirse quincenalmente para la elaboración de propuestas de políticas públicas tendientes a resolver el déficit habitacional, mejorar las condiciones y promover e implementar medidas alternativas a la privación de libertad, especialmente de grupos vulnerables [\[346\]](#).

El aumento de la tasa de población penal producido en forma exponencial sin el correlato de infraestructura y medios, constituye una de las principales problemáticas de las condiciones carcelarias. Los niveles de sobrepoblación advertidos impactan necesariamente sobre la totalidad de los derechos de las personas alojadas en los distintos establecimientos y unidades carcelarias; como la prevención de la violencia, los servicios de salud, de

alimentación, el acceso a agua potable y sanitarios, educación, trabajo y visitas, entre otros.

Ello, en contradicción con los estándares internacionales y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, el Alto Tribunal ha señalado que las personas privadas de su libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso [\[347\]](#).

Y remarcó también que

“...es el Estado el que se encuentra en la posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación de interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer, por cuenta propia, una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...” [\[348\]](#).

Dicho principio, destacado respecto de casos en donde se encontraban en cuestión gravísimas problemáticas de violencia en contextos de encierro carcelario, tiene plena aplicación en todas las áreas que hacen a aspectos sustanciales de la resocialización de las personas privadas de su libertad, como médula del tratamiento del que el Estado Federal es garante.

Es en tal sentido que debe ser interpretado el art. 18 de la Constitución Nacional, mediante un criterio de interpretación dinámico, que no petrifique el mandato normativo a un significado alejado en la historia, sino que lo reactualice de conformidad con los principios y los valores fundamentales que hoy conforman el marco normativo y social.

Frente a la reconocida emergencia carcelaria y a la crisis sanitaria mundial, los principios constitucionales y establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos imponen la necesidad de reformular el impacto en la realidad carcelaria de las decisiones políticas tomadas en relación a las personas privadas de su libertad.

## **II. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles**

En el año 2013, en la República Argentina se conmemoraron los 200 años de la Asamblea de 1813 -que, entre su prolífica obra, suprimió la práctica de la tortura y ordenó quemar los instrumentos de tormento en la plaza pública-; los treinta años de la recuperación de las instituciones democráticas; fue el año de la Campaña Nacional contra la Tortura y recientemente se había sancionado la ley de creación del Sistema Nacional de [\[349\]](#) Prevención de la Tortura y el consecuente Mecanismo.

Desde la Presidencia de la Cámara Federal de Casación Penal se convocó a las Instituciones representativas de los principales sujetos del proceso penal a la conformación de una alianza interinstitucional para la protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de su libertad.

Fue así que el 26 de junio de 2013 se constituyó el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de las Unidades Carcelarias. Se trata de un espacio interinstitucional, amplio y plural, conformado por jueces y

juezas de diversas jurisdicciones territoriales e instancias, Fiscales de la Procuración General de la Nación - particularmente la Procuraduría contra la Violencia Institucional-, representantes de la Defensoría General de la Nación, principalmente mediante su Comisión de Cárceles y el Programa contra la Violencia Institucional [\[350\]](#) y la Procuración Penitenciaria de la Nación.

En carácter de miembros consultivos y como representantes de la sociedad civil y control ciudadano, intervienen el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal -entidad rectora de la matrícula profesional-, el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.), la Asociación Pensamiento Penal y la Comisión Provincial por la Memoria [\[351\]](#); como organizaciones no gubernamentales de reconocida trayectoria en la materia carcelaria y en la protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de su libertad.

El control jurisdiccional amplio y efectivo de la pena privativa de la libertad que se proyecta desde el Sistema, constituye una propuesta de cambio cultural en el ámbito judicial; así como una evolución de la perspectiva de abordaje de las cuestiones penitenciarias y las condiciones de detención: mirar tras los muros desde la óptica de los Derechos y ya no de las prohibiciones. Procurar la humanización de la administración de justicia penal y la prevención del delito.

Más allá de los altos objetivos originalmente propuestos desde el Sistema en relación al desarrollo de una vida digna en prisión, educación, capacitación, posibilidades de inserción laboral y social y particularmente otros aspectos de favorecimiento y ayuda postpenitenciarios; la realidad que se fue relevando marcó una agenda distinta, más urgente.

Los primeros monitoreos realizados en lugares de privación de libertad, sin aviso previo, se hicieron con



apego a la normativa Internacional -Principios Generales, Convenciones y Protocolos-, Regional y Nacional y a los estándares que de ellos surgen, particularmente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos -Reglas Nelson Mandela [\[352\]](#) -.

En ese relevamiento institucional con proyección estratégica a todo el país fueron abiertos sectores que nunca se habían inspeccionado y fueron escuchadas personas hasta el momento silenciadas. Así, se encontraron situaciones coyunturales muy por debajo de aquellos estándares de Derechos Humanos, que se procuraron solucionar inmediatamente antes de terminar la visita y sin perjuicio del ulterior seguimiento.

La más trágica realidad requirió con urgencia extender los monitoreos a los Institutos donde se encuentran alojados Niños, Niñas y Adolescentes en conflicto con la ley penal, en los que la identificación de problemas y planteo de posibles soluciones tuvo presente el Interés Superior del Niño y los específicos derechos reconocidos en las Convenciones Internacionales.

Los Miembros del Sistema realizan reuniones llamadas Encuentros. Los Encuentros se constituyeron en auténticas Mesas de Diálogo con las autoridades políticas y penitenciarias a cargo de la custodia de las personas privadas de su libertad. Los Encuentros se tornaron útiles para el seguimiento de las múltiples observaciones que surgen de los monitoreos, aportaron a la mejora progresiva de las condiciones de detención en todos sus aspectos y se plantearon discusiones de cuestiones de política

penitenciaria [\[353\]](#). Por su parte, las autoridades políticas a cargo han tenido -aunque en diferente medida- una predisposición positiva para reconocer el valor del Espacio, aceptar las Recomendaciones y sentar las bases del diálogo entre las instituciones.

Además, el Sistema acordó emitir pronunciamientos de carácter general llamados Recomendaciones [\[354\]](#). Contaron con la valiosa intervención para la confección y la firma de las más altas autoridades de las Instituciones que lo integran. Se han emitido ocho recomendaciones desde la conformación del Sistema.

La primera de ellas, se dirigió a la tutela del derecho a la vida (Recomendación

I), la segunda al derecho al debido proceso en el trámite sancionatorio (Recomendación

II), la tercera propone un cambio cultural mediante observación y monitoreos periódicos por parte de los integrantes del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos (Recomendación III [\[355\]](#)).

La cuarta recomendación denominada *“Derecho a la salud y el acceso efectivo a la prestación de servicios de asistencia médica de las personas privadas de libertad”* (Recomendación IV). La quinta sobre *“Reglas de Buenas Prácticas en los Procedimientos de Habeas Corpus Correctivo”* (Recomendación V), la Recomendación VI es la relativa a *“Género en contextos de encierro. Derechos de las mujeres privadas de la libertad”* [\[356\]](#) [\[357\]](#), la Recomendación VII trató sobre los *“Derechos de los Niños/as y adolescentes en conflicto con la ley penal.”* y la Recomendación VIII sobre COVID-19.

### **III. El acceso efectivo a los servicios de salud en contextos de encierro**

#### *a) Perspectiva constitucional*

El Sistema viene actuando en procura del debido cumplimiento en todos los aspectos de las “Reglas

Mandela”, respecto de las cuales nuestra CSJN ha afirmado que *“...si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque constitucional federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad.”*<sup>[358]</sup>

En lo que respecta al derecho a la salud, en ellas se establece que:

“1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado... 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. 2. 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.” (Regla 24).

En la Regla 35 se dispone que:

“1. El médico o el organismo de salud pública competente hará inspecciones periódicas y asesorará al director del establecimiento penitenciario con respecto a: a) la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) la higiene y el aseo de las instalaciones y de los reclusos; c) las condiciones de saneamiento, climatización, iluminación y ventilación; d) la calidad y el aseo de la ropa y la cama de los reclusos; e) la

observancia de las reglas relativas a la educación física y la práctica deportiva cuando estas actividades no sean organizadas por personal especializado.”.

La protección integral y efectiva del derecho a la salud ha sido receptada por los “Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” (ONU) adoptado por la Asamblea General en su resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982, en cuanto en su Principio 1 expresa que:

“El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”.

En relación a las Reglas Mandela, también recordó la CSJN *que*:

“La República Argentina tuvo un papel protagónico... en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977”, y agregó que a ello “se suman las previsiones de los tratados internacionales de

derechos humanos a los que se ha asignado jerarquía constitucional 'en las condiciones de su vigencia'. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que 'todo individuo que haya sido privado de su libertad...tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad'; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que 'toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'; fórmula ésta que recibe de modo similar el art. 5 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[\[359\]](#).

Como quedara reseñado anteriormente, el Estado debe adoptar medidas tendientes a garantizar y asegurar -proveyendo de los servicios y elementos que fueran necesarios para ello- los derechos básicos fundamentales: la preservación de su vida e integridad física, la atención, cuidado y protección de la salud, el acceso a una alimentación adecuada y suficiente, la preservación de sus derechos y relaciones familiares, entre otros.

Ése es el Plan carcelario adoptado por nuestra Constitución Nacional cuando en su art. 18 establece: "...*las cárceles de la Nación serán **sanas y limpias***".

Así lo ha entendido la CSJN al expedirse en el fallo "Verbitsky" -ya citado- al expresar que:

"no podrá prescindirse del claro texto constitucional del art. 18 que dispone que '[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá

de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice'. Reconoce así [...] a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano..." y que "sin desconocer el contenido aflictivo que comporta la privación de libertad -en cierta medida imposible de eliminar por ser inherente a esa situación- son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar con un importante grado de precisión y cercanía el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura [...]"

La privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento de otros derechos y obligaciones de instituciones públicas requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos. El acceso a salud compromete tanto la prestación efectiva de esa obligación genérica como el control de la misma por parte de los agentes estatales.

Con ese objetivo, el 27 de octubre de 2014, el Sistema emitió la IV Recomendación sobre derecho a la salud y el acceso efectivo a la prestación de servicios de asistencia médica de las personas privadas de libertad. Allí, se destaca que el derecho a la salud es vital, inherente y esencial, sin el cual no se pueden alcanzar los demás derechos.

El documento recomienda de manera primaria al titular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y a sus pares en Salud y Desarrollo Social generar dispositivos institucionales de atención que garanticen el acceso a la salud de las personas detenidas. Asimismo, se sugiere el desarrollo efectivo de acciones de promoción y prevención de la salud que considere la epidemiología de la población detenida y los efectos propios del encierro en el deterioro potencial de la salud.

Se recomienda la independencia profesional que asegure que la asistencia en salud sea llevada delante de modo autónomo de las cuestiones disciplinarias, del régimen penitenciario, de la ejecución de la pena o de las evaluaciones periciales; que el acceso a los profesionales de la salud sea de modo independiente de los dispositivos de seguridad de los lugares de encierro.

Se destaca la necesidad y conveniencia que personal de salud externo al SPF realice inspecciones regulares, informen al Ministerio de Salud y asesoren respecto de la cantidad, calidad y distribución de alimentos provistos a las personas detenidas; así como el acceso a agua limpia y potable en cantidad suficiente; las condiciones sanitarias, la calefacción, la iluminación y la ventilación; condiciones de las celdas, la calidad y el aseo de las ropas y de la cama; que las autoridades tengan en cuenta los informes y consejos del personal de salud a fin de adoptar las medidas necesarias para que se sigan dichas observaciones.

Asimismo, se recomienda la implementación de un programa estratégico que permita asegurar la protección de la salud de las personas con uso problemático de drogas.

También se indica la implementación de una logística que permita a las personas privadas de su libertad y a sus visitas el acceso efectivo a los métodos de prevención de las enfermedades de transmisión sexual.

Se enfatiza en el deber de asegurar los dispositivos necesarios para la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud de las mujeres y su epidemiología con el fin de que alcance estándares igualitarios al resto de la sociedad. Lo propio, en relación a los niños y niñas encerrados con sus madres en los establecimientos penitenciarios. Igual previsión debe contemplarse para la población perteneciente a colectivos diversos (LGBTIQ+).

De este modo, una reflexión crítica sobre la criminalización, estigmatización y patologización en particular de las mujeres trans nos permite poner en

contexto la exclusión de derechos que pueden padecer durante el encierro, enfrentando una situación de doble vulnerabilidad; por estar privadas de su libertad y por ser parte de la población LGBTIQ+. [\[360\]](#)

Por otra parte, se recomienda establecer un adecuado y activo Programa de Prevención de Suicidios. Y que se normativice la entrega de psicofármacos, mediante el desarrollo e implementación de un protocolo de entrega que incluya prescripciones, destinatario, modos de suministro precisos y reporte de efectos secundarios. Que sólo personal sanitario puede prescribir y distribuir medicamentos y reafirmar la prohibición de que personal de seguridad disponga y suministre medicación.

Es fundamental que se dé cumplimiento a los preceptos de la Ley N° 26.529 *“Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”*. Ello pues se ha observado, entre otras cuestiones, el incumplimiento de las disposiciones referidas a la obligatoriedad y modalidad de registrar en la correspondiente historia clínica toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

En lo que respecta a la atención médica extramuros, se requiere que las personas detenidas asistan, en tiempo y forma, a los turnos programados en instituciones de atención de salud extramuros. Particularmente, la conveniencia de implementar sistemas de supervisión y/o auditoria independientes de los órganos de custodia, que evalúen periódicamente el funcionamiento de la prestación de asistencia de la salud en cárceles, institutos de Niños, Niñas y Adolescentes, neuropsiquiátricos y toda institución de encierro.

El Sistema dejó sugerido y solicitado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la oportuna intervención de personal del Cuerpo Médico Forense en las unidades de detención, en el ámbito de su incumbencia.



## *b) Pandemia COVID-19*

Ya el 20 de marzo de 2020 el Sistema alertó primariamente al Servicio Penitenciario Federal acerca de la necesidad de adoptar urgentes medidas de prevención de la Pandemia COVID-19. Poco después, el 3 de abril se emitió la Recomendación VIII <sup>[361]</sup>. Fue elaborada desde una perspectiva humanitaria y con el fin de preservar el derecho a la vida, la atención de salud y la dignidad humana en contextos de encierro. En el documento se tiene especialmente en cuenta lo señalado por la CIDH <sup>[362]</sup> y lo resuelto por las autoridades de la Cámara Federal de Casación Penal <sup>[363]</sup> en cuanto urge a los Estados garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente al CORONAVIRUS.

En la Recomendación se hace especial mención al mensaje de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos -Michelle Bachelet- <sup>[364]</sup>.

Resulta un deber esencial tomar medidas urgentes y necesarias para proteger la salud y la seguridad de las personas privadas de su libertad. Ello como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar el contagio en la sociedad en su conjunto -del que las personas privadas de libertad forman parte- y para evitar que la pandemia agrave las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad.

En esa dirección, los miembros del Sistema acordaron recomendar que se apliquen en los establecimientos carcelarios los protocolos que se dicten por el Ministerio de Salud de la Nación, debidamente actualizados. Frente a un caso sospechoso de COVID-19, se debe activar el plan local de gestión de brotes en prisiones.

Se recomienda que, dentro de cada establecimiento carcelario y otro lugar de detención, de acuerdo con las

indicaciones del personal de atención de salud de servicio y las directrices nacionales/ internacionales pertinentes, se identifique un espacio donde los casos sospechosos o confirmados que no requieren hospitalización puedan alojarse en aislamiento médico. La creación de unidades de vivienda también puede considerarse para aquellos casos que no requieren hospitalización.

A fin de que el SPF aplique los criterios establecidos para la detección de un posible caso sospechoso conforme se dispuso en el Protocolo de Detección, Diagnóstico Precoz, Aislamiento Preventivo y Aislamiento Sanitario Por CORONAVIRUS COVID-19, aprobado por la Disposición SPF N° 48/2020 el 20 de marzo de 2020 para las personas que ingresan a la Unidad; se arbitren las partidas económicas necesarias para brindar todas las medidas de salubridad al personal del Servicio Penitenciario Federal.

Se recomienda una capacitación adecuada sobre el correcto uso de barbijos y elementos de protección al personal penitenciario y que se disponga su obligatoriedad dentro de las unidades, tengan o no contacto asiduo con las personas detenidas. Asimismo, se dispongan de los medios necesarios en pos de asegurar la correcta limpieza de sus uniformes, conforme a las especificaciones epidemiológicas que existen en la actualidad.

Específicamente en lo relativo a la higiene, se reiteró [\[365\]](#) la necesidad de garantizar la compra de los insumos necesarios para que cada persona privada de su libertad tenga la posibilidad de llevar adelante las tareas de higiene personal y de cuidado establecidos en los protocolos antes mencionados, así como de limpieza adecuada los sectores en los que se encuentren alojados.

En síntesis, la autoridad penitenciaria debe garantizar la adquisición y entrega de los elementos de higiene personal y de limpieza a las personas privadas de libertad y trabajadores penitenciarios, y asegurar el correcto

suministro de agua potable en los pabellones y celdas individuales.

Se debe garantizar el acceso a una buena alimentación y extremar los esfuerzos en brindar alimentos en buenas condiciones bromatológicas a fin de que las personas privadas de la libertad puedan contar con una dieta adecuada y que permita cubrir los nutrientes indispensables para garantizar un buen estado de salud. Este pedido no sólo gira en torno a la necesidad humana de tener acceso a una alimentación sustentable, sino que, además, en caso de no garantizar la misma provocaría la malnutrición de la población penitenciaria acarreando posibles problemas para afrontar esta o cualquier enfermedad.

Un punto fundamental fue el referido a la comunicación. Por ello, se propuso la elaboración de un Protocolo de Comunicación -clara, oportuna, precisa y pertinente-, de toda información y/o novedad surgida en relación al COVID-19 dirigida tanto a personas privadas de su libertad, familiares de las personas privadas de su libertad como al personal penitenciario. Se trata de disminuir la incertidumbre y consiguiente angustia entre las personas detenidas y sus familias.

El Sistema sugirió que se evalúe la posibilidad de autorizar por el término que dure la pandemia la utilización de todos los medios tecnológicos disponibles destinados a la comunicación de las personas privadas de su libertad con su familia y abogados, como una herramienta indispensable para compensar la supresión o limitación de visitas y de las salidas anticipadas que estuvieren gozando. Asimismo, se recomienda habilitar las llamadas entrantes a todos los teléfonos públicos que se encuentran en los pabellones.

Se requiere del diseño de nuevos dispositivos de contención psicológica con modalidad remota con el objetivo de generar instancias vinculantes en las que las formas de expresión del padecimiento sean por la palabra; con el objeto de reducir la conflictividad de la convivencia

en el encierro que se incrementa en pabellones superpoblados <sup>[366]</sup>. Si bien el foco se centra en el cuidado de la salud mental de la población privada de la libertad, por su carácter preventivo, necesariamente va a operar en los vínculos con sus familias y grupo de cercanía.

Pacificar el espacio carcelario, contribuye a pacificar la sociedad.

Frente a una emergencia sanitaria de las características de la provocada por el CORONAVIRUS, es necesario profundizar y acentuar que todos los derechos de las personas privadas de su libertad se vean garantizados de la mejor manera. En este punto es conveniente resaltar que la vida en la cárcel no puede asimilarse o compararse a situaciones imaginables en la vida libre particularmente en tiempos de pandemia.

Con el fin de pensar alternativas para la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad frente a la pandemia del COVID-19, el 23 de abril de 2020, los miembros del Sistema, se reunieron con las autoridades del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Entre las múltiples cuestiones que se plantearon, se hizo especial referencia a la necesidad establecer la presencia del Ministerio de Salud en la cárcel, por su conocimiento y experticia.

En la línea de máxima tutela de los derechos de las personas privadas de su libertad y de la sociedad toda, señalamos que -en el caso de los jueces- el control judicial constituye un imperativo no sólo jurídico sino ético y que frente a la crisis el rol del Poder Judicial lejos de retraerse, debe ser desarrollarse. Ello implica mayor control judicial de la efectiva vigencia de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad como lo ordena la CN; verificar la efectiva vigencia de la garantía del art. 18 que establece que *“las cárceles serán sanas y limpias”*.

*c) Conflicto en Devoto*

Ese compromiso judicial con los valores de la Constitución cobró un particular sentido expresivo cuando fuimos convocados, al borde de una tragedia nacional de proporciones, a concurrir en pleno conflicto a la histórica cárcel de Devoto.

La falta de información, la incertidumbre y la angustia se habían masificado produciendo un efecto explosivo muy peligroso de difícil solución y probable imitación.

Sin embargo, mediante la comunicación recíproca y respetuosa, en una Mesa de Diálogo en la que pudieron expresarse y ser oídos acerca de sus preocupaciones por saber cómo estaban sus familias y cuál era su situación frente a la pandemia, -así como sobre las condiciones de detención, suspensión de las visitas, el trabajo, la educación y la recreación- nos permitió conocer la situación y aportar a la pacificación que se obtuvo.

La reunión con los numerosos referentes y otras personas privadas de su libertad se hizo en la Capilla de la Unidad, mientras aún seguían ardiendo los fuegos y la batucada ensordecedora. De pie, para ser visto y oído por todos nos permitimos citar el evangelio: “Estuve preso y me viniste a visitar...”. Y se produjo el silencio y la escucha atenta: “Démosle una oportunidad a la Paz”, fue nuestra simple propuesta. Y nos fuimos con la cárcel en Paz; como quiere nuestra Constitución Nacional, única ideología y compromiso permanente.

Sería injusto no mencionar aquí el coraje cívico demostrado por juezas y jueces, como Vilma Bisceglia y Daniel Morín, defensores públicos oficiales Gustavo Iglesias y Guillermo Todarello, la Comisionada de la CNPT Rocío Alcondada Alfonsín, el Procurador Penitenciario Adjunto Ariel Cejas Meliare, entidades de derechos humanos, la abogada Claudia Cesaroni, representantes de familiares de detenidos como Andrea Casamento y el personal penitenciario, pues todos ellos aportaron para evitar una tragedia en ciernes y pacificar la unidad. En el mismo

sentido, los funcionarios del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación.

En línea con el objetivo de pacificar el espacio carcelario, el Representante Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Coordinador Residente de Naciones Unidas Argentina, el Representante Regional Adjunto y la asesora en Derechos Humanos Naciones Unidas en Argentina; nos convocaron a una reunión <sup>[367]</sup> en la que se dialogó principalmente sobre la importancia del trabajo que realiza el Sistema en el país y sobre la posibilidad de identificar líneas de posible trabajo conjunto en el contexto de Pandemia.

Los representantes de Naciones Unidas destacaron el trabajo del Sistema como organismo de control y particularmente la circunstancia de que ese trabajo esté destinado a relevar las condiciones de detención.

#### **IV. Actividad en territorio**

Los monitoreos carcelarios efectuados conforme a los estándares internacionales, constituyen una herramienta de control de la vigencia sociológica de la Constitución Nacional dentro de la cárcel y de prevención de violencia institucional. También un mecanismo inmediato, directo y expedito de Acceso a Justicia.

En esa línea se enmarca la Recomendación III al puntualizar que:

“...se presenta conveniente y hasta necesaria la intervención sistemática del Poder Judicial de la Nación y de los Ministerios Públicos... que efectúen monitoreos periódicos que constituyan un medio de observación con carácter permanente y estable de las condiciones de

vida, régimen de detención y situaciones de violencia institucional en los establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal y provinciales en los cuales se alojen detenidos a disposición de la justicia federal, próximos a su asiento, contribuyendo de esa manera a la realización del más amplio y efectivo control judicial (CSJN: Fallos 327:388)...”[\[368\]](#) .

El control judicial que hemos venido procurando debe realizarse, entonces, desde dos planos. Por un lado, el relevamiento directo e inmediato de la realidad carcelaria con el objeto de producir significativas transformaciones positivas del contexto de encierro. Y por otro, desde el plano jurisdiccional, hemos procurado siempre producir una jurisprudencia prolífica, empática y en el mejor resguardo de la persona humana encerrada en una prisión, tal como lo exige el Derecho Penal Humanista. Jurisprudencia de carácter amplio que ha abarcado también los particulares derechos de la víctima [\[369\]](#) de delito.

Desde su conformación, el Sistema ha efectuado monitoreos en prácticamente todas las Unidades del Servicio Penitenciario Federal, así como en establecimientos penitenciarios provinciales y en otras dependencias en las que se cumple privación de libertad.

En cada uno de los Monitoreos efectuados por el Sistema se realiza un informe con observaciones, requerimientos generales, así como señalamientos concretos [\[370\]](#) .

Para ver hay que saber mirar. La inspección no debe ser avisada ni guiada y debe abarcar los sectores más cerrados y resguardados, así como detenerse en todas las circunstancias que hacen a la vida y a los derechos en la prisión. Principalmente estado de salud y atención médica, alimentación, higiene trato y condiciones adecuadas;

acceso de la visita, posibilidades de formación y en general a la dignidad humana.

También se procura darle la posibilidad a la persona privada de su libertad de entrevistarse con carácter confidencial, con la defensa pública para obtener asesoramiento o con la Fiscalía para efectuar una denuncia.

Particularmente para los sectores y población más vulnerables y frágiles. Como el caso de Niños, Niñas y Adolescentes y de las mujeres en prisión.

De esta manera, y a través de los Monitoreos el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles se ha comprometido con el aseguramiento de la vigencia de los derechos de todas las personas privadas de la libertad.

## **V. Pensar el futuro**

La existencia misma de un Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles constituye un factor altamente positivo hacia la transparencia de instituciones caracterizadas desde siempre por la opacidad, como lo son los establecimientos carcelarios.

La República Argentina ha establecido altos estándares constitucionales, convencionales y legales para sus prisiones. Es hora de que adquieran vigencia en la realidad, de que la Constitución Nacional entre a la cárcel con la persona.

Debemos pensar la cárcel del futuro y la crisis es una buena ocasión para producir transformaciones valiosas para toda la sociedad, protegiéndola del delito y reduciendo la reincidencia.

Se trata de la Humanización del Poder.



# Las funciones del juez de ejecución en el Código Procesal Penal Federal: análisis comparativo

Juan Manuel Iglesias<sup>\*</sup>

Nadia Sasowsky<sup>\*\*</sup>

## I. Introducción

A título preliminar corresponde indicar que, en el marco de su implementación progresiva, dispuesta por Ley N° 27.150<sup>[371]</sup>, rige en la actualidad el texto del Código Procesal Penal Federal ordenado por Ley N° 27.063<sup>[372]</sup>, con las incorporaciones dispuestas por Ley N° 27.272<sup>[373]</sup> y las modificaciones operadas por Ley N° 27.482<sup>[374]</sup>, que fue aprobado por Decreto del P.E.N. N° 118/2019<sup>[375]</sup>.

Integrando la ejecución de la pena la última instancia del proceso penal<sup>[376]</sup>, es relevante indicar que para esta operan, con plena vigencia, los principios del sistema acusatorio individualizados en el art. 2 del Código Procesal Penal Federal, a saber, igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

En el marco de la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal N° 27.146,<sup>[377]</sup> los

principios enunciados aparecen regulados como condiciones esenciales de la jurisdicción, determinándose que los jueces deben observar y garantizar, durante todo el proceso, su cumplimiento estricto. En su carácter de lineamientos de orden estructural para el modelo de proceso instaurado, se realizan de forma plena en audiencias que, salvo las excepciones expresamente establecidas, deben ser de carácter público [\[378\]](#).

Las audiencias posibilitan, como régimen de ejecución general, el pase de un sistema basado en el trámite, de carácter predominantemente escrito, a un sistema basado en el litigio, de carácter acabadamente oral [\[379\]](#), dando debido marco a las prescripciones del art. 4 de la Ley N° 27.146 que indica, expresamente, que toda actividad procesal que requiera una decisión jurisdiccional se debe realizar en audiencias. Este aspecto del sistema, en el que la oralidad se presenta como el medio de instrumentación por excelencia [\[380\]](#), junto al de la separación de funciones [\[381\]](#), marcan con trascendencia las notas que distinguen cada una de las etapas del proceso, signando con las particularidades propias de su actuación, la intervención del juez de ejecución.

El art. 52 del Código Procesal Penal Federal [\[382\]](#) establece que la jurisdicción será ejercida por jueces con funciones de revisión -introduciéndose, a partir de la sanción de la Ley N° 27.482, la competencia de los jueces con funciones de casación, reguladas en el art. 54-, jueces con funciones de juicio, Tribunales de Jurados, jueces con funciones de garantías y jueces con funciones de ejecución [\[383\]](#).

Es en relación a los últimos que desarrollaremos el contenido del presente art., en el que debemos referenciar, necesariamente, a la oficina judicial [\[384\]](#), órgano creado

para la asistencia de los jueces en orden a la separación de funciones jurisdiccionales y administrativas, como con precisión resulta de la Ley N° 27.146 -arts. 10 y 39-<sup>[385]</sup>, que indica que las tareas vinculadas a la gestión de recursos y al cumplimiento de trámites administrativos le corresponden a la oficina judicial, que debe garantizar, a todos los efectos del caso, estándares de calidad en la gestión y eficiencia para la Administración de Justicia

En la citada ley se fijan las funciones de la oficina judicial en relación a la gestión de audiencias -art. 41- y a la ejecución de la pena -art. 43-, determinándose en relación a esta última que como cometidos tiene a su cargo

“... a) Recibir copia de la sentencia condenatoria; b) Formar, administrar y gestionar la carpeta de ejecución penal; c) Comunicar a la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal los casos en que deberá practicar el control y supervisión; d) Comunicar a las partes el cómputo de la pena y los informes del Servicio Penitenciario y de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal de condenados no privados de la libertad; e) Solicitar los informes y gestionar el trámite previsto en el art. 332 -actual art. 380- del Código Procesal Penal Federal; f) Organizar las visitas a las unidades carcelarias de los jueces con funciones de ejecución; g) Controlar el pago de la pena de multa; h) Controlar y coordinar con dependencias públicas y privadas el cumplimiento de penas de inhabilitación; i) Comunicar cualquier incumplimiento del condenado”<sup>[386]</sup>.

En lo que respecta a la articulación de las funciones individualizadas en los arts. 41 y 43 de la Ley N° 27.146,

estas pueden ser cumplidas, según como se determine desde el punto de vista de una organización estratégica, por oficinas judiciales con actuación autónoma o por una que concentre en sí cada una de ellas [\[387\]](#) .

## **II. Consideraciones genéricas en torno a las funciones de ejecución del juez en el Código Procesal Penal Federal -Ley N° 27.063-**

En el marco de la vigencia del Código Procesal Penal Federal sancionado por Ley N° 27.063, según texto aprobado por Decreto del P.E.N. N° 118/2019, las funciones del juez de ejecución se encuentran enumeradas en el art. 57, incisos a) a g), regulándose su intervención en extenso en el libro cuarto -Ejecución- [\[388\]](#) .

La Ley N° 27.146, en el ámbito de la Justicia Federal Penal, le asigna a los Tribunales Federales de Juicio de Distrito -art. 21- y a los Tribunales Federales de Juicio en lo Penal Económico -art. 22-, en forma conjunta, funciones de juicio y ejecución [\[389\]](#) .

En orden a la carga de actividades que no sólo en gestión judicial, sino en disposición personal, pesa sobre quienes intervienen en la instancia de ejecución de la pena, en ocasión del *“I Encuentro de Jueces de Ejecución Penal del NEA”* [\[390\]](#) , organizado por la Escuela de Capacitación Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Seccional Resistencia, en la que participaron jueces y secretarios de las provincias de Chaco, Formosa, Corrientes, Misiones y Entre Ríos, y el delegado de la Procuración Penitenciaria Nacional, Región Noreste, se propuso instar, entre otros puntos, la creación de Juzgados de Ejecución Penal en el fuero federal del

interior del país<sup>[391]</sup>, o, en su defecto, un Juzgado de Ejecución Regional para el NEA, señalándose como cuestiones determinantes, además de las indicadas *ab initio*, la apertura de nuevas dependencias judiciales en el fuero federal de primera instancia de las provincias; la necesidad de un funcionamiento autónomo y diferenciado de la etapa procesal anterior; y la optimización de la respuesta judicial en cuanto a la atención de las necesidades de las personas privadas de la libertad, y el control de legalidad de ejecución de la pena<sup>[392]</sup>.

El art. 57 del Código Procesal Penal Federal prescribe que los jueces con funciones de ejecución tienen a su cargo:

“...a) Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el trato otorgado a los condenados y personas sometidas a medidas de seguridad. En los casos en que tuviere conocimiento de la violación de una garantía en relación a una persona sometida a prisión preventiva, pondrá de inmediato la situación a conocimiento del juez que ordenó la medida; b) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena; c) Resolver todos los planteos que se susciten durante la ejecución de las penas y medidas curativas o educativas, así como los referidos a la expulsión de condenados extranjeros en situación irregular en el país; d) Resolver las impugnaciones que se presenten contra las decisiones de la administración penitenciaria; e) Visitar periódicamente los establecimientos donde se encuentren personas privadas de su libertad, a su disposición; f) Dejar sin efecto una pena o modificar las

condiciones de su cumplimiento cuando entre en vigencia una ley penal más benigna; g) Realizar la unificación de condenas o penas que se adviertan durante la ejecución de la pena”.

Las funciones enumeradas encuentran su correlato en la redacción de diversas disposiciones contenidas en el texto de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 <sup>[393]</sup>, que a través del art. 3 establece, como principio rector para la actuación del juez de ejecución penal, el ejercicio permanente del control judicial de ejecución de la pena, determinando que este debe garantizar, desde su posición institucional, el cumplimiento de las normas de la Constitución Nacional, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos no afectados por el dictado de la condena o la determinación de la ley.

En el marco de las funciones que le son atribuidas, en la que adquiere fundamental relevancia la derivada del art. 57, apartado e) del Código Procesal Penal de la Nación para el ejercicio del control de la ejecución de la pena mediante verificaciones personales en el ámbito penitenciario <sup>[394]</sup>, el juez de ejecución define su actuación a través de una competencia que se puede caracterizar como activa <sup>[395]</sup>.

En el sentido indicado, Rubén Alderete Lobo, al analizar el proceso de judicialización de la pena, refiere como tendencia en el marco de nuestro sistema legal la asignación de una doble función al órgano judicial, una de orden estrictamente jurisdiccional para la decisión de cuestiones propias de la determinación cualitativa y la ejecución de la pena, y otra vinculada al ejercicio de facultades amplias de control general del sistema penitenciario y de sus órganos de actuación, tendiente a la

protección de las garantías individuales de las personas privadas de la libertad [\[396\]](#).

Como contracara del enunciado contenido en la última parte del art. 3 de la Ley N° 24.660, el Código Procesal Penal Federal inaugura el libro cuarto -Ejecución-, título I -Disposiciones Generales- con la regulación de los derechos del condenado quien, durante la ejecución de la pena, puede ejercer todos los derechos y facultades que le reconoce la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las leyes penales, y plantear ante los jueces que correspondan las quejas y peticiones que estime convenientes.

Disposición legal que, sin perjuicio de la estricta necesidad de su inserción, en orden a resultar de los arts. 18 y 75, inciso 22) de la Constitución Nacional -en el último caso a través de la cláusula de reenvío a los instrumentos que, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, enumera-, reafirma para la persona condenada su condición esencial de sujeto de derechos [\[397\]](#), susceptibles de ser restringidos sólo en la forma y en los casos expresamente determinados por la ley, y garantiza en el marco de la dispensa de una tutela judicial efectiva [\[398\]](#), su acceso a la jurisdicción.

### **III. Contraste con el Código Procesal Penal de la Nación -Ley N° 23.984-**

Observamos en el marco del proceso penal instaurado por la Ley N° 27.063, un nuevo paradigma de actuación, enmarcado en el sistema acusatorio, en el que rigen los principios enunciados en la introducción del presente art., determinando la atribución de funciones específicas al juez de ejecución, quien a los fines de la preservación de un

servicio de justicia eficiente interviene en la ejecución de la pena y cesa en la supervisión de las reglas de conducta impuestas en la suspensión del proceso a prueba, para cuyo conocimiento intervienen los jueces con funciones de garantía [\[399\]](#), y en la de las reglas de conducta derivadas de la ejecución de una pena condicional o medida de seguridad o curativa; la incorporación de un condenado a los regímenes de la libertad condicional y asistida; y la ejecución de toda otra forma de cumplimiento alternativo de la pena que ahora le corresponde, en el marco de las funciones que le son propias, a la oficina judicial.

Siguiendo, por cuestiones prácticas, el orden determinado por la Ley N° 27.063 para la regulación de la etapa de ejecución, referiremos las funciones que le competen al juez con funciones de ejecución [\[400\]](#), realizando un análisis comparativo con el texto de la Ley N° 23.984.

## *Intervención*

A los fines de la intervención del juez con funciones de ejecución, la Ley N° 27.063 -art. 375- regula la remisión de la sentencia condenatoria -cuyo cumplimiento habilita el ejercicio de su actuación-, y determina que sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes.

En el marco de lo indicado, el juez con funciones de juicio debe remitir a la oficina judicial copia de la sentencia condenatoria para que esta forme una carpeta de ejecución penal, y debe poner en conocimiento de quien resulte desinsaculado para actuar como juez con funciones de ejecución, la decisión recaída.

A partir de ello, corresponde indicar que, en lo que respecta a la Ley N° 23.984 -art. 493-, se advierte la intervención de la oficina judicial para el cumplimiento de actos que, en el marco del nuevo diseño procesal, integran



una actividad ajena a la jurisdicción, y se introduce la expresión sentencia firme, observándose disidencias, en el plano doctrinario, ante la situación que se genera en ocasión de la interposición del recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario.

En el orden indicado, Roberto R. Daray refiere que en virtud de la redacción del art. 285, último párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -este determina que, mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación no haga lugar al recurso de queja, no se suspende el curso del proceso-, es necesario distinguir entre sentencia firme y ejecutable. La primera es la sentencia que no es susceptible de ser impugnada, aunque sí revisada por vía del art. 366 del Código Procesal Penal Federal que, en los casos que individualiza, regula la revisión de la sentencia firme a favor del condenado. La segunda es la sentencia que, aun siendo susceptible de ser impugnada, se torna operativa, remitiéndose el autor citado en el marco del devenir jurisprudencial que desarrolla -en el que cita como antecedentes los fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal *in re*: “Molina, F.”<sup>[401]</sup> y “Agüero, I.”<sup>[402]</sup>-, al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Olariaga, M.”<sup>[403]</sup>, en el que esta distinguió entre la ejecutabilidad de la sentencia, vinculada a la no suspensión de sus efectos, y la inmutabilidad, propia de la cosa juzgada, vinculada a su irrevocabilidad, que adquirió cuando se desestimó el recurso de queja<sup>[404]</sup>.

En ocasión de analizar el diseño de la ejecución penal en el marco del Código Procesal Penal Federal, Gustavo I. Plat efectúa consideraciones respecto a la pugna de posiciones que generó el fallo individualizado en último término, e indica que la referencia del art. 377 a la posibilidad de ejecutar sólo las sentencias firmes, permite inferir que la intervención de los jueces con funciones de ejecución no puede iniciarse hasta que no se agota el trámite de la

última de las impugnaciones susceptibles de ser opuesta contra una sentencia condenatoria, sin perjuicio de la ejecutabilidad de las consecuencias de esta en la instancia procesal correspondiente [\[405\]](#).

## *Cómputo*

En relación a la práctica del cómputo de la pena, en la Ley N° 27.063 -art. 376- pasa a integrar las funciones del juez de ejecución, y se erige como un acto jurisdiccional en el que se deben fijar las fechas relevantes para el condenado en el marco del régimen de ejecución derivado de la Ley N° 24.660, considerándose los términos temporales para el cumplimiento de su pena y para el acceso a los regímenes de egreso de carácter transitorio y anticipado, regulados en los arts. 16 -salidas transitorias-, 23 -semilibertad-, 56 *quater* -régimen preparatorio para la liberación respecto a los condenados por los delitos enumerados, taxativamente, en el art. 56 *bis*-, 28 -libertad condicional- y 54 -libertad asistida-.

En el marco de las previsiones legales del caso, la actividad vinculada a la determinación del cómputo de la pena, que incluye su práctica y rectificación, en caso de comprobación de un error formal o material o de la aparición de nuevas circunstancias, se cumple de oficio -a contrario *sensu* de la regla general que determina el impulso de las partes para el desarrollo del proceso-, previéndose sí para su aprobación la realización de una audiencia en el que las partes pueden oponerse.

A los resultados de la audiencia realizada el cómputo de pena se aprueba -con intervención de la oficina judicial para las comunicaciones e inscripciones que correspondan-, o se impugna en el marco del sistema de revisión adoptado para las decisiones del juez con funciones de ejecución -art. 381-.

En el ámbito de la Ley N° 23.984 -art. 493- la práctica del cómputo de pena se cumple por secretaría, en la instancia del Tribunal de Juicio, para la determinación de la fecha de vencimiento o el monto de la pena impuesta, correspondiéndole a este intervenir, en caso de oposición de las partes, para resolver conforme al procedimiento previsto en el art. 491 para el trámite de las incidencias y su impugnación por ante la Instancia de Casación.

En respuesta a los principios del sistema acusatorio, particularmente el de inmediación, en el ámbito de la Ley N° 27.063 desaparece para el caso la intervención de la persona del actuario, integrándose la instancia de revisión con quienes al efecto sean desinsaculados para el cumplimiento de las funciones previstas en el art. 53, ello en función de la nueva distribución de competencias legislada. En el marco de la implementación de la Ley N° 27.063 en las provincias de Jujuy y Salta, las funciones de revisión las cumplen, en función de su jurisdicción territorial, los jueces integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

En lo que respecta a la revisión de oficio del cómputo de pena, aunque la Ley N° 23.984 no lo diga expresamente - como en el caso de la Ley N° 27.063-, esta se deriva del propio carácter del acto, y procede a los fines de su rectificación para la subsanación de errores de orden material o formal, y su actualización para la consideración de nuevas circunstancias entre las que se pueden contar la unificación de penas y condenas y, en otro orden, la reducción de términos para el avance del condenado a través del régimen penitenciario de progresividad en ocasión de la aplicación del estímulo educativo que prevé el art. 140 de la Ley N° 24.660.

## *Unificación*

En conexión con una de las situaciones ejemplificadas, y siguiendo el orden legislado por la Ley N° 27.063 -art. 377-,

si durante la ejecución de la pena las partes advirtieran que procede la unificación de penas o condenas, el juez con funciones de ejecución la debe resolver en audiencia, erigiéndose para éste en una nueva competencia. Sin perjuicio de ello, y en el marco de una debida interpretación del articulado, corresponde aclarar que esta se habilita, en función de la redacción del art. 58, párrafo inicial -primera parte- del Código Penal, para el caso de dictado de sentencias firmes con violación de las reglas del

concurso [\[406\]](#) -las que deben ser aplicadas por los jueces con funciones de juicio ante la configuración de una situación de pluralidad delictiva, cuando deban juzgar a quien se encuentre cumpliendo una pena por uno o más hechos distintos-. Esta situación de hecho es la que regula el art. 377 de la Ley N° 27.063, al determinar la intervención del juez con funciones de ejecución ante la “advertencia”, por parte de los intervinientes en el proceso,

de que procede la unificación de penas o condenas [\[407\]](#). A los fines indicados actuará, siguiendo los lineamientos del art. 58, párrafo inicial -segunda parte- del Código Penal, el juez con funciones de ejecución que intervenga en el proceso en el que se hubiere dictado la pena mayor.

Sentado ello, se impone considerar la situación regulada en el art. 377, párrafo segundo, de la Ley N° 27.063, que para el caso de que la unificación pudiera modificar sustancialmente la cantidad de la pena o su modalidad de cumplimiento, prevé la realización, a requerimiento de parte, de un nuevo juicio de cesura, lo que implicará el cumplimiento de las reglas procesales dispuestas para la determinación de la pena [\[408\]](#).

Finalmente, y para terminar de articular la actuación prevista para la unificación de penas o condenas en la instancia de ejecución, corresponde indicar que el art. en comentario prevé, con la finalidad de garantizar una actuación absolutamente imparcial por parte de la

jurisdicción, que el juez que unificó no puede intervenir en la ejecución, motivo por el cual se deberá desinsacular, a través de la oficina judicial, un nuevo interviniente para el cumplimiento de las funciones de ejecución.

## *Diferimiento*

En ambos ámbitos legislativos se regula, expresamente, la posibilidad de diferir la ejecución de la pena de prisión, de cumplimiento efectivo, para quienes hallándose en estado de libertad al momento del dictado de la sentencia condenatoria respondan a una de las situaciones de hecho descriptas, con la diferencia de que en el marco de la Ley N° 23.984 -art. 495- le compete al Tribunal de Juicio para los casos de embarazo en curso, hijo menor de seis meses a cargo, o grave enfermedad cuando la inmediata ejecución de la pena pusiere en peligro la vida de la persona según dictamen de peritos designados de oficio; y en el marco de la Ley N° 27.063 -art. 378-, le compete a quienes ejercen, por desinsaculación, la jurisdicción específica de ejecución, ampliándose a doce meses la edad del hijo menor de la persona condenada y sacándose -en orden a la regla general de actuación de las partes, no susceptible de ser suplida por el juez interviniente- la designación de oficio de los peritos que deben actuar para determinar el estado de gravedad de la persona condenada, a cumplirse a través de la intervención del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la doctrinada sentada *in re*: “Berges, J.”<sup>[409]</sup>, más los peritos de parte en caso de ser propuestos por los intervinientes<sup>[410]</sup>.

## *Trámite*

Es de la esencia del rol que debe cumplir el juez de ejecución en el marco de sus funciones, la resolución de los

planteos que se efectúen durante la etapa de ejecución de una pena de cumplimiento efectivo -como ser las vinculadas a la impugnación de las sanciones disciplinarias por parte de la persona condenada, al avance a través del régimen penitenciario de progresividad por la aplicación de institutos como el estímulo educativo, a la impugnación de las calificaciones impuestas en el marco de su evolución conceptual, a la incorporación a regímenes de egresos de carácter transitorio o anticipado y al trámite de expulsión en el marco del procedimiento previsto en la Ley N° 25.871 para las personas extranjeras-, una pena de ejecución condicional o una medida curativa o educativa, hallándose expresamente ello regulado en la Leyes N° 23.984 -arts. 491 y 493, punto 4.- y N° 27.063 -arts. 57, apartado c) y 380-, con determinación del trámite del caso.

En el marco de ello, las diferencias que se advierten guardan relación con:

a) La modalidad de resolución de las incidencias, que en el ámbito de la Ley N° 27.063 se cumplen en audiencia, con intervención de las partes, y con presentación de la prueba a cargo de estas.

b) La supresión de la regulación en extenso del trámite correspondiente al régimen de la libertad condicional, reservado en lo atinente a la actuación de la Administración Penitenciaria a la Ley N° 24.660.

c) La instancia de revisión de las decisiones jurisdiccionales, que en el ámbito de la Ley N° 23.984 le compete a la Instancia de Casación del Fuero Federal o Nacional.

Finalmente, y para optimizar el trámite procesal previsto para la resolución de las solicitudes de egresos transitorios o anticipados, el art. 380, segundo párrafo, del Código Procesal Penal Federal, regula como deber a cargo del Servicio Penitenciario la remisión de los informes legales del caso un mes antes de la fecha prevista en el cómputo de pena de la persona condenada -acortando con ello el término que resulta de los arts. 43 y 44 del Decreto N°

396/1999, reglamentario de la Ley N° 24.660, para la resolución de la libertad condicional <sup>[411]</sup>-, y dispone para los demás casos, en los que sea necesario contar con informes a producir por la instancia penitenciaria, su remisión en el plazo máximo de cinco días.

## *Internación*

En uno y otro ámbito legislativo se prevé como competencia del juez con funciones de ejecución el disponer la internación en un establecimiento adecuado, previo dictamen pericial, de la persona que durante la ejecución de su pena privativa de la libertad sufriera alguna enfermedad, cuando no fuere posible su atención en el establecimiento penitenciario en el que se hallase o ello importare un grave peligro para su salud, correspondiendo indicar que la relevancia de su regulación expresa en el texto de las Leyes N° 23.984 -art. 497- y 27.063 -art. 382- radica, en orden a las múltiples previsiones contenidas sobre el particular en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad <sup>[412]</sup>, en el hecho de que se indica que el tiempo de internación se computará, a los fines y efectos del caso, en los términos correspondientes a la ejecución de la pena <sup>[413]</sup>.

## *Multa*

En el marco del procedimiento para la ejecución de la pena de multa, impuesta de forma conjunta o alternativa, la Ley N° 23.984 -art. 501- se remite a la aplicación de las disposiciones del Código Penal, con el envío de los antecedentes del caso al Ministerio Público Fiscal para que proceda por vía de la ejecución de sentencia.

En la Ley N° 27.063 -art. 383-, se advierte como acto procesal de carácter previo, ante el incumplimiento del pago de la pena de multa dentro del plazo fijado por la sentencia condenatoria, la realización de una audiencia en la que la persona condenada debe indicar si pretende sustituirla por trabajo comunitario o pagar en un nuevo plazo que, a sus efectos, debe solicitar. Integra la competencia del juez con funciones de ejecución autorizar, considerando las circunstancias del caso, su pago en cuotas y proceder, si es necesario, al embargo y la venta de los bienes de la persona condenada, conforme a las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o la ejecución de las cauciones impuestas.

### *Inhabilitación*

En el marco de sus funciones, al juez de ejecución le corresponde, en el ámbito de la Ley N° 27.063 -art. 384-, la práctica del cómputo de los términos de derivados de la pena de inhabilitación impuesta, y la orden de las inscripciones, anotaciones y demás medidas que correspondan a través de la oficina judicial, rigiéndose en el trámite de los planteos que se susciten, en particular los vinculados al cumplimiento y la rehabilitación, por las disposiciones de los arts. 380 -Trámite- y 381 -Revisión-.

### *Ejecución civil*

La Ley N° 27.063 -art. 385- dispone que la ejecución de las condenas civiles, susceptibles de determinar la restitución, reparación e indemnización de daños, satisfacción de costas y pago de gastos, se regirá por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin previsiones de otro orden, como la contenida en el art. 516 de la Ley N° 23.984, que refiere que cuando éstas no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por orden



del Tribunal de Juicio que las dictó, se ejecutarán por el interesado o el Ministerio Público Fiscal ante los jueces civiles. Consecuencia de ello, refiere Roberto R. Daray, es que la jurisdicción penal debe llevar adelante su ejecución [\[414\]](#), erigiéndose en título habilitante para el inicio del proceso ejecutivo del art. 499 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación la sentencia que dicta la condena civil [\[415\]](#).

## *Costas*

La regulación de las costas procesales la efectúa la Ley N° 27.063 a partir del art. 386, determinándose las reglas para su imposición, la integración de su contenido, la liquidación y la ejecución, a las que no remitimos por exceder la extensión del presente art., limitándonos a referir que sin perjuicio de las funciones del juez de ejecución, a quien el art. 57, apartado b), le asigna el control del cumplimiento de las sentencias de condena, la nueva legislación procesal prevé, en consonancia con el art. 41, inciso t) de la Ley N° 27.146, la práctica de la liquidación de los gastos y tasas como una actividad que le compete a la oficina judicial -art. 391-.

## **IV. Conclusión**

En el Código Procesal Penal Federal, sancionado por Ley N° 27.063, las funciones del juez de ejecución se rigen, con las particularidades derivadas de la intervención legal que le compete, por los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización, que, en el marco del sistema acusatorio, definen un nuevo paradigma de actuación.

En contraste con el Código Procesal Penal de la Nación, sancionado por Ley N° 23.984, se observan, como aspectos de fundamental relevancia, los que se indican a continuación:

- La separación de funciones jurisdiccionales y administrativas con el fin de optimizar la prestación del servicio de justicia.

- La instrumentación de la oralidad como medio para el desarrollo de la actividad propia de la etapa de ejecución de la pena, en el que las incidencias se resuelven en audiencias con intervención de las partes.

- La actuación a instancia de parte, con excepción de la práctica y, en su caso, revisión del cómputo de pena, y el ejercicio del control judicial y administrativo de su ejecución.

- La incorporación de nuevas competencias para la realización de actos como la unificación de penas y condenas en caso de que su procedencia sea advertida por las partes.

- La determinación, en el marco del régimen de impugnaciones regulado, de un procedimiento específico para las decisiones judiciales adoptadas.

El proceso de ejecución penal desarrollado, en el marco de su implementación progresiva, regirá en toda la extensión territorial del país, convirtiéndose en un desafío a afrontar, no sólo para quienes ejercen la jurisdicción, sino para cada uno de los intervinientes.

A partir de ello, se cumplirán las disposiciones que existen respecto a la instauración del sistema acusatorio, en el que el proceso se humaniza por la vigencia de la inmediación, lo que en la etapa de ejecución de la pena adquiere fundamental relevancia por reafirmar en el centro a quien se erige como su sujeto esencial: la persona condenada.

*“Recuerdo ese olor a tiempo muerto. Llevo en mi cuerpo la sombra del encierro. Hay una soledad donde pierdo el*

*aliento. ¿Qué vuelve para empezar de nuevo?"*  
*Martín Bustamante* [\[416\]](#)

# La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 24.660

Pablo Jantus<sup>\*</sup>

Martín Petrazzini<sup>\*\*</sup>

Julián Yamada<sup>\*\*\*</sup>

## I.

**a)** Cuando se trata de abordar el análisis de un sistema jurídico en particular, como en el caso, en que nos proponemos analizar cómo se articula la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) con la ejecución de las penas privativas de libertad de la Ley N° 24.660 es útil, como método, examinar el sistema desde tres perspectivas: el orden normativo, las prácticas de poder -en el caso, las judiciales y penitenciarias- y la estructura que se ha previsto para el funcionamiento de ese sistema.

El análisis normativo nos permitirá examinar si se ha reglamentado suficientemente cómo deberá funcionar un sistema determinado, si sus operadores razonablemente pueden encontrar soluciones legales de acuerdo a lo que se ha previsto y si sus destinatarios pueden encontrar en esas normas certeza sobre cuáles son sus derechos y herramientas para hacerlos valer.

En la materia que tratamos en este trabajo, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso

“Maldonado”<sup>[417]</sup> ha señalado que el sistema jurídico de la justicia penal juvenil está conformado por la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a los que cabe añadir las reglas de Beijing, las directrices de Riad y las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño específicamente relacionadas (ver apartados 33 y 34 del citado fallo y párrafos 4, 5, 10 y 11 de “García Méndez”<sup>[418]</sup>), normas que son claramente operativas.

En la materia que nos atañe, resultan relevantes los arts. 3, 12, 37, 39 y 40 de la Convención, que reconocen el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el principio en función del cual la detención debe operar como último recurso y por el tiempo más breve que proceda, el propósito de que se fomente en los jóvenes su sentido de la dignidad y el valor de que se les fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, que se tenga en cuenta su edad y la importancia de promover la reintegración de los niños y que asuman una función constructiva en la sociedad. Paralelamente, también forman parte del complejo normativo a considerar las Observaciones Generales del Comité N° 10, 12, 13, 14 y 24 -esencialmente- relacionadas con el sistema de justicia penal juvenil, el derecho a ser oído y el concepto del interés superior del niño.

Aunque es una materia hartamente conocida, no está de más recordar que en el orden interno -y a pesar de los reiterados reclamos del Comité en sus informes sobre Argentina, desde 2002 hasta 2018- rige, desde el 28 de agosto de 1980, la Ley N° 22.278, anterior a la sanción de la Convención y que no reconoce la doctrina de la protección integral que introdujo la Convención en el ámbito de la niñez y adolescencia, sino la del Patronato, que no tomaba al joven como un sujeto de derechos sino

como un objeto a reformar. Dado que no guarda estricta relación con este trabajo, no haremos un estudio de esta Ley -que sólo tiene 13 arts.-, aunque es necesario recordar que dispone que, ante la imputación a un menor de la comisión de un delito, sólo se puede imponer pena si se dan tres condiciones: haber sido declarado penalmente responsable del delito (es decir, haber sido juzgado), haber sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año y haber cumplido los dieciocho años de edad. La Ley agrega que, cumplidos esos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa del juez, hicieren necesario aplicarle una sanción así se resolverá, pudiendo reducirse la pena en la forma prevista para la tentativa. Finalmente, conviene recordar que según el art. 6, las penas que se impongan a los menores se harán efectivas en institutos especializados, aunque si en esa situación alcanzan la mayoría de edad, deberán cumplir el resto de la condena en establecimientos para adultos.

Debemos recordar que la Ley N° 22.278 fue sancionada en 1980 y, por lo tanto, la referencia a la mayoría de edad es de 21 años, con lo que la mención del art. 6 tenía sentido, porque entre la edad requerida por la norma para imponer una sanción -18 años- y la mayoría de edad -21 años- se daba un lapso de tres años en los que perfectamente podía cumplirse una condena fuera de un establecimiento carcelario. Pero luego de la modificación de la mayoría de edad que estableció la Ley N° 26.579 esa posibilidad desapareció, puesto que actualmente la edad que la norma requiere para imponer pena coincide con la de plena capacidad civil. Lo expuesto es relevante porque, merced a la obsoleta norma interna y a las modificaciones legislativas que se han realizado sin tener la mínima consideración sobre los efectos que tenían sobre el derecho penal juvenil (por ejemplo, el año de tratamiento tutelar para determinar la imposición de pena era factible en un sistema que tenía los 21 años como mayoría de edad, pero

ahora, a los dieciocho, ya no es posible cumplir con esa norma, con los jóvenes que han cometido un delito después de los 17), lo cierto es que el mencionado art. 6 ha perdido su sentido.

Como puede verse, la única consecuencia jurídica posible en el derecho interno (más allá de los institutos de la suspensión de juicio a prueba, la conciliación y la reparación, ahora previstos en los arts. 59 inciso 6 y 76 bis y ss. del Código Penal) para delitos cometidos por menores de 18 años de edad es la pena de prisión, a despecho de las claras prescripciones de la Convención, que propugnan la solución por medios alternativos y medidas socio educativas que incluyen la internación, pero siempre con los parámetros de los arts. 3, 37 y 40 de la Convención, es decir, teniendo en cuenta el interés superior del niño y que la detención debe imponerse por el tiempo más breve que proceda puesto que su objetivo es la reintegración del joven en la sociedad. En este aspecto, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de su Libertad, de manera coincidente con los principios recién mencionados, brindan una acabada reglamentación sobre aquellos principios, estableciendo el modo como debe cumplirse esa privación de libertad, las características de los establecimientos, los objetivos de esas detenciones y el tratamiento que se les debe dispensar; es relevante, en este sentido, recordar que el art. 2 señala que:

“Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe

ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

Debemos recordar, además, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que las prescripciones de la Convención que hemos mencionado, son las que deben guiar a los jueces a la hora de decidir si corresponde imponer una sanción por delitos cometidos antes de los 18 años. En el caso “Maldonado” citado (considerando 22-; ver también “M., A. A.”<sup>[419]</sup>, del 17 de marzo de 2009) la Corte ha señalado:

“Que la 'necesidad de la pena' a que hace referencia el régimen de la Ley N° 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad' como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a 'la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1º)”. Y agrega en el párrafo siguiente: “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el



sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.

Como puede observarse, desde el punto de vista normativo, existe en el plano supranacional una variedad importante de normas que establecen cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas para delitos cometidos por los sujetos comprendidos en el ámbito de la Convención, estableciendo un sistema totalmente diferente al sistema de adultos [\[420\]](#). Sin embargo, en el orden interno no se ha realizado ninguna modificación al régimen que impuso la dictadura militar, que corresponde a una doctrina que se inició a fines del siglo XIX y que se consagró en nuestro país con la célebre Ley Agote (N° 10.903 del año 1919 y derogada recién en 2005 por la Ley N°26.061), que establece, como única consecuencia para el delito cometido por menores de 18 años, la pena de prisión, aplicándoles directamente el sistema de ejecución de adultos, en virtud de la inexistencia de normativa interna que prevea un tratamiento diferenciado.

**b)** El segundo aspecto que corresponde examinar es el de las prácticas de poder o prácticas judiciales, puesto que la experiencia indica que la aplicación al caso concreto de las normas diseñadas para un sistema determinado muchas veces provoca un funcionamiento del sistema que no fue el pensado por el legislador cuando estableció su dinámica. Aunque podríamos brindar numerosos ejemplos de cómo

las prácticas de poder constituyen un complemento de las normas previstas para el funcionamiento del sistema. En este sentido, nos parece oportuno recordar que Michel Foucault proponía para comprender el funcionamiento del poder:

“mostrar no sólo cómo el derecho es, en general...sino también cómo, hasta dónde, y bajo qué formas el derecho (y cuando digo derecho no pienso simplemente en la Ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación...Y por lo tanto, no mostrar al rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas, ni la soberanía en su edificio específico, sino los múltiples sometimientos, las múltiples sujeciones, las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social...”. [\[421\]](#)

En esta tarea, previene Foucault, hay que “asir siempre al poder en los límites menos jurídicos de su ejercicio”; además, es menester considerar que:

“El poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allí, no están nunca en las manos de algunos... se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes no sólo circulan los individuos, sino que además están siempre en situación de sufrir o ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consintiente del poder ni son siempre los elementos de conexión... no

está quieto en los individuos”. Finalmente, en esta indagación, hay que penetrar el poder “...en sus mecanismos infinitesimales, que tienen su propia historia, su propio trayecto, su propia técnica y táctica...”.

En el citado caso “Maldonado” la Corte, haciendo referencia al funcionamiento del sistema de menores, señaló:

“26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”.

“27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”.

“28) Que este paradigma de la justicia de menores, conocido en doctrina como “situación irregular”, fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes. Así, por ejemplo, Anthony Platt en su obra clásica, “Los Salvadores del Niño”, ha denunciado el sistema penal juvenil estadounidense, que bajo el ropaje de regirse por principios “Protectores”, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la Ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en “Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia”, Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982).”.

Como vimos en el el primer apartado, existe una dicotomía irresoluble entre las normas de derecho interno - que responden a la filosofía expuesta por el tribunal superior en “Maldonado”- y las garantías contenidas en los instrumentos internacionales aludidos. En el procedimiento penal juvenil, a lo largo de los años, las prácticas de poder han logrado conciliar, paulatinamente, estos principios con aquellas normas, puesto que los operadores del sistema de justicia y la doctrina han llevado a cabo una tarea que procuró poner en acto los principios de la convención. De tal forma, hoy en día se considera que todas las partes tienen acceso a los expedientes tutelares, que la internación se debe considerar como una detención y ponderar riesgos procesales, que los jóvenes imputados tienen derecho a ser oídos en todo momento del procedimiento, que la reducción del art. 4 de la Ley N° 22.278 debe interpretarse como el reconocimiento de la menor capacidad de culpabilidad que tienen los jóvenes por su menor desarrollo y que por lo tanto debe ser obligatoria

o, al menos, la regla; entre otras tantas modificaciones que se fueron dando a lo largo de los años, facilitadas por la inexistencia -en el orden nacional y federal- de normas que regulen el procedimiento tutelar, por un lado, y por la gran amplitud de la Ley N° 22.278, que permitió sostener su constitucionalidad si se la interpretaba necesariamente con los paradigmas de la Convención.

Ese proceso no se ha dado en el sistema de ejecución, puesto que sus operadores no tienen especialidad en materia penal juvenil y, además, como vimos, la imposición de penas por delitos cometidos antes de los 18 años no reconoce una norma específica, sino que se rige por el sistema de adultos y, además, esas sanciones se deciden cuando los jóvenes ya son mayores de edad. Con lo que, en la práctica, los principios a los que hicimos referencia - interés superior del niño, detención como último recurso y por el lapso más breve que proceda y la reintegración social como propósito esencial de la pena privativa de libertad- no son tomados en cuenta ni por el servicio penitenciario ni por los jueces de menores, ya que esas condenas son ejecutadas según los parámetros de la Ley N° 24.660 de la misma forma que los adultos.

c) Finalmente, en cuanto a la estructura del sistema penal juvenil, la omisión del Estado de sancionar una Ley que reglamente adecuadamente los principios de la Convención, también se advierte en la falta de estructura adecuada a los parámetros de este instrumento de derechos humanos, pues continúa operando el sistema que se diseñó bajo el imperio de la doctrina de la situación irregular. En este sentido en el citado caso “García Méndez”, hablando de la tensión que existe entre las disposiciones de la Ley N° 22.278 y la Convención, y la necesidad de una reforma, la Corte señaló, en clara referencia a la estructura, que:

“No es asunto de desaprobado solamente Ley es que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general -como la apelada- que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y -eventualmente- en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger” (considerando 6).

Aunque en muchas jurisdicciones, sobre la base de los diferentes procesos penales juveniles, se han diseñado estructuras más adecuadas que la nacional para intentar poner en acto los principios de la Convención, lo cierto es que ese déficit importante del orden nacional es absoluto cuando observamos el funcionamiento de la ejecución penal en materia penal juvenil. Existen algunos establecimientos carcelarios que sólo reciben jóvenes menores de 21 años, pero sometidos al régimen carcelario de adultos. Y, hablando de estructura y prácticas judiciales, hasta ha sido materia de discusión si corresponde enviar a los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal, a jóvenes que están alojados en institutos de menores, cuando cumplen los 18 años de edad.

En este contexto, cabe recordar, que los fines de las sanciones que se utilizan en la justicia juvenil no coinciden con aquellos que se aplican a las personas adultas, ni en la

teoría ni en la práctica, sino que, por el contrario, se parte de una hipótesis de la carencia de madurez emocional y desarrollo psicofísico insuficiente por sus cortas edades, y en consecuencia las respuestas penales deben ser diferenciadas por su naturaleza en calidad y cantidad, como determinadas en el tiempo, de la menor extensión posible y de características socio educativas. En efecto, más allá del imperativo convencional constitucional, es claro que no resulta razonado exigirle el mismo estándar a quien por su corta edad aún no ha podido prever acabadamente las consecuencias de su obrar lo mismo que a un ser adulto; por lo tanto, en este marco, resulta necesario el surgimiento de operadores especializados para la ejecución de medidas que deban tomarse excepcionalmente teniendo como norte el interés superior del niño, tanto en el plano jurisdiccional, como en el Ministerio Público y en la administración penitenciaria.

Ante este panorama, cobra suma importancia la defensa del principio de especialidad en la estructura de este sistema, entendido como el conjunto de políticas, normas y procedimientos relativos al funcionamiento de la justicia juvenil, teniendo en cuenta las condiciones de un sujeto especial en desarrollo, en consonancia con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado" ya mencionado y el art. 32 de la Ley N° 26.061. Al respecto, cabe señalar que este principio no sólo exige que las penas privativas de libertad se constituyan como último recurso, sino que el criterio de proporcionalidad se mantenga durante la ejecución, conforme lo exige la Convención en sus arts. 37 y 40.

Bajo los parámetros de esta matriz sistémica, no surgen dudas en cuanto a que el encierro debe cumplirse en instituciones especializadas que cumplan con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de libertad, según su Resolución 45/113, con personal interdisciplinario, y separación entre procesados y condenados. La aplicación del principio de especialidad

debe brindar instituciones que garanticen el respeto por los derechos humanos, que preparen a los jóvenes para su reinserción social, les respeten el derecho a la salud y educación, y diseñen planes individuales adecuados a las necesidades de cada individuo en crecimiento, con una reglamentación disciplinaria, distinguiéndose claramente la competencia judicial de la administrativa. De esta manera, podrá entonces erradicarse cualquier esbozo de práctica judicial y penitenciaria tendiente a alojar jóvenes con internos adultos.

De este modo, en tanto no se siga el principio de especialidad para el diseño del sistema penal juvenil ni se promuevan políticas públicas para favorecer el interés superior del niño, entendido en un sentido que exceda lo meramente dogmático y declarativo, tampoco habrá consenso necesario para la prosperidad de algún proyecto de reforma estructural, que realmente torne operativo los lineamientos de la Convención. El punto del debate no debe estar signado por el rango etario de la imputabilidad de la juventud, sino por su punibilidad, es decir, las consecuencias del hecho antijurídico, en miras de su resocialización. Sólo así podrá pasarse de una estructura tutelar a una de garantías con el reconocimiento de las consideraciones especiales de la juventud.

## **II. Ley N° 24.660 modificada por Ley N° 27.375**

El art. 1 de la Ley N°24.660 establece que:

“(l)a 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”.

Ello, en consonancia con lo dispuesto en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que determina que:

“(e)l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”, y en el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que “(l)as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (ambos de jerarquía constitucional según lo establecido en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional).

Por eso se ha sostenido que:

“(d)icha finalidad (...) se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente a superar los posibles déficits de socialización del condenado y que, cuando menos, no provoque un efecto contrario al deseado. Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo

demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito”<sup>[422]</sup>.

Luego, la Ley N° 27.375 (B.O. 27/07/2017) -que, cabe aclarar, no modificó sustancialmente ese art. (que en su redacción original disponía que “(l)a ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la Ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario (...)”- estableció especificaciones al tratamiento individual progresivo (arts. 5, 6, 7, 8, 11, 13, 13 *bis*, 14, 14 *bis*, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 23 *bis*, 27, 28, 29 *bis*, 31 *bis*, 54 *bis*); algunas distinciones para las medidas alternativas para situaciones especiales como la prisión domiciliaria, la prisión discontinua y la semidetención (arts. 32, 33, 34, 35 y 45); disposiciones que acuerdan cierta participación a las víctimas (art. 11 *bis*, 33, 45 y 54 -la del 28 ya se encontraba incorporada por Ley N° 26.813-), y otras tendientes a evitar traslados innecesarios (art. 71) y a especificar cuestiones vinculadas a las visitas, correspondencia y comunicaciones de los condenados en general (art. 160), y a las vistas extraordinarias y asistencia profesional de aquellos sentenciados por delitos contra la integridad sexual en particular (arts. 166 y 185).

Pero, en lo que es materia de este análisis, además de acotar el requisito temporal necesario para acceder a la libertad asistida (art. 54), y sin perjuicio del régimen preparatorio para la liberación (art. 56 *quáter*), estableció la prohibición de acceder a los institutos comprendidos en el período de prueba para todos aquellos condenados por delitos que el legislador consideró particularmente graves -entre estos, algunos de los cometidos contra las personas, la integridad sexual, la libertad, la propiedad, de

terrorismo, o previstos en la Ley de estupefacientes y psicotrópicos o en el Código Aduanero (art. 56 *quáter* y art. 14 del Código Penal)-; con el objeto de procurar el cumplimiento íntegro de tales sanciones bajo la modalidad de encierro.

La aplicación de esa restricción recibe críticas relacionadas con los principios fundamentales de resocialización como fin de la pena y de igualdad ante la Ley (art. 16 de la Constitución Nacional), en la medida en que se considere que la distinción de la que se trata, establecida *iuris et de iure*, establece categorías de condenados y cercena sus derechos con independencia de la evolución del tratamiento individual y de su evolución criminológica; lo que además puede ser contradictorio con el propio régimen que prevé la citada Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Ahora bien, pueden darse razones, sobre todo en los casos de penas temporales, vinculadas a si es aquel el único fin de la pena; a si el egreso anticipado al vencimiento de la sanción se encuentra comprendido en las reglas convencionales aludidas; a si la restricción es obstáculo para la realización de un tratamiento carcelario; y a si la distinción posee una base objetiva y razonable y se enmarca en cuestiones de política criminal inherentes a las potestades legislativas, entre otras.

Sin embargo, lo cierto es que, si se analiza la cuestión desde la perspectiva desarrollada en este trabajo, asociando esta restricción al sistema penal juvenil, no puede arribarse sino a la conclusión de que resulta irreconciliable con el principio fundamental aludido al inicio -el *interés superior del niño*, y el que de allí se deriva, atinente a la situación específica de los jóvenes relacionados con causas penales-; y es en esa medida y en consecuencia inconstitucional.

O al menos inaplicable, pues aun cuando los postulados de la Ley N° 24.660 posean muy buenas razones inherentes a la resocialización del condenado, y el Pacto y la

Convención resulten plenamente aplicables en la materia, según lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maldonado”, es evidente que la cuestión no fue abordada por el legislador al sancionar esta modificación: ninguna mención posee inherente a tan particular régimen.

Entonces, sin perjuicio de que los institutos del sistema puedan ser adecuados a la materia de la que se trata -una vez más, ante la insoslayable y lamentable ausencia de legislación específica-, en modo alguno puede admitirse que la restricción consulte el principio mencionado.

Debe recordarse que el precepto, según la citada Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño -sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)- es uno de los valores fundamentales de la Convención, y abarca tres dimensiones: es un derecho sustantivo, que debe ser puesto en práctica en todos los casos en los que deba adoptarse una decisión que lo afectará; es un principio jurídico interpretativo fundamental, en función del cual si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que lo satisfaga de manera más efectiva; y es una norma de procedimiento, con lo que siempre que se tenga que tomar una decisión que lo afecte, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación cierta y dinámica de las posibles repercusiones, sean positivas o negativas (párrafos 1, 6, 7 y 10).

Es muy claro además que posee rango superior (jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inciso 22 citado) a la mencionada Ley de ejecución penal; y por eso cualquier decisión inherente a las personas allí comprendidas, esto es, a quienes fueron encontrados penalmente responsables y condenados por la comisión de un delito cuando eran menores de edad, debe adaptarse a sus postulados, como pauta interpretativa fundamental.

En función de ello, una restricción como la señalada impide analizar la procedencia de los institutos del período

de prueba desde dicha perspectiva, con lo que no puede admitirse.

No debe olvidarse, respecto de la ausencia absoluta de legislación específica a la que ya se aludió, que se estableció en la citada Observación que:

“para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas de aplicación (...); entre esas medidas, cabe citar: a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el art. 3, párrafo 1” (párrafo 15).

El Comité subrayó que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.

También debe tenerse presente, a la hora de analizar la ejecución de este tipo de penas al margen de una prohibición como la comentada, que:

“(d)e conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios (...) Debe, pues, hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones, sin perder de vista la seguridad pública. Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones” (art. 17.1.b y su comentario de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Reglas de

Beijing-); que “(p)ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones” (art. 18.1, en el que se enumera una “pluralidad de medidas resolutorias” alternativas al encierro carcelario, que se basan en la comunidad y apelan a su participación); y que “(l)a autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”, lo que significa que “(c)uando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario” (art. 28.1 y su comentario).

Incluso en la Observación General N° 24 del citado Comité se ha referido que:

“(e)l sistema de justicia juvenil debe ofrecer amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia. Los Estados partes deben tener un servicio de libertad vigilada o un organismo similar con personal competente que garantice recurrir, en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles, a

medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria y la posibilidad de una puesta en libertad anticipada” (párrafo 19).

Así también, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (resolución 45/113 de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1990) refieren que:

“(t)odos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales” (párrafo 79).

En consecuencia, si cuando se trate de menores delincuentes, por imperio convencional -sumado a la clara falta de toda legislación nacional específica que regule la ejecución de una pena privativa de la libertad en estos casos- la represión o el castigo deben ser sustituidos la rehabilitación y justicia restitutiva (en este sentido, ver también Observación General N° 24 citada, párrafos 8 y 74), y el concepto *interés superior del niño* es complejo, flexible y adaptable, cada caso de ejecución de una sanción debe ser analizado y resuelto y en definitiva en forma particular, según las circunstancias y contexto específicos de cada niño, procurando su mejor beneficio y que la detención sea el último recurso y por el menor tiempo posible, en función de lo cual el egreso anticipado es una herramienta ineludible.

Por ello, como se mencionó, la restricción comentada vulnera abiertamente el mandato en cuestión, al establecer de antemano una prohibición contraria a todos los

principios recién mencionados; y como fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maldonado” referenciado, es necesario que:

“el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial (ya que) (d)icho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento” (considerando 23).

### **III. Críticas y desafíos de la aplicación de la Ley N° 24.660 al régimen penal juvenil**

La Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño sustituyó a la ya mencionada N° 10 del 2007 relativa a los derechos del niño en la justicia de menores. En lo sustancial:

“(r)efleja los cambios que se han producido desde 2007 como resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre el desarrollo en la infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces, como las relativas a la justicia restaurativa. Asimismo, se hace eco de temas que suscitan preocupación como las tendencias relativas a la edad mínima de responsabilidad



penal y el recurso persistente a la privación de libertad” (párrafo 1).

De una simple lectura integral de la Ley de ejecución penal vigente es claro que no sólo no ha sido pensada para ser aplicada a menores que hayan cometido un ilícito, sino que tampoco fue actualizada para aquellos, extremo que refleja la falta de interés de un proyecto político y legislativo para abordar la cuestión; sin embargo, ello no significa que sus postulados no puedan alcanzarlos.

En lo sustancial, la Ley N° 24.660 instaura un tratamiento penitenciario basado en las ciencias de la conducta, con el objetivo de posibilitar a la persona vivir al margen del delito y lograr su reinserción social. Sus aspectos formales de cumplimiento de las penas privativas de la libertad se encuentran diseñados a partir de un sistema progresivo con fases de duración calculadas de antemano y de progresión casi automática, divididas en cuatro grados, adecuados con los tipos de establecimientos de régimen cerrado, semiabierto y abierto.

En consecuencia, sin lugar a dudas, lejos de trazarse un tratamiento especial para cada joven ajustado en base a su situación concreta, teniendo en cuenta su contexto específico y necesidades personales a partir de un concepto complejo y flexible del interés superior del niño, el sistema normativo termina por exigir indistintamente a un sujeto especial en desarrollo un plan rígido con requisitos formales destinados a adultos.

Frente a esta inconsistencia a nivel constitucional, convencional y legal que genera efectos perniciosos en el desarrollo de un joven en contacto con el sistema penal, propondremos la revisión de ciertas pautas e institutos de la Ley N° de ejecución penal teniendo como norte los lineamientos establecidos en la citada Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño y en la Observación General N° 24 de dicho Comité.

En primer término, comenzaremos por analizar justamente con la sección “Jóvenes adultos” de la Ley N° 24.660, que solo consta de dos breves arts. Por un lado, el art. 197 establece que:

“(l)os jóvenes adultos de dieciocho años a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares.”; por otro, el art. 198 dispone que “(e)xcepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos.”

Corresponde aclarar que aunque en rigor, esas normas abarcan los individuos mayores de 18 años y menores de 21 y por lo tanto no fueron pensadas para regular la situación de los que hubieran sido condenados por delitos cometidos bajo la órbita de la Ley N° 22.278, igualmente estos últimos están incluidos por la edad que deben tener para recibir esa condena; en lo que respecta a la primera norma citada, es prístino que el tratamiento de los jóvenes deberá poner énfasis en el aprendizaje educativo, capacitación laboral y el mantenimiento de sus lazos familiares, por lo que consideramos que la cercanía de la institución especializada a la familia del joven resulta propicia y esencial para el sostenimiento y afianzamiento de sus

vínculos afectivos. No obstante, para un fructífero cumplimiento de dichos objetivos, reafirmamos que el único alojamiento posible debe ser en una institución especial completamente distinta que la de los adultos, pues la expresión normativa permite considerar una sección próxima de un establecimiento para adultos.

Máxime, cuando el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 24 es preciso en recomendar que:

“los niños que cumplan 18 años antes de complementar un programa de medidas extrajudiciales o bien una medida no privativa de la libertad o privativa de la libertad puedan finalizar el programa, la medida o la sentencia, y no sean enviados a centros para adultos.”

Y en relación al art. 198 de la Ley de ejecución penal, merece una crítica la excepcionalidad que dispone en torno a la posibilidad de que los jóvenes de veintiún años puedan permanecer en la institución especializada hasta cumplir los veinticinco años, pues desoye el carácter complejo y dinámico del desarrollo de cada individuo en particular en su contexto.

Las propuestas y los cuestionamientos mencionados no revisten una importancia menor, sino que, por el contrario, constituyen las bases para erradicar prácticas de poder en desmedro de los jóvenes. Sólo así podrán evitarse costumbres judiciales arbitrarias como las de ordenar el traslado de jóvenes alojados en Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado a Unidades del Servicio Penitenciario Federal para Adultos, en la misma decisión condenatoria por los delitos por los que oportunamente fueron declarado responsables, sin ninguna consideración acerca de su comportamiento intramuros o su justificación desde la perspectiva del interés superior del niño.

Afortunadamente, las críticas expuestas tienen correlato con el sector académico que plantea la necesidad de reformular el sistema de ejecución penal. En efecto, en el proyecto de Ley de ejecución penal elaborado por Rubén Alderete Lobo y Gustavo I. Plat, en su art. 137, inciso c) prevé que los jóvenes entre los dieciocho y veinticuatro años de edad deberán estar separados de los adultos, mientras que el art. 167 establece como regla general que el alojamiento de las personas privadas de su libertad será establecido con especial consideración en instituciones cercanas a la familia, comunidad, defensa técnica y órganos de control competentes. [\[423\]](#)

De este modo, tal como se sostuvo, las pocas normas específicas que prevén la situación de los jóvenes en la Ley N° 24.660, adolecen de los parámetros constitucionales e internacionales que rigen en torno al sistema penal juvenil. Además, como se indicó en párrafos anteriores, el cuerpo normativo de la Ley de ejecución penal exige indistintamente a los jóvenes planes rígidos con exigencias formales destinadas a adultos, soslayando el carácter plástico y dinámico del desarrollo de aquellos.

Es así que, ante este panorama, sumado al reparo ya mencionado en torno a la última reforma sustancial de la Ley de ejecución penal según la Ley N° 27.375, cobran suma importancia los lineamientos expuestos en las “Reglas de Beijing”, las citadas Observaciones Generales 10 y 24 del Comité del Niño, como así también las “Reglas de las Naciones Unidas para menores privados de su libertad”, para rever algunas exigencias de los institutos mencionados.

En este sentido, preliminarmente es importante destacar que, en las primeras reglas mencionadas, en el art. 18.1 se dispone que:

“(p)ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en

establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes”.

Entonces, como puede verse, la norma citada intenta enumerar algunas opciones prometedoras, basadas en la interacción con la sociedad y en el incentivo de la aplicación efectiva de resoluciones alternativas al encierro. Incluso, para despejar cualquier atisbo de duda, el art. 19.1 de este cuerpo normativo reafirma el carácter excepcional de la restricción de la libertad en tanto precisa que “(e)l confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.”

Asimismo, en cuanto a las “Reglas de Naciones Unidas para menores privados de su libertad”, cabe recordar su regla 79 al disponer que:

“(t)odos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer

procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales.”, y la regla 80 al ordenar que “(l)as autoridades competentes deberán crear o recurrir a servicios que ayuden a los menores a reintegrarse en la sociedad y contribuyan a atenuar los prejuicios que existen contra esos menores.”

De esta manera, en base a estos lineamientos generales, podrían ponerse en tela de juicio, los requisitos temporales estrictos que la Ley N° 24.660 prevé indistintamente a adultos y jóvenes para el acceso a determinados institutos como las salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida.

En lo que concierne a los requisitos de las salidas transitorias o a la incorporación al régimen de semilibertad, cabe recordar que el actual art. 17 de la Ley de ejecución penal exige indistintamente los siguientes tiempos mínimos:

a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba.

b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses del ingreso al período de prueba.

c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba.

En definitiva, es claro y cuestionable, como bien indica Rubén Alderete Lobo, que la última reforma de la Ley de ejecución penal, terminó por exigir expresamente a estos institutos plazos estrictamente delimitados y rígidos teniendo como base el período de prueba. <sup>[424]</sup> Y además, este diseño no resulta conteste conforme a la postura trazada, motivo por el cual podría aconsejarse uno nuevo en el cual el órgano específico a cargo del tratamiento del joven, con el apoyo de un equipo interdisciplinario especializado en problemática juvenil, se expida fundadamente acerca de su viabilidad, indistintamente

de cualquier tipo de exigencia temporal preestablecida, focalizando la situación de cada caso en concreto de acuerdo a sus condiciones particulares y familiares. En este marco, la promoción del rol de un juez de ejecución para jóvenes e institutos con personal profesional capacitado resulta imprescindible para el eficaz desarrollo y resocialización del involucrado.

En esta misma dirección, y en lo que concierne al instituto de libertad condicional, también cabría cuestionar la inteligencia armónica del art. 28 de Ley de ejecución penal y el 13 del Código Penal, en lo que respecta al requisito temporal estricto para su acceso.

En efecto, en consonancia con los postulados tratados, el art. 28 de las “Reglas de Beijing” exhorta:

“(l)a autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible (...) los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno de la comunidad.”

Además, la mencionada Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, al prohibir la condena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o de libertad condicional a cualquier niño que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el hecho, señala que:

“(e)l período de condena que se debe cumplir antes de estudiar la posibilidad de la libertad condicional debe ser sustancialmente más corto que el de los adultos y debe ser realista, y la posibilidad de la libertad condicional debe ser reconsiderada periódicamente.” (párrafo 81).

En el mismo sentido, el Comité del Niño en el informe final sobre Argentina del año 2018, en el párrafo 43 -entre otras cosas- destacó de que a pesar de que el Estado había acatado la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos que prohibió condenar a niños a prisión perpetua, con posterioridad se habían dictado algunas condenas con penas de reclusión de 20 a 27 años. Y, en consecuencia, en el párrafo siguiente recomendó que el Estado:

“a) Apruebe una Ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal;

“b) Remedie con urgencia las deficiencias de los centros de detención en todas las provincias, y garantice su conformidad con las normas internacionales y la implantación de un sistema de vigilancia independiente;

“c) Promueva la adopción de medidas no judiciales, como las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo comunitario, y, cuando sea posible, utilice medidas alternativas a la imposición de penas;

“d) En los casos en que la privación de libertad sea inevitable, vele por que los niños no sean reclusos junto con adultos, y también por que puedan mantener contacto con su familia y/o tutor;

“e) Acate plenamente la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y



se abstenga de condenar a niños a penas de prisión que puedan equivaler a la cadena perpetua;

“f) Garantice la prestación de asistencia jurídica gratuita, cualificada e independiente a los niños en conflicto con la Ley, desde el inicio del proceso y durante todas las actuaciones judiciales...”.

Por lo tanto, de lo expuesto, se desprende con nitidez que el estándar requerido para este instituto en particular, difiere cuando su destinatario es un joven y no un adulto. Sin embargo, ello en modo alguno permite inferir una rotunda facilidad a su acceso en forma inmotivada, sino la ruptura del cuestionado diseño estricto del régimen de progresividad para mayores y la necesidad de concebir un análisis realista cuando las circunstancias especiales que rodean a un joven, luego de un progreso satisfactorio en su tratamiento, permitan conceder el instituto solicitado. Es así que, ante la concesión de este instituto, la supervisión del comportamiento del individuo y la asistencia efectiva que se le brinde, serán primordiales para apoyar su inserto en la sociedad.

En esta línea, en relación al instituto de la libertad asistida, además de cuestionar el requisito temporal para su acceso, que con la última reforma se vio más restringida aún, consideramos que resulta imprescindible que ante su concesión exista un programa concreto con objetivos específicos y generales a cumplir, como bien sostiene Carlos Palma. [\[425\]](#)

En efecto, este instituto, que sucede en libertad bajo vigilancia, tiene por fin evaluar la inserción social, la educación y laboralización, del desarrollo formativo de un joven que tendrá como desafío personal su respuesta positiva para una beneficiosa resolución judicial futura. Entonces, es lógico sostener que la medida obligará al

joven a cumplir con las pautas que se le fijen, motivo por el cual el programa que efectúe el equipo interdisciplinario que asista al juez de ejecución resulta crucial a tal fin, como así también su seguimiento por los profesionales especializados en la materia.

Sin lugar a dudas, las reflexiones de los institutos y pautas señaladas reflejan un ápice de las diversas inconsistencias que podrían resaltarse, y lejos de conllevar un paradigma en el sistema penal juvenil, intentan contribuir a la elaboración de un proyecto integral que al menos sea compatible y coherente con los parámetros constitucionales, convencionales e internacionales que rigen en torno a la problemática juvenil.

## **IV. Conclusión**

Por todo lo hasta aquí expresado, entendemos que es claro que, en su diseño normativo, se carecen de normas de derecho interno que hayan receptado las particulares características que debería tener un régimen de ejecución de normas socio educativas dispuestas como consecuencia de delitos cometidos en el ámbito penal juvenil. En vez de eso, ante una norma obsoleta que rige la materia, la consecuencia es la imposición de penas de prisión que - aunque en general reducidas en su monto- se ejecutan según una Ley destinada a personas adultas y en la que la situación de los individuos de la franja etaria prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño no ha sido de ninguna manera tomada en cuenta. No existe una sola norma interna que recoja los parámetros de la Convención en la ejecución de esas penas.

Como explicamos, sí existe un catálogo diverso y específico en el tratado de derechos humanos aludido, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en diversos fallos y recomendaciones de los órganos de aplicación de esos tratados. Sin embargo, esos catálogos no

han sido tomados en cuenta en nuestro país ni por la autoridad penitenciaria ni por los operadores del sistema de ejecución. Prácticamente, la ejecución de condenas aplicadas por delitos cometidos antes de los dieciocho años se lleva a cabo por una Ley de adultos y con criterios de adultos.

Esas prácticas de poder pueden ser modificadas si esos operadores comienzan a pensar sus decisiones desde la óptica de la Convención sobre los Derechos del Niño y si las autoridades penitenciarias deciden diseñar una estructura para que sus abordajes también sean adecuados al marco convencional y constitucional descripto.

Hace falta, en suma, que se modifique el sistema normativo. Pero mientras ello no ocurra, igualmente se podría aplicar la Convención adecuando las prácticas judiciales al marco superior. Y, paralelamente, construyendo estructuras que permitan poner en acto los valores que rigen el derecho penal juvenil, por ejemplo, fomentando la especialización en el ámbito específico o creando equipos interdisciplinarios que pudieran comprender la complejidad de la problemática y la necesidad de guiar su actuación con el objetivo de propender una rápida reinserción social de los jóvenes bajo su competencia.

# **Suspensión del juicio a prueba. El control y cumplimiento de las reglas de conducta a la luz de la reciente jurisprudencia**

Magdalena Laíño Dondiz<sup>\*</sup>

## **I. Introducción**

Una vez decidido el otorgamiento del instituto de la suspensión del juicio a prueba, el órgano jurisdiccional (sea este un juzgado nacional en lo criminal y correccional o bien un tribunal oral en lo criminal y correccional) en base a lo establecido por el art. 76 *ter* del Código Penal de la Nación, no sólo establecerá el plazo de extensión, sino que además seleccionará las reglas a imponer durante el período, las que serán seleccionadas de acuerdo a las previsiones del art. 27 *bis*. Este plazo de prueba será fijado entre uno y tres años según la gravedad del delito.

Reza el primer párrafo del art. 76 *ter* que:

“El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del art. 27 *bis*.” Por su parte establece que cuarto párrafo que: “Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las

reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas”.

Por su parte, los dos últimos párrafos del art. 27 *bis* establecen que:

“Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.

Finalmente, el segundo párrafo del art. 515 del Código Procesal Penal de la Nación prescribe que:

“En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal de ejecución otorgará posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá, acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. En el primer caso, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará al imputado a disposición del órgano judicial competente.”

En esta empresa cabe también tener presente cuanto dispone el Decreto 807/04 <sup>[426]</sup> que reglamenta el art. 174 de la Ley N° 24.660. Dice el art. 1:

“El Juez Nacional de Ejecución Penal que intervenga en el control judicial de las medidas establecidas en el art. 27 bis del CODIGO PENAL DE LA NACION, tanto en lo referido a la suspensión del proceso a prueba, como a la condena de ejecución condicional, encomendará al PATRONATO DE LIBERADOS de la CAPITAL FEDERAL <sup>[427]</sup> o a sus respectivas Delegaciones, la supervisión individual de los probados o de los sometidos a medidas educativas de las establecidas en la referida norma. Art. 2º: El Juez Nacional de Ejecución Penal deberá registrar cada uno de los legajos en los que intervenga por decisión de los magistrados que hayan ordenado las medidas mencionadas en el art. precedente, en el que se agregarán los informes suministrados por el PATRONATO DE LIBERADOS y se dispondrá sobre la finalización del tiempo de control y el cumplimiento de las condiciones impuestas. Art. 3: “Finalizado el término de suspensión establecido, ejecutadas o no durante el mismo las medidas ordenadas al conceder el beneficio, el Juez Nacional de Ejecución Penal deberá pronunciarse de acuerdo con las constancias reunidas, sobre la extinción del término de control y el cumplimiento de las condiciones dispuestas (...)”

Uno de los problemas interpretativos que acarrearán las normas transcritas, se vincula con su falta de precisión, lo que dispara diversos interrogantes: ¿Cuál es la oportunidad

procesal hasta la cual el órgano jurisdiccional puede disponer tanto la prórroga como la revocación de instituto?; ¿El plazo opera de pleno derecho? ¿Se puede tener por cumplidas las pautas de conducta más allá de su incumplimiento una vez vencido el plazo? ¿Qué sucede con el control tardío atribuible o no al probado/a? ¿Qué consecuencias tiene la inactividad del Estado? Y de ello podría derivarse una nueva pregunta: una vez transcurrido dicho período ¿opera la extinción de la acción penal, independientemente de que la misma haya sido declarada por el magistrado encargado del control?

Si bien la cuestión no es novedosa y ha sido abordada en plurales oportunidades por la jurisprudencia de esta jurisdicción -Cámara Federal de Casación Penal, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de apelaciones en lo Criminal y Correccional- y, por cierto sector de la doctrina <sup>[428]</sup>, no obstante, las diversas decisiones adoptadas en los últimos dos años por los tribunales nacionales, me llevan a efectuar ciertas reflexiones acerca de los alcances interpretativos que, desde mi perspectiva, cabe otorgar a dicha situación.

## **II. Control del cumplimiento de las reglas de conducta. Actores intervinientes**

Existen coincidencia, con apoyo normativo en que son los jueces o juezas de ejecución penal los encargados de controlar el cumplimiento de las reglas de conducta impuesta al momento de otorgar la suspensión del juicio a prueba en los términos del art. 76 *bis* del Código Penal de la Nación y como tales son los responsables para decidir acerca de la vigencia del instituto, de manera que la intromisión de otro tribunal en esa cuestión importaría una extralimitación jurisdiccional. <sup>[429]</sup>

A nivel nacional, el actual Código Procesal Penal de la Nación es el que regula, de modo insuficiente -en mi criterio-, quién ejercerá tal supervisión. Por un lado, el segundo párrafo del art. 293 establece que:

“el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones y reglas de conducta a las que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba.”<sup>[430]</sup> Y por otra parte el art. 493, tercer párrafo reza expresamente que “El juez de ejecución tendrá competencia para: [...] 2º) Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba (art. 293).”

Finalmente, el art. 515 prescribe que:

“Una vez que el órgano judicial competente comunicó la resolución que somete al imputado a prueba al tribunal de ejecución, éste inmediatamente dispondrá el control de las instrucciones e imposiciones establecidas y comunicará a aquél cualquier inobservancia de las mismas. En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal de ejecución otorgará posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá, acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. En el primer caso, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará al imputado a disposición del órgano judicial competente.”



En la que a este tema refiere, además, es indudable el papel protagónico que deben asumir en la etapa de cumplimiento y control de las pautas impuestas, los restantes operadores del sistema, en especial los representantes del Ministerio Público Fiscal -la UFEP y más recientemente la UFIMAPP- así como la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal -ex Patronato de Liberados-, quienes tiene un rol sustancial a fin de poder [\[431\]](#) alcanzar las finalidades que inspiran al instituto. Resulta también de peso la labor de la Defensoría General de la Nación a través de la intervención de la la Unidad de Letrados para la Asistencias de Personas no Privadas de Libertad, así como de la Unidad de Actuación para supuestos de flagrancia.

La Unidad Fiscal de Ejecución Penal (UFEP) fue creada en septiembre de 2013 (Resolución PGN 1779/13), como consecuencia de la integración de las Fiscalías Nacionales de Ejecución Penal N° 1 y 2, se pretendió revertir los déficits advertidos en la intervención del MPF en la instancia de ejecución penal mediante una nueva estructura, ágil y moderna, dirigida a optimizar su desempeño y tornarlo congruente con su cometido. Posteriormente, en el año 2018, por Resolución PGN N° 74/18 se creó la Unidad Fiscal de Medidas Alternativas al Proceso Penal (UFIMAPP), a fin de deslindar las competencias internas de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal (UFEP), frente a la implementación de la Ley N° 27.272, que transformó el sistema de instrucción sumaria en los casos de flagrancia -generando un aumento notorio en la concesión de suspensiones de proceso a prueba en la primer etapa del proceso- y la Ley N° 27.372, de derechos y garantías a las personas víctimas de delitos, que le posibilita a éstas la participación en la concesión del beneficio. Interviene en el control y seguimiento de las suspensiones de proceso a prueba dictadas en el fuero

Nacional en lo Criminal y Correccional, en lo atinente a las condiciones, reglas de conducta y demás medidas impuestas en el marco de este tipo de procesos. [\[432\]](#)

La actual Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DCAEP) [\[433\]](#) creada en el ámbito del Poder Judicial de la Nación es un organismo estatal, auxiliar de la Justicia, cuyo antecedente inmediato fue el Patronato de Liberados de la Capital Federal Dr. Jorge H. Frías (1918). La ley define que el cuerpo, debe realizar sus funciones desde una perspectiva integral, generando acciones con el objetivo de alcanzar una reinserción social, familiar y laboral plena, de las personas en conflicto con la ley penal. En concreto se constituye en una instancia de supervisión que apunta a la prevención especial positiva, es un punto entre la cárcel y el medio libre, busca evitar que se ingrese al sistema carcelario. Para lograr esto último, necesariamente ha de pensarse al sujeto bajo supervisión no sólo como individuo, sino en relación a su familia y a su comunidad. [\[434\]](#)

En lo que concierne a las formas en que dicho control será ejercido, no es el código sustantivo quien define la cuestión sino que serán los distintos ordenamientos procesales los que deberán regularla [\[435\]](#). Ciertamente para que la supervisión sea eficaz se requiere la participación de un grupo interdisciplinario que haga las veces de “Oficina de Prueba” (tal como ocurren en varias provincias) que pueda controlar y asistir a los probados/as. Enseña Vitale que el control de la ejecución del procedimiento comprende diversas tareas, tales como:

- a) individualizar las reglas de conducta fijadas genéricamente por el tribunal que dispuso la suspensión;
- b) planificar la implementación de las reglas de conducta;
- c) facilitar el cumplimiento de las mismas;
- d) controlar su cumplimiento; y

e) brindar la asistencia necesaria requerida por las personas sometidas a prueba. [\[436\]](#)

Todo ello en consonancia con cuanto predicen las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. En particular en cuanto se establece en el Capítulo “*V. Aplicación de las medidas no privativas de la libertad*” [\[437\]](#).

### **III. Vencimiento del plazo de supervisión de las reglas de conducta impuestas al momento de otorgar el instituto. Inactividad estatal.**

#### **Interpretación. Plazo razonable**

Me encuentro entre aquellos que sostienen que la suspensión del juicio a prueba se trata de un derecho y no de un beneficio. Así, tratándose de un derecho del imputado, las condiciones reglamentarias deberán ceñirse a lo preceptuado por la Constitución federal, conforme la cual los derechos que gozan los ciudadanos se encuentran sometidos a reglamentación, a condición que la misma no altere su ejercicio y sea razonable (art. 28). Por ello, debemos formularnos el siguiente interrogante: ¿es razonable que el estado, con todos sus recursos -enormes y poderosos frente al imputado- pueda disponer discrecionalmente de estos derechos, tomándose todo el tiempo que desee para analizar si el probado ha incurrido en algún incumplimiento que amerite la revocación de la suspensión? [\[438\]](#)

Se infiere del art. 515 del Código Procesal Penal de la Nación que una vez establecido el plazo, si mediare inobservancia o incumplimiento de las condiciones,

imposiciones o instrucciones, podrá revocarse la suspensión, o declarar su subsistencia, en cuyo caso este término puede ser extendido por decisión judicial, siempre que el plazo total de suspensión no excediese del máximo autorizado por la ley [\[439\]](#). Dicha extensión no opera por el sólo hecho del incumplimiento o inobservancia, sino que se requiere una decisión judicial expresa. Ello debe interpretarse como una facultad judicial del Estado, que debe esforzarse en la búsqueda de alternativas de cumplimiento, sea modificando las reglas impuestas o convocando al probado, con la finalidad de favorecer el funcionamiento del instituto que se presenta como alternativa al trámite convencional del proceso penal y la posible condena.

No abordaré aquí la cuestión referida a si el incumplimiento de una de las reglas de conducta puede dar lugar a la revocación automática del instituto en la primera oportunidad en que esto suceda. No albergo dudas tampoco que el incumplimiento para ser considerado como tal deberá tener ciertas características, revestir cierta entidad, ser considerable, infundado e injustificado.

Me referiré exclusivamente a la interpretación que debe efectuarse de la letra del art. 76 *ter* del Código Penal. Desde ya adelanto que considero que a los fines de evaluar dicha norma, debe atenderse el principio *pro homine*, del cual resulta un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. [\[440\]](#) En definitiva, estimo que la solución debe

adoptarse atendiendo a una interpretación de las normas en juego que imponen privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (cfr. CSJN, *in re "Acosta"*-Fallos: 331:85- y G. 763. XLVI; RHE "*Germano, Karina s/causa N° 12.792*" rta. el 14/02/2012).

La posibilidad de adoptar una decisión jurisdiccional sobre el fondo del asunto una vez superado el plazo de supervisión de las reglas de conducta impuestas al momento de otorgar la suspensión del juicio a prueba (cfr. el art. 27 *bis*), ha sido objeto de tratamiento por parte de los integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en diversas decisiones. Las nóveles incorporaciones al tribunal han fijado posturas sobre la materia, en algunos casos en sintonía con criterios ya establecidos. Veamos.

El juez Pablo Lucero -integrante de la Sala I de la Cámara- ha sostenido en el precedente "***Lizarraga Gastón***"<sup>[441]</sup> que:

"El instituto de la suspensión del juicio a prueba se vincula al acuerdo voluntario que existe entre las partes del proceso, a requerimiento del probado, donde este último asume la carga de cumplir, entre otras cosas, con determinadas reglas de conducta.

"Es decir, más allá de la supervisión y control que debe efectuar el Estado sobre su observancia, el beneficiario, una vez notificado de la decisión que le concedió la suspensión del juicio a prueba y le fijó las pautas de conducta, debe cumplir con ellas y acreditarlo fehacientemente, para lo cual cuenta con un plazo previamente estipulado y pactado.

"Ese espacio temporal establecido en la resolución judicial al suspender el juicio a

prueba es el otorgado al encausado para realizar las tareas, pero no fija el vencimiento de la facultad del juez interviniente para controlar dicha circunstancia, ya que recién en ese momento es posible evaluar si observó o no sus obligaciones y si cometió o no nuevos delitos durante ese lapso -con la consecuente obtención de fichas dactiloscópicas a remitirse al Registro Nacional de Reincidencia-.”

Más recientemente, en el caso “**Chulvi**”<sup>[442]</sup> expresó que:

“No puede aceptarse lo argumentado por la defensa en cuanto a que la decisión recurrida fue adoptada fuera del plazo de supervisión, pues, tal como he sostenido en otras ocasiones “(...) no puede identificarse normativamente tal periodo de control con el límite temporal con que cuenta el juzgador para revocar el instituto concedido” (in re: cnº 166660/2017, “**Martínez**”, del 14/05/2020). A diferencia de lo que ocurre con el instituto de la extinción por prescripción de la acción penal, en el caso el paso del tiempo no impide que la causa pueda continuar su curso, tal como lo ha resuelto el Sr. juez de Ejecución Penal, ya que la norma expresamente prevé que en caso de incumplimiento -ya comprobado y no debatido en este caso- “(...) se llevará a cabo el juicio (...)” art. 76 ter, quinto párrafo, última parte, del Código Penal.”

En sentido similar, aunque partiendo de otros fundamentos, el juez Ignacio Rodríguez Varela -

perteneciente a la Sala IV del tribunal- sostuvo en la causa **“Arce”** [\[443\]](#) que:

“(…) Tampoco puede prosperar el agravio según el cual la resolución que revoca el instituto deba ser tomada, para ser válida, en el tiempo mismo de sometimiento a prueba del beneficiado. Se trata de una pretendida preclusión ausente en nuestra ley, puesto que el art. 76 ter del Código Penal se refiere al tiempo mismo de suspensión y no al plazo para dictar la decisión que debe juzgar lo que en su transcurso haya ocurrido. El argumento contradice la secuencia lógica de la norma, que obliga a los jueces a evaluar si “durante el tiempo fijado” el imputado cumple las reglas de conducta y no comete nuevos delitos, labor jurisdiccional esta que, por la simple naturaleza de las cosas, no podría extenderse a todo el período de prueba si, a su vez, ese tiempo no hubiera transcurrido. Si se vincula esta interpretación con el agravio analizado en el párrafo anterior, se arriba al absurdo de tolerar que, con su sola voluntad, el beneficiario pueda frustrar en cualquier tiempo la revocatoria con sólo esmerarse en esquivar la audiencia del art. 515 del C.P.P hasta el agotamiento del tiempo de prueba. Es decir que, aunque se verifiquen los incumplimientos de conducta, única condición prevista expresamente en el art. 76 ter del Código Penal y razón de ser del dispositivo, la Ley material de todas formas debería omitirse en aplicación de una instancia procesal eventual y de una causal preclusiva inexistente. Esto contradice antiguos y consolidados principios según los cuales, así como la primera fuente de exégesis de la ley es

su letra (C.S.J.N, Fallos: 304:1820; 314:1849 y muchos otros), “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 313:1149; 327:769 y 331:858). La vía pretendida por la defensa desnaturaliza por completo el instituto; dejaría de ser una alternativa al proceso penal basada en la oportunidad para el imputado de demostrar por un tiempo apego y respeto a la ley, para convertirse en una carrera contraria por sustraerse a la rendición de cuentas y mantenerse en el más absoluto incumplimiento hasta que el plazo se termine.”

Por su parte, el integrante de la Sala V, el juez Hernán López, en el fallo

**“Agüero”**<sup>[444]</sup> entendió que el probado “sabía del compromiso que había asumido y nunca cumplió lo ofrecido como solución alternativa al conflicto penal en el que se encontraba involucrado, por lo que la resolución impugnada será confirmada pues, de adoptar un pronunciamiento como el que pretende la defensa, haría que actitudes como las del causante tornen ilusorio y desigual el trámite de la suspensión de juicio a prueba para aquellos que sí evidencian una voluntad de cumplimiento, sometimiento y reparación que guían el instituto bajo análisis (ver precedentes N° 34051/18 **“Torres”**, rto. el 13/08/19 y N° 9133/14 **“Leiva”**, rto. 20/08/19).”

Allí además afirmó que:



“en estos casos la resolución debe ser confirmada pues el mero paso del tiempo no puede transformarse en un factor que autorice a tener por cumplidas las reglas de conductas, tal como pretende la defensa, ya que -como se dijo en los precedentes citados-, ello resulta en contra del principio de igualdad ante la ley y luce desaconsejable desde el punto de vista político criminal.”

Finalmente, reseñaré los principales pronunciamientos que dicté sobre esta cuestión. Como integrante de la Sala VI, sostuve en el caso “**Barros**”<sup>[445]</sup> que en base a cuanto reza el art. 76 ter del Código Penal:

“el tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito”. Si durante ese tiempo “el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida, y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal” y, en caso contrario, se realizará el juicio. Asimismo, se infiere del art. 515 del CPPN que una vez establecido el plazo de suspensión, si mediare inobservancia o incumplimiento de las condiciones, imposiciones o instrucciones, podrá revocarse la suspensión, o declarar su subsistencia, en cuyo caso este término puede ser extendido por decisión judicial, siempre que el plazo total de suspensión no excediese del máximo autorizado por la ley. Dicha extensión no opera por el sólo hecho del incumplimiento o inobservancia, sino que se requiere una decisión judicial expresa (cfr. voto del juez García en causa

CCC35522/2007/TO1/CNC1 “PLR”, reg. 768/2016 del 4/10/2016). Ello debe interpretarse como una facultad judicial del Estado, que debe esforzarse en la búsqueda de alternativas de cumplimiento, sea modificando las reglas impuestas o convocando al probado, con la finalidad de favorecer el funcionamiento del instituto que se presenta como alternativa al trámite convencional del proceso penal y la posible condena. En el caso, durante el plazo de suspensión el órgano de control llevó a cabo una escasa supervisión y la actividad tendiente a acreditar el cumplimiento en ese lapso fue posterior al vencimiento, tarea que tampoco fue asumida por el Ministerio Público Fiscal. No puede soslayarse que es el Estado, a través del titular de la acción penal, al que compete la prueba del acatamiento de las reglas impuestas pues es quien debe acreditar los presupuestos para la persecución penal. En la presente, luego de fenecido el plazo de suspensión del proceso a prueba -el 29 de diciembre de 2017-, no existe una decisión del juzgado que la hubiera extendido. La tardía decisión del juzgado a quo, deja en evidencia un defecto de control oportuno y eficaz de las condiciones impuestas al disponer la suspensión del proceso a prueba, que de ningún modo puede redundar en perjuicio de Barros. Si el Estado no pudo cumplir debidamente con su función -de controlar la observancia de las obligaciones bajo las cuales se dispuso el régimen -en legal tiempo y forma-, dicha circunstancia de ningún modo puede ser valorada en detrimento del imputado (cfr. CNCCC Sala I causa CCC30320/2009/TO1/CNC1 “Álvarez”, reg. 948/2016 del 24/11/16, causa N°

35522/2007/TO1/CNC1 “Ponce”, reg. 768/2016 del 4/10/2016; causa CCC2294/2013/TO2/CNC1 “Domínguez”, reg. 173/2018 del 8/3/2018, entre otras).

Afirmé asimismo que “el exceso de jurisdicción con el que fue dictada la decisión recurrida determina su invalidez por afectación del debido proceso legal (arts. 167 inc. 2, 168 CPPN, 18 y 75 inc. 22 CN, 8.1 CADH y 14.1 PIDCyP), pues como he dicho, el tribunal a quo ha tomado una decisión por fuera del término de vigencia de la suspensión del juicio a prueba (cfr. mutatis mutandi, voto del Dr. Divito en causa nro. 4328/11/1 “J.G., J.M” del 30/09/15, del registro de la Sala VII y de la Sala V, causa nro. 28676/11 “Lagos, Federico” rta. 9/09/16, ambas de esta Cámara (...))”.

Posteriormente, en el fallo **“Tortora”** [\[446\]](#) reafirmé dicho criterio con apoyo en la postura que sostiene que “... la revocación de la suspensión, por incumplimiento de las condiciones impuestas o por verificación de alguna de las prohibiciones legales, sólo puede ser decretada dentro del plazo por el cual fue acordada la suspensión... el plazo sólo puede ser ampliado o -en última instancia- el instituto revocado, mientras la condena [o la suspensión] esté en curso, es decir previamente a su finalización o término” (cfr. Bovino, Lopardo y Rovatti, ob. cit., pág. 384/385, el resaltado es propio).

Mas recientemente en el fallo **“Velez Garcia”** [\[447\]](#) expresé que “las particulares circunstancias (...) dejan en evidencia -una vez más- no sólo las enormes dificultades que presenta el sistema de control de los probados sino también la frustración de los fines que inspiraron el instituto. Ello sin desmerecer los esfuerzos que realizan los integrantes del fuero de ejecución para superar los problemas estructurales que pesan sobre aquél (...) no puede sostenerse que mediara en el caso un

incumplimiento malicioso por parte del probado, actitud que, eventualmente, podría dar lugar a alguna consideración especial. Por el contrario, surge con claridad (...) que, conforme se comprometió oportunamente, constituyó domicilio (...) y concurrió ante el organismo de control, a lo que se suma que también se hizo presente a la audiencia celebrada ante esta Alzada. Tal exteriorización de su voluntad de cumplimiento es la que me lleva a sostener que en situaciones como las que aquí se verifica son los operadores estatales aquellos que deben ejercer un control eficaz y repensar soluciones superadoras que eviten el fracaso del instituto, en lugar de insistir en el sostenimiento de prácticas que, en definitiva, no hacen más que incrementar las dilaciones.”

Asimismo, en el precedente **“Ocampo Zelaya”** [\[448\]](#) expresé que, entre otros aspectos, que “(...) la cuestión que hoy intenta reeditar el acusador público ante los Juzgados Criminales y Correccionales (si el mero paso del tiempo es suficiente para tener por cumplidas las pautas de conducta impuestas -el incumplimiento por parte de imputado es su único argumento para que no se extinga la acción-), más allá de mi opinión al respecto, ya fue analizada por su colega. Recuérdese que la doctora (...) a cargo de la Unidad Fiscal de Medidas Alternativas al Proceso Penal se expidió en favor de “tener por vencido el plazo de suspensión” (textual) y, además, no cuestionó la resolución del magistrado de ejecución que así lo decidió. Sorprende la posición de la aquí apelante que se aparta de la postura asumida por su par de ejecución, por no compartir aquel criterio, pues desatiende la unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal (cfr. Art. 9 inc. a, Ley N° 27.148, cfr. Sala de Turnos de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, la causa N° 3754/2009/TO1, registro N° 78/2015, resuelta el 6 de abril de 2015). Por lo expuesto, la impugnación se exhibe como un intento sumamente tardío -transcurrieron más de tres meses- de

reeditar una cuestión que se encontraba sellada y que no fuera oportunamente recurrida por el Ministerio Público Fiscal...”

Por último, se presenta otra cuestión que por su trascendencia y naturaleza merecía ser abordada y sistematizada de forma independiente. Es aquella vinculada con el alcance que debe darse a la garantía constitucional y convencional de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (arts. 18 y 75. inc. 22 CN, 7.5 CADH, 9.3 y 14.3.c PIDCyP) es una garantía -por cierto- que el Estado debe resguardar y asegurar. La cuestión ha sido abordada por la propia CSJN desde antiguo y en diversos precedentes (“*Mattei*” Fallos: 272:188; “*Pileckas*” Fallos: 297:486; “*Klosowsky*” Fallos: 298:312; “*Mozzatti*” Fallos: 300:1102; “*Casiraghi*” 306:1705; entre otros). De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a esta garantía, sostuvo que la consecuencia más importante de la violación al plazo razonable de juzgamiento es la de la pérdida de fuerza del principio de inocencia, y el consecuente aumento de las posibilidades de ser condenado aun siendo inocente (Informe 35/07; par. 125). Así también se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Kimel vs. Argentina*” (sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafos 96 y 97) así como en otras sentencias anteriores (cfr. caso “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”. sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77; caso “*Vargas Areco Vs. Paraguay*” sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 102, y caso “*Escué Zapata Vs. Colombia*”, sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 102).

Este extremo fue también tratado por los nuevos integrantes de la Cámara.

Manifesté al resolver en los autos “**Tortora**” -ya citados- que “En definitiva, tal como lo postula el impugnante, intervenir luego de vencido el término de suspensión fijado lesiona la garantía constitucional y convencional a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas

(18 y 75 inc. 22 CN, 8.1 CADH y 9.3, 14.1 y 14.3.c PIDCyP) y desatiende la inveterada doctrina de nuestro máximo tribunal fijada a partir del fallo “Mattei” en el que sostuvo “la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener el pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (...). Es que, si bien la suspensión del proceso a prueba implica la imposición de determinadas reglas de conducta, dicha imposición tiene su correlato en el control que el Estado hace del cumplimiento de las mismas. Este control, que es alternativo a la imposición de la pena de prisión, tiene un límite que viene establecido por la propia ley en su art 76 ter cuando establece que “El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años”. Ello encuentra sustento en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad cuya regla 11.1 establece que “La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley”.

Allí agregué que “en esta línea de razonamiento, interesa subrayar que “(a)sí como el proceso debe cesar cuando la acción penal ha prescrito o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su terminación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico -pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común- de reconocer validez y efectividad al derecho tratado...” (Pastor, Daniel, El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 612). Pretender reiniciar la persecución penal

de un sujeto que ha soportado la coacción estatal - aunque sea bajo la forma de control alternativo a la pena de prisión- durante los plazos establecidos normativamente, implicaría cargar sobre sus espaldas la incapacidad del Estado de llevar adelante su obligación de controlar el cumplimiento de las reglas de conducta establecidas por el tribunal oral. En consecuencia, la revocación de la suspensión del proceso a prueba configura un exceso de jurisdicción que como tal determina su invalidez por afectación del debido proceso legal (arts. 167 inc. 2, 168, 515 CPPN, 18 y 75 inc. 22 CN, 8.1 CADH y 9.3, 14.1 y 14.3.c PIDCyP), pues como he dicho, el tribunal a quo ha tomado una decisión por fuera del término de vigencia del instituto (...).”

A este respecto el juez Rodríguez Varela entendió en el caso **“Arce”** ya mencionado que “en este caso se verificó en el tiempo de prueba un considerable esfuerzo por conducir al imputado al cumplimiento de las pautas de conducta, y la revocación del beneficio fue resuelta a menos de un mes de transcurrido el plazo, previa vista a la defensa. Es evidente entonces que no se aplican los precedentes que han rechazado la revocación del beneficio una vez transcurrido el término de la suspensión, pero con fundamento en la garantía de la defensa en juicio y la demora excesiva en violación del derecho a obtener una respuesta jurisdiccional sin dilaciones (C.F.C.P., Sala II, causa FCB 94120007/2009, “Lobos, Diego Mauricio s/recurso de casación”, registro 567.15.2, rta 29/4/15 y Sala IV, causa 12374, “Zárate, Silvio Victorino”, reg. 1596/12, rta. el 10/9/12). (...).”

Por su parte, en el fallo **“Rojas”** [\[449\]](#) el magistrado sostuvo que “En cuanto a la alegada afectación de principios y garantías procesales, disiento con el argumento de la apelante. He dicho antes que la revocación del instituto una vez pasado el tiempo fijado al acordarlo no lesiona los principios de legalidad y seguridad jurídica,

obedece más bien a la lógica y naturaleza de las cosas. El término en cuestión es el lapso con el que cuenta el encausado para ajustarse a las obligaciones fijadas por el magistrado, no así para que este último realice la verificación de lo que debía ocurrir durante ese período. En el caso ha sido la propia conducta del imputado la que impidió arribar a la conclusión de las actuaciones mediante la resolución que ahora pretende la defensa, de modo que tampoco procede el argumento de la violación del plazo razonable (in re causa N° 158.281/16 “O. A., M.”, rta. 30/5/19).”

Y agregó “en definitiva, la suspensión del juicio a prueba no se trata de una carrera para conseguir que pase el tiempo y no cumplir con los compromisos asumidos, sino que fue legislado como una alternativa a la pena, incluso a la condenación condicional, en la que se otorga una oportunidad al encartado de dar evidencia de su voluntad de superación personal, apego a las normas y respeto a la autoridad de los magistrados, lo que en este caso, es evidente, no ha ocurrido (causa N° 162.494/16 ya citada).”

Respecto de la misma cuestión, el juez López en el caso “**Maldonado**” [\[450\]](#) afirmó que: “(...) el juez de ejecución ha intervenido luego de vencido el término fijado para la probation e inaudita parte, dado que no corrió vista a la Defensa Oficial de la petición de la prórroga efectuada por parte del Fiscal. Estas circunstancias lesionan las garantías constitucionales y convencionales a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. En tal aspecto, se señala que la extensión del control impugnado ha afectado la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable por cuanto las dilaciones en la duración del proceso arriba señaladas, en el caso, han lesionado el derecho de la probada a obtener un pronunciamiento que ponga fin al conflicto habiendo transcurrido el término por el cual había sido otorgado el instituto. La Corte Suprema interpretó los principios de progresividad y preclusión como



herramientas conducentes para evitar la dilación indebida de los juicios (ver en este sentido, el precedente “Mattei” Fallos: 272:188). En tal sentido, el Estado debe controlar en debido tiempo y forma el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas como un modo de resolución del conflicto, alternativo a la imposición de la pena de prisión, cuyo límite surge del art. 76 ter del Código Penal. De este modo, en el caso, se pretende reiniciar la persecución de una mujer que ha soportado la coerción estatal durante el plazo establecido -un año- pese a su expresa voluntad de dar cumplimiento a las tareas impuestas, por fuera del lapso fijado. Sin embargo, esta situación no puede ser aceptada pues la incapacidad del Estado de llevar adelante su obligación de controlar el cumplimiento de las reglas de conducta establecidas por el Tribunal Oral, no puede perjudicarla (ver en similar sentido, de la Sala VI de esta Cámara, la causa nro. CPN 157985/2016/EP/CA1, rta. 26/12/18 y sus citas).”

Y agregó “(...) la prórroga del plazo de supervisión apelado constituyó un exceso de jurisdicción de modo tal que se revocará lo decidido y se tendrán por cumplidas las pautas fijadas al momento de otorgar la suspensión del juicio a prueba, debiendo remitir la causa al juzgado para que proceda de acuerdo a lo dispuesto en el art. 76 ter, quinto párrafo del Código Penal y, en su caso, se disponga la extinción de la acción penal. (...)”.

#### **IV. Análisis de la coyuntura**

Sin desconocer los problemas estructurales que pesan sobre el fuero de ejecución y los denodados esfuerzos que realizan todos sus integrantes para lograr cumplir en tiempo y forma con la supervisión de los numerosos expedientes en los que se ha dispuesto la suspensión de juicio a prueba, no es menos cierto es que esta realidad no puede irradiar consecuencias negativas en sus

beneficiarios. El tardío control del Estado, mal pueden perjudicarlos.

Si el Estado no pudo cumplir debidamente con su función -de controlar la observancia de las obligaciones bajo las cuales se dispuso el régimen, en legal tiempo y forma-, dicha circunstancia de ningún modo puede ser valorada en detrimento del probado [\[451\]](#).

En el informe de gestión 2013-2016, la UFEP advirtió sobre las graves demoras en la supervisión de las suspensiones del juicio a prueba. [\[452\]](#) El estudio reveló que tanto en caso de prórroga como de revocación del instituto, serias demoras en los plazos de supervisión, los cuales en su mayoría se encontraban vencidos. Ello es consecuencia esencialmente a problemas estructurales, a un aumento exponencial de otorgamiento del instituto a partir de la sanción de la Ley N° 27.272 de Flagrancia y deja en evidencia la carencia de un diseño de gestión eficiente y dinámico en el control del cumplimiento de las pautas impuestas a los probados. Sostuvo la UFEP que, frente a esa constatación, la ausencia de una resolución en tiempo oportuno constituye una vulneración de la garantía del plazo razonable que alcanza a cualquier ciudadano vinculado con el sistema de enjuiciamiento penal. En ese orden se sostuvo la necesidad de que cualquier decisión jurisdiccional debe ser establecida dentro del plazo de control.

En sentido coincidente, grafica de modo contundente esta sobrecarga laboral, el relevamiento efectuado en el Informe de Gestión del período comprendido entre el 16 de marzo hasta el 8 de julio del corriente año, del total de 19.235 causas en trámite ante los 5 Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, 9376 se corresponde a legajos de suspensión del proceso a prueba, divididos del siguiente modo [\[453\]](#):

La cantidad de casos activos supervisados por la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, ya era crítica y de absoluta desproporción entre tarea a realizar y los recursos para hacer frente a ella, sin la irrupción de una pandemia y la crisis total que esta conlleva. [\[454\]](#) La titánica y loable tarea realizada por la DCAEP es asumida por poco más de 70 personas en la actualidad.

Revertir la coyuntura descrita requiere el trabajo arduo sobre ciertos ejes centrales, tales como:

- Replanteo y redimensión de las reglas de conducta seleccionadas por los tribunales de acuerdo a las características de los sujetos y los fines que inspiran el instituto con el objetivo de revertir la situación actual. La selección de las reglas del art. 27 *bis* reflejan incidencia determinante en el cumplimiento, tanto en lo cualitativo como cuantitativo como causal coadyuvante. La evaluación de la situación personal del probado es una herramienta sustancial para un efectivo cumplimiento.

- Fortalecimiento del fuero de ejecución penal.

- Fortalecimiento integral de la Dirección Nacional de Readaptación Social. Teniendo en miras que toda persona supervisada debe ser concebida, antes que nada, como sujeto de derecho -como establece el reglamento conforme la Acordada 30/2017 de la CSJN- y todas las intervenciones deben tender a propiciar su autonomía en el cumplimiento de las pautas establecidas.

- Proactividad de todos los actores involucrado a través de una eficiente y dinámica gestión de los casos. En especial de los representantes del Ministerio Público Fiscal a través de la UFIMAPP.

- Adopción de un modelo acusatorio pleno en el control de las medidas alternativas de solución de conflictos. Si se logra instalar debería haber respuestas muchísimo más rápidas y eficaces, la oralidad de los procesos de por sí debería proporcionar transparencia y celeridad. La

experiencia demuestra que ir al sistema acusatorio no es solo adoptar un texto normativo o un código procesal, sino que es algo más profundo que requiere un enfoque multidisciplinario y de cambios en la organización de los tribunales.

# Detenidos en movimiento. “Traslados arbitrarios”. “López vs. Argentina”

Pablo Antonio Matkovic\*

*“Suele decirse que nadie conoce realmente cómo es una Nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe ser juzgada por el modo en que trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los de más bajo rango”*  
(Nelson Mandela)

## I. Presentación

El objetivo de este breve art. es abordar el tema de los traslados de detenidos, y como la falta de control *ex ante* de la materialización de los mismos puede afectar los derechos del privado de libertad y transformarse en un castigo adicional.

Sobre esta problemática de los “detenidos en movimiento” la Procuración Penitenciaria de la Nación ha destacado que

“a pesar de los instrumentos Internacionales de protección de Derechos Humanos reconocen el derecho de las personas privadas de libertad a cumplir la pena en establecimientos cercanos a la residencia de su familia y al lugar de asiento

de su tribunal y de su defensor; en nuestro país no existe una regulación específica que contemple las formas de notificación de los traslados, las causales y vías de impugnación. Por ello, la mayoría de los traslados los resuelve el Servicio Penitenciario Federal (SPF) de forma discrecional, arbitraria e intempestiva y en muchos casos, sin notificación ni control judicial” (<https://ppn.gov.ar/99-noticias/1762-traslados-arbitrarios>).

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina en el caso **“López y otros Vs. Argentina”** en la sentencia del 25 de noviembre de 2019, por haberse dispuestos y autorizados traslados arbitrarios de detenidos.

Así analizaremos el caso **“López”** y repasaré algunos fallos que incluso anteriormente a la condena de la Corte IDH receptaban la necesidad de establecer un control judicial previo sobre los motivos que la autoridad penitenciaria utiliza para disponer los traslados de los detenidos, todo ello a fin de moldear el que llamaré el **“Procedimiento López”** de control de traslados de detenidos.

## **II. ¿Qué dice el fallo “López” y cuál es su historia?**

El presente caso versó sobre los traslados de cuatro personas privadas de libertad y condenadas por la justicia provincial de Neuquén, en la República Argentina, a prisiones federales alrededor del país a gran distancia de sus domicilios.

El 8 de abril de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición presentada por 13

personas involucradas en el caso en contra de la Argentina. Luego de 20 años, en 2018, la Comisión remitió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso López y otros en contra de la República Argentina.

Allí, la controversia giró sobre la alegada responsabilidad internacional del Estado por los traslados de Néstor Rolando López, Miguel Ángel González Mendoza, José Heriberto Muñoz Zabala y Hugo Alberto Blanco a centros de detención ubicados a distancias entre 800 y 2000 kilómetros de sus familias, de las autoridades judiciales a cargo de la ejecución de la pena y de sus defensores, quienes llevaron su caso a la comisión interamericana, y cuyo trabajo fue encabezado por el amigo de la escuela del Comahue, Gustavo Vitale.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos **dictó** el 25 de noviembre de 2019 una sentencia por la cual consideró que el Estado era responsable por la ejecución de traslados arbitrarios detenidos y la por violación a los siguientes derechos de las personas afectadas:

- 1) el derecho a una pena con fines de resocialización;
- 2) el derecho a la protección de la familia;
- 3) el derecho a un trato digno y a respetar la integridad psíquica y moral de las presuntas víctimas;
- 4) el derecho a la integridad personal;
- 5) el derecho a la prohibición de que la pena trascienda de la persona del delincuente;
- 6) el derecho a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con el mismo;
- 7) y finalmente, a su efectivo derecho de acceso a la justicia y a la protección judicial.

Asimismo, estableció reparaciones y costas, y ordenó en el plazo de 1 año el cumplimiento de su punto 9, por el cual el Estado Argentino tenía la obligación de **adoptar las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los**

**traslados de personas privadas de libertad condenados conforme los parámetros de la Corte IDH.**

### **III. De la circular 1981/84 de la Cámara del Crimen al Caso López de la Corte IDH**

La administración penitenciaria tiene asignada la conducción y el desarrollo de las actividades que conforman el régimen penitenciario incluyendo los traslados, así el actual art. 72 de la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660 <sup>[455]</sup> reafirma que la decisión sobre el traslado de internos y determinación de lugar de alojamiento es privativa de la autoridad penitenciaria. Ahora bien, lo que marca el *“Procedimiento López”* es simplemente un control antes de realizar cualquier traslado, que garantice la judicialización previa a la efectivización del mismo a fin de no afectar los derechos del detenido.

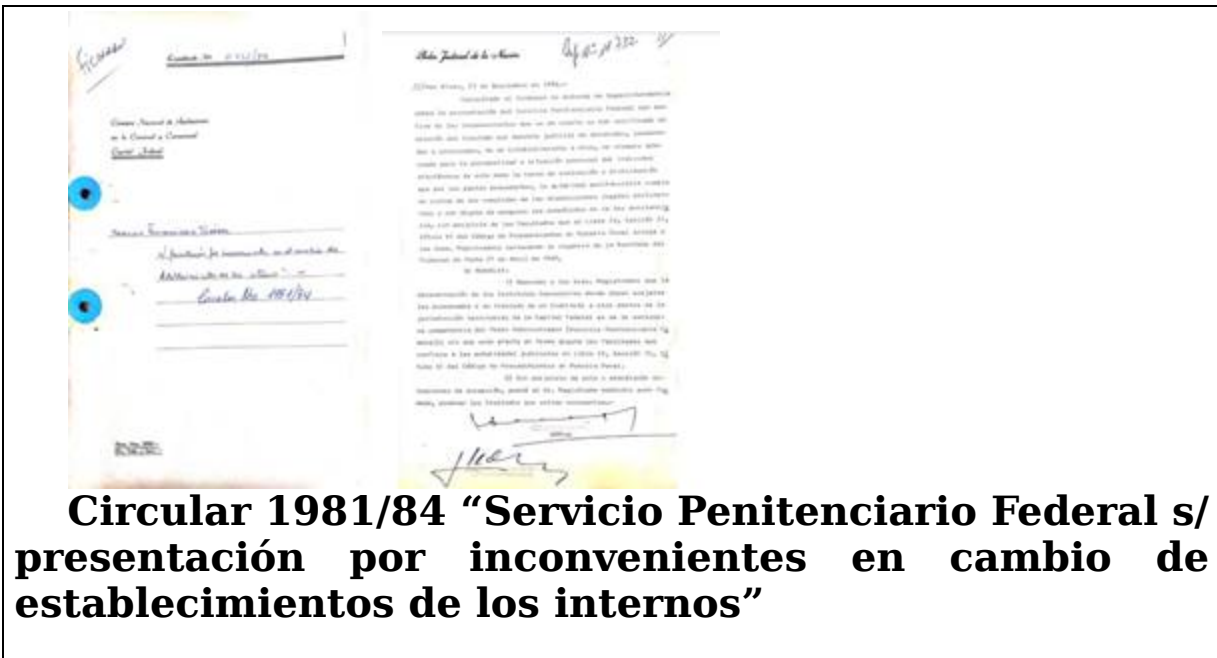
Los traslados objeto de estudio estuvieron fundados en el art. 72 de la Ley de Ejecución Penal, el cual concede un poder discrecional a la administración penitenciaria para disponer traslados de acuerdo con su criterio y conveniencia.

Ahora bien, quienes defienden el llamado “ámbito de reserva administrativa” para disponer discrecionalmente traslados por parte del servicio penitenciario aducen que ordenar un control en aquellos procedimientos administrativos puede dificultar su eficacia operativa.

En esta línea de ideas, quisiera traer como antecedente de esta posición un Acuerdo de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (23/11/1984) <sup>[456]</sup>, por el cual dispuso *“Recordar a los magistrados que la determinación de los institutos carcelarios donde deben alojarse los procesados*



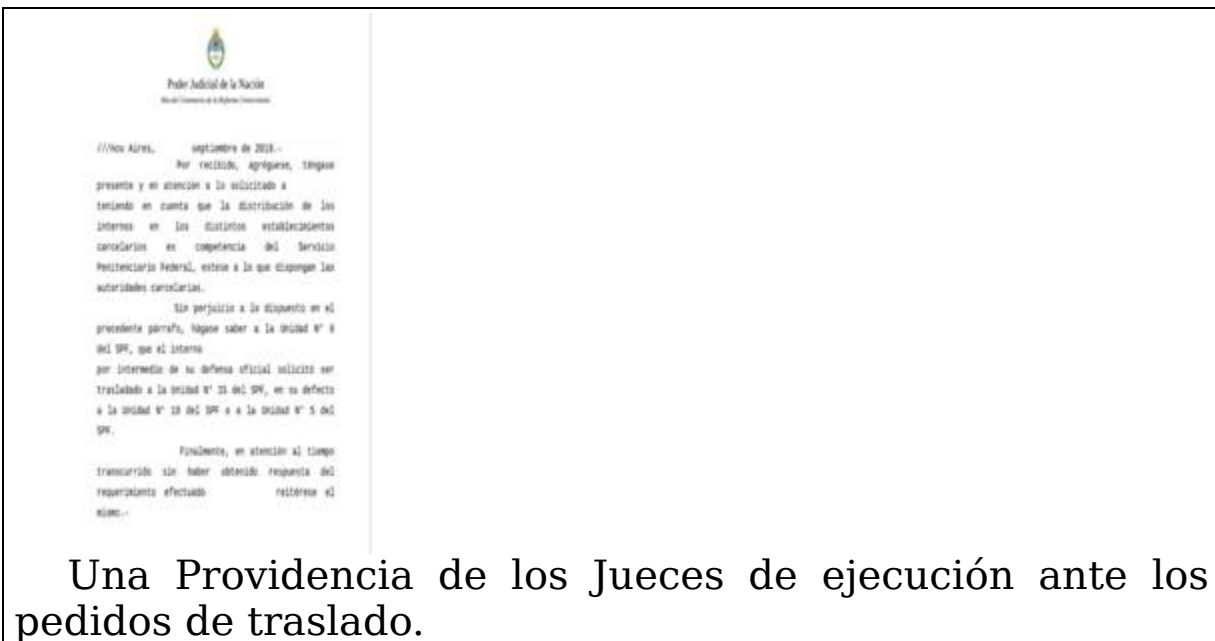
o su traslado de un instituto a otro, dentro de la jurisdicción territorial federal, es de exclusiva competencia del Poder Administrador (SPF)". Estos lineamientos fijados ya hace casi 40 años no han dejado de expresarse en la práctica judicial, dando vía libre a la falta de debido control efectivo de los traslados de detenidos a disposición del servicio penitenciario.



Así, es común ver que, ante un pedido de traslado de un detenido al juez a cargo del control de la ejecución de su pena, termina en el mejor de los casos en un oficio al servicio penitenciario diciéndole:

**"tenga a bien, considerar la petición de traslado de peticionante" o "téngase presente y en atención a lo solicitado, teniendo en cuenta que la distribución de los internos en los distintos establecimientos carcelarios es competencia del Servicio Penitenciario**

**Federal, estese a lo que dispongan las autoridades carcelarias...”,** por lo que dicha situación genera en muchos casos, ante la falta de respuesta judicial y del servicio penitenciario, situaciones de violencia al interior de los establecimientos penitenciarios para forzar un traslado.



Una Providencia de los Jueces de ejecución ante los pedidos de traslado.

Entendemos que el caso “Lopez” nos deja frente a una posibilidad cierta y concreta de generar una modificación respecto al estado actual de las cosas, y de enmendar el defectuoso funcionamiento de un sistema de traslados de detenidos que genera un profundo daño sobre las personas que lo sufren.

En este sentido, más allá de las reparaciones y de las obligaciones de “hacer” encomendadas por la CIDH al Estado Argentino, entendemos que la orden de **“adoptar las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los**

**traslados en el plazo de un año”,** constituyen un complemento de vital importancia para que el propósito del fallo sea alcanzado, el cual no es otro que inyectar una dosis de justicia dentro de un espacio donde ésta parece escasa.

El punto 14 de la resolución es claro y contundente en tanto dispone que el Estado rendirá al Tribunal un informe *“dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia”,* sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

Por lo tanto, Argentina deberá informar a la Corte IDH las medidas que implementó -o que prevé implementar- [\[457\]](#) para que los traslados de internos, de ahora en más, no se hagan bajo los lineamientos de la ***“circular de la cámara del crimen”*** y se repiensen las prácticas, implementando lo que llamaré ***“el procedimiento López”*** para los traslados de detenidos. De lo contrario, la sentencia será letra muerta.

#### **IV. Control judicial exhortando el “procedimiento López” y los antecedentes en la jurisprudencia nacional**

Las deficiencias marcadas por la Corte IDH en materia ***legislativa, como también de orden administrativo, y judicial para reglamentar los traslados y garantizar un control sobre los mismos,*** ya había sido advertido a nivel local **por** algunos operadores judiciales (los menos), señalando a su vez la importancia del control judicial sobre los traslados de los detenidos antes de su efectivización, a fin de no afectar los derechos consagrados internacionalmente.

Entre los antecedentes podemos encontrar que la Sala III de la **Cámara Federal de Casación Penal (Causa nro.**

**7424, “CASALOTTI, MARCELO DAVID”, rta. 15/1/2007, cit. por la P.P.N. en el expte. N. ° 5282)** estableció que *“toda resolución del Servicio Penitenciario Federal, que disponga el traslado de un interno a otra unidad carcelaria, es controlable judicialmente y debe resultar acorde con el principio de resocialización”*, y ello ha explicitado aún más los límites al Servicio Penitenciario Federal y las obligaciones judiciales en la materia.

A nivel provincial (recordemos que la Argentina tiene un sistema federal integrado por estados provinciales y el estado nacional) podemos destacar el fallo del **Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa**, en autos **“CHENA, ROBERTO MANUEL Y OTROS S/ HÁBEAS CORPUS COLECTIVO”**, Legajo N° 9221/2, del 17 de diciembre de 2013, en el cual se resolvió:

“[A]ntes del contralor judicial de la medida tomada por la administración, debe realizarse necesariamente un procedimiento -rápido, sencillo, desestructurado- que asegure el derecho de defensa de la persona sobre la que recae la medida tomada. Así, en esa interpretación armónica, la comunicación a que se refiere el art. 72 de la Ley N° 24660 -que es cumplido por el SPF como un anoticiamiento al juez competente luego que el interno ya ha sido trasladado- debe ser visualizada como una necesariamente previa al traslado, toda vez que, al verse comprendidos derechos de los internos - más allá de los afectados por la condena- que el juez debe garantizar (art. 3 de la Ley N° 24660)” (voto de los jueces Balaguer, Flores y Fantini). Agregando también: **“[D]ebe existir la autorización judicial previa para efectivizarse esa decisión administrativa de alojar al recién admitido en unidad carcelaria distante a su lugar de arraigo.** De

lo contrario, los derechos declamados de las personas privadas de su libertad quedan, como hasta ahora, sólo en el papel, sin que exista la posibilidad de concretarlos en la realidad, es decir, sin operatividad”.

En este sentido, la **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires** en los autos **“COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA Y COMITÉ CONTRA LA TORTURA S/ HÁBEAS CORPUS COLECTIVO”** el 26/2/2013, Expte. P.107.609, estableció respecto de los traslados de detenidos dispuestos por la autoridad penitenciaria que:

**“El control judicial ‘posterior’ es insuficiente para evitar los perjuicios que acarrearán pues, una vez efectivizado el cambio de establecimiento, la discontinuidad en la asistencia y/o tratamiento de los internos -que debe ser evitada prioritariamente- ya se ha consumado, aunque exista la posibilidad de revertir luego la decisión administrativa”**  
(voto del juez Hitters).

Asimismo, señaló que “La ejecución de la pena privativa de la libertad -y, en lo pertinente, la detención de los procesados está sometida al permanente control judicial (local y supranacional), con el objeto de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los tratados internacionales (arts. 3 y 4 de la Ley N° 24.660 y 10 de la Ley N° 12.256 y 25 incs. 3, 4 y 10 del C.P.P., según Ley N° 14.296). En este marco, la autorización judicial ‘previa’ al traslado de los internos entre distintos establecimientos penitenciarios constituye la forma adecuada de evitar las transgresiones legales, constitucionales y transnacionales acreditadas, y conjurar

el gravamen aludido más arriba, teniendo en cuenta que las mismas, en ciertas circunstancias, se pueden manifestar como un trato cruel e inhumano que debe ser controlado no sólo por el derecho interno, sino también por el sistema transnacional (art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica), de conformidad con lo expuesto por la Corte I.D.H...” (voto del juez Hitters).

Por último, he de mencionar un caso interesante resuelto por la Sala IV de la **Cámara Federal de Casación Penal** en autos en autos “**L., W.R. S/RECURSO DE CASACIÓN**” (causa Nro. 592/2013) en el que se discutió el reintegro del amparista a la Unidad N° 6 del SPF -Chubut- (cerca al hogar donde habita su familia), de la cual había sido trasladado por el Servicio Penitenciario Federal hacia la Unidad N° 7 de la ciudad de Resistencia, en la Provincia del Chaco. Como dato adicional, al momento de la resolución del *habeas corpus* el interno se encontraba detenido en una cárcel de Córdoba, lugar al que había llegado por un convenio entre esa provincia y el SPF.

Allí, los señores jueces Juan Carlos Gemignani, Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos, luego de recordar que “en los arts. 71, 72 y 73 de la Ley N° 24.660 se encuentra regulado el traslado de los internos. Allí se ordena que ese traslado de un establecimiento a otro “... **con las razones que lo fundamenten...**” deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente (conf. art. 72, el destacado no obra en el original)”, y que “...Esa manda ha sido incumplida en autos, pues convocado ante esta instancia el Servicio Penitenciario Federal, a los fines de que informe circunstanciadamente, en los términos del art. 11 de la Ley N° 23.098 los motivos de los traslados dispuestos respecto de L., así como las actuales condiciones en las que cumple su detención, el Director de la Dirección Judicial de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, Prefecto Roberto Gustavo Irusta junto con la apoderada del Servicio Penitenciario Federal, doctora Mariana González,

no logró dar motivos suficientes para justificar los distintos traslados dispuestos respecto de L., salvaguardando las garantías correspondientes. En este sentido, el representante del Servicio se limitó a hacer referencia al “perfil criminológico” del interno, omitiendo exponer acabadamente las razones que motivaron los sucesivos traslados de L., ni tampoco aportó constancias al respecto”.

En la misma línea, también ha dicho que “la discrecionalidad de la administración en este tipo de cuestiones [traslados], se ve claramente delimitada por el control judicial, el cual debe valorar si las razones esgrimidas por el órgano penitenciario se ajustan a los cánones legales...” (CFCP, Sala IV, causa N° 4214/2014, registro nro. 1608.14, “Cuenca, José María”, rta. 15/8/14).

En esta línea se suma el fallo “**QUIROGA TORRICO**”, de la Sala 1 de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** en el que dijo

“...Por lo demás, atento a lo que esbozó el magistrado de la instancia anterior en el auto de fs. 640 relativo a que las cuestiones de alojamiento de internos son de exclusivo resorte penitenciario, habré de señalar que tal potestad no es absoluta, sino que cuando se dispone el traslado del interno a una unidad carcelaria, debe valorarse si el nuevo alojamiento resulta acorde con el principio de resocialización.

Y estas cuestiones son las que el juez de ejecución debe controlar, pues si bien el traslado es resorte principal del SPF (arts. 71/73 de la Ley N° 24.660) posee su límite cuando pueda afectar los derechos y garantías de las personas privadas de libertad. Por esta razón, en el contexto de las falencias advertidas en el trámite del traslado, no resulta una respuesta jurisdiccional suficiente limitarse a enunciar que aquellas cuestiones pertenecen a la esfera de la

administración penitenciaria. De lo contrario, se estaría reconociendo que el SPF tiene competencia exclusiva sobre determinadas cuestiones en las que los jueces no pueden incidir cuando en rigor de verdad éstos son auxiliares de la justicia...”

Lo expresado en los fallos transcritos, que son de una enorme ayuda para moldear el ***“Procedimiento López”***, se suma lo expuesto por la **Corte Suprema de Justicia de La Nación** en el fallo ***“EDUARDO MARIANO HARO S/ HABEAS CORPUS CORRECTIVO”***, donde expresó que en el caso de traslados de personas detenidas se deben agotar todas las diligencias necesarias para hacer efectivo el control sobre los reclamos del detenido.

Ahora bien, además de los antecedentes reseñados que establecen la obligación del control en los traslados, es interesante lo que se resolvió en la tramitación de un *Habeas corpus* caratulado ***“VEGA, FLAVIA Y OTROS s/HABEAS CORPUS”***, del **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 41**, en el que se estableció un protocolo para el control antes del traslado. En el mencionado caso se estableció un “acuerdo”, denominado ***“Procedimiento de comunicación de traslados de internos condenados alojados en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal a los defensores público oficiales ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal”***.

La denuncia por la que inició la mencionada acción se centraba en el incumplimiento de la notificación a la asistencia técnica del traslado de los detenidos de un establecimiento a otro.

Durante el transcurso del proceso se conformó una mesa de diálogo donde se elaboró una metodología para hacer saber en forma y tiempo los traslados.

Esta metodología estableció que el SPF debía notificar antes de las 8 horas de los días martes y jueves los



traslados que se llevarán a cabo los días miércoles y viernes en horas de la noche, respectivamente. Los destinatarios de esta notificación serían los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal y la Defensoría Pública Oficial.

Lo que el SPF debe informar es **“el listado de los internos condenados que se ingresen al operativo de traslado y su Unidad de destino”**. La comunicación se debe efectuar mediante correo electrónico y las Defensorías deben acusar recibo de la misma antes de las 10 horas del día de recepción.

Por otro lado, según el procedimiento acordado, el SPF no ingresará al operativo de traslado a los internos condenados que se encuentren a menos de tres meses de cumplir el requisito temporal para acceder a algún instituto liberatorio.

Por otra parte, el acuerdo contemplaba que los traslados desde un establecimiento del interior del país hacia otro debían ser notificados a las Defensorías Oficiales una vez dictado el acto administrativo que los dispone.

Así, el procedimiento convalidado por este acuerdo estableció condiciones mínimas, a mi humilde entender, que son insuficientes en los términos de la manda de la Corte IDH en **López**, más sin duda es un avance en el control jurisdiccional de los traslados, ya que la autoridad penitenciaria no brinda los motivos del traslado, sino que remite simplemente quienes serán trasladado, y se realiza un control sobre cuestiones o impedimentos de índole general.

## **V. Marco normativo aplicable a los traslados de detenidos y sus implicancias**

Como analizándose viene refiriendo, la falta de un control anticipado de los fundamentos por los cuales la autoridad

penitenciaria dispone los traslados de detenidos, sobre todo a unidades del interior en un país tan extenso -con más de 34 establecimientos penitenciarios dependientes de la órbita federal-, tiene en ciertos casos entidad suficiente para vulnerar derechos fundamentales, de los que no han sido desprovistos los detenidos por la mera circunstancia de encontrarse legítimamente privados de su libertad.

Así, la normativa nacional e internacional establecen especial protección para que estos tipos de procedimientos no afecten, entre los derechos ya señalados en "Lopez", los que incluyen el acceso a la educación, el contacto familiar, en el marco del derecho más amplio a una pena con fines de resocialización.

En este sentido, señalaremos algunas normas que establecen esta especial protección de derechos de los privados de libertad.

La Constitución Argentina dice en el art.18 que:

**"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice."**

A esta norma fundacional, luego de la reforma del 1994, el art. 75 inc. 22 de la CN incorpora a nuestra normativa diversos tratados internacionales de derechos humanos. Respecto a la temática que nos ocupa, la Ley N° 23.338 aprobó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada el 4 de febrero de 1985 por el Gobierno de la República Argentina, en cuyo art. 16 puede leerse que todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1, cuando esos actos

sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

Por otra parte, el art. 5.1 de la CADH consagra en términos generales el derecho a la integridad personal, tanto física, psíquica como moral. Por su parte, el art. 5.2 establece, de manera más específica, la prohibición absoluta de someter a alguien a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Cualquier violación del art. 5.2 de la Convención Americana acarreará necesariamente la violación del art. 5.1 de la misma.

Si leyéramos las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, conocido como “Las Reglas Nelson Mandela”, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de septiembre de 2015, podríamos encontrarnos con la Regla 68 que establece que todo recluso tendrá derecho a informar inmediatamente a su familia, o a cualquier otra persona que haya designado como contacto, de su encarcelamiento, su traslado a otro establecimiento y cualquier enfermedad o lesión graves, y recibirá la capacidad y los medios para ejercer ese derecho.

La Regla 88 que dice que en el tratamiento de los reclusos se debe insistir en el hecho de que continúan formando parte de la sociedad. Para lograr ese fin se debe buscar 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. Cada establecimiento penitenciario debe contar con la ayuda de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia. La Regla 106, que reza que se debe cuidar especialmente que los reclusos mantengan y mejoren las relaciones con su familia en

beneficio de ambas partes., y la Regla 107, que dispone que desde el comienzo de la ejecución de la pena se debe tener en cuenta el porvenir del recluso después de su liberación. Se debe alentar y ayudar al recluso a mantener o crear relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer su reinserción social y el interés superior de su familia.

**Sin embargo, entendemos que la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 cede terreno en favor de la discrecionalidad del SPF al respecto por la propia ambigüedad de la redacción su art. 72.**

Recordemos que el Servicio Penitenciario Federal es una Fuerza de Seguridad, cuya misión es la custodia y guarda de los procesados y la ejecución de las sanciones penales privativas y restrictivas de libertad y la reinserción social del condenado, conforme con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor.

Respecto al modo de ejecución de los traslados establece que ‘el traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente’ (art. 72), lo que ‘será informado de inmediato a las personas o instituciones con las que mantuviere visita o correspondencia o a quienes hubieren sido por él designados (art. 73)’.

Acta de Consejo Correccional

ACTA (C.C.U.R.I)

-----En el Complejo Penitenciario Federal ..... días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúnen en Reunión Ordinaria los integrantes del Consejo Correccional de la U.R. I, presidido por el señor Director de la Unidad Residencial Alcáide Mayor ..... con la presencia de los señores Jefes de las distintas áreas de tratamiento y actuando como Secretario del Consejo Correccional a/c el Subayudante .....

-----En la oportunidad se consideró el escrito, en relación con el interno ..... en el que solicita el traslado al Ambiente Metropolitano.....

-----A continuación, se observa que el interno causante ingresa a este Establecimiento proveniente de la Prisión ..... en fecha el ..... a disposición del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° ..... condenado en la causa ..... a la PENA UNICA DE CINCO (5) AÑOS Y CUATRO (4) MESES DE PRISION, por ser COAUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO DE DAÑO COMPRESIVA DE CAUSA N° ..... DEL TOC N° ..... Fue declarado REINCIDENTE. El vencimiento de la pena impuesta operará en fecha ..... 2019, estando en condiciones temporales de acceder a la libertad asistida el ..... 2018. Transita la Fase de Consolidación del Período de Tratamiento en la P.R.P. No Registra sanción disciplinaria en el último trimestre. Ostenta como última calificación CONDUCTA MUY BUENA OCHO (8) y CONCEPTO BUENO CINCO (5). Tiene indicado el alojamiento en un establecimiento de Régimen Semiabierto de conformidad con el Programa de Tratamiento Individual.....

-----La División Seguridad Interna informa: que en la relación al interno incoado, habiéndose observado a la fecha que se encuentra cumpliendo de forma regular los objetivos fijados por esta Instancia, por lo que no tiene objeciones que formular en cuanto al traslado del causante a un Establecimiento del Ambiente Metropolitano, con el fin de que pueda continuar con su Programa de Tratamiento Individualizado.....

-----La División Asistencia Médica informa: que el interno no posee impedimento para ser trasladado por medios habituales a donde la superioridad lo determinen.....

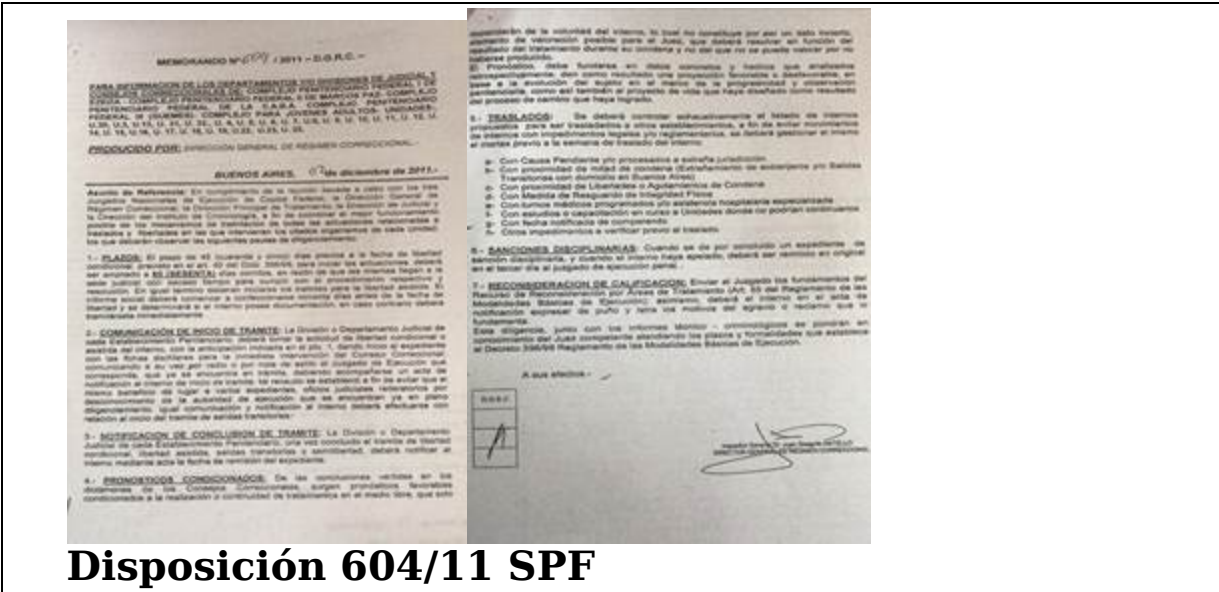
-----**Conclusión:** Tras analizar los antecedentes criminológicos y evolutivos del causante, atento a que transita la Fase de Consolidación y tiene indicado el alojamiento en establecimiento de Régimen Semiabierto y acorde a ~~SP~~P.T.I., este Consejo Correccional no tiene objeciones que formular respecto al traslado pretendido.....

-----No siendo para más se da por finalizada la presente, firmando al pie la totalidad de sus miembros.....

En esa línea el traslado de un detenido de un establecimiento a otro constituye una atribución propia del Servicio Penitenciario Federal, quien debe determinar, conforme a una política penitenciaria preestablecida, la mejor distribución de la población carcelaria de acuerdo con el correspondiente tratamiento de reinserción social (en esta la administración se auto dicto el cumplimiento del Memorando 604/2011 del SPF, que establece que el personal penitenciario responsable de la disposición de traslado

“...deberá controlar exhaustivamente el listado de internos propuestos para ser trasladados a otros establecimientos, a fin de evitar movimientos de internos con impedimentos

legales y/o reglamentarios, se deberá gestionar el mismo el martes previo a la semana de traslado del interno: a) con causa pendiente y/o procesados a extraña jurisdicción; b) con proximidad de mitad de condena (extrañamiento de extranjeros y/o salidas transitorias con domicilio en Buenos Aires); c) con proximidad a Libertades o Agotamientos de Condena; d) con Medida de Resguardo de Integridad Física; e) con turnos médicos programados y/o asistencia hospitalaria especializada; f) con estudios o capacitación en curso a Unidades donde no podrían continuarlos; g) con fecha notificada de comparendo; h) otros impedimentos a verificar previo al traslado”, sin perjuicio de ello, el amplio nivel de discrecionalidad que posee la administración penitenciaria es enorme, y la falta de control sobre esta materia genera grandes injusticias.



En esta línea se señala el Alderete Lobo y Gómez Romero en oportunidad de comentar la Ley N° 24.660

reformada [\[458\]](#) :

“lamentablemente (aun) suele leerse en las resoluciones judiciales que es potestad del servicio penitenciario la determinación del lugar donde una persona será alojada o trasladada. Pues esto no debería de ser así, sino que, frente a la decisión de la administración penitenciaria de trasladar a una persona detenida, antes de efectuar dicho movimiento o bien inmediatamente después, se debe informar al juzgado de ejecución o competente, para que pueda ejercer el contralor judicial correspondiente. Asimismo, el/la magistrado/a debería de expedirse si así lo solicita la persona detenida, un familiar, o la defensa. Si los fundamentos de la persona responsable del servicio penitenciario son atendibles -no pudiendo esgrimir razones de técnica penitenciaria- y no se vislumbra un agravamiento de las condiciones de detención, el/la juez/a autorizará o no se opondrá al traslado. Ello por cuanto muchas veces los traslados se utilizan como castigos o represalias. Por tal motivo, resulta importante que la administración exprese las razones que fundamentan la necesidad del traslado y que exista un control judicial y obligatorio. Esto es, si el/la juez/a se expide en forma contraria al traslado y el mismo ya se efectuó, se deberá llevar a la persona al establecimiento penitenciario anterior. Si aún no se produjo el traslado, la orden judicial que no lo autoriza debe de frenar dicho movimiento. La decisión de donde alojar a una persona debe contemplar el arraigo, la cercanía familiar, la continuidad en la

educación y el trabajo, la posibilidad de tener visitas, como asimismo la cercanía con la judicatura de la cual depende la detención de esta persona”.

Insistimos, con relación al tema que nos convoca, la letra de la norma debería garantizar un control amplio y más precisa, más receptiva de los derechos de la persona privada de su libertad, con el objeto de darle legitimidad a la ejecución de la pena privativa de la libertad, a fin que esta no se transforme ilegítima.

## **VI. Propuestas de reforma:**

### *a. Proyecto de Ley de Ejecución Penal. Modelo para Latinoamérica*

El Instituto de Estudios de Ejecución Penal (INEJEP) de la Universidad de Palermo, bajo la dirección de Alderete Lobo y Plat, recientemente ha lanzado el proyecto de ***Ley de Ejecución Penal Modelo Para Latinoamérica***, en la cual abordan de manera inteligente el régimen del traslado de detenidos, estableciendo como principio general que:

“El alojamiento de las personas privadas de libertad será dispuesto en todos los casos con especial consideración de la conveniencia de ubicarlas en establecimientos cercanos a su familia, a su comunidad, a quienes ejercen su defensa técnica y a los órganos de control competentes” art. 169.

Asimismo, establece que:



**“La distribución y asignación de los lugares de detención será inicialmente de competencia de la administración penitenciaria, pero estará sujeta al control de legalidad del ministerio público fiscal y de la autoridad judicial en los casos y formas previstas en esta ley”.**

Asimismo, establece un procedimiento para los traslados involuntarios bajo estos lineamientos en el art. 171, al especificar que:

**“El informe será notificado fehacientemente a la persona privada de libertad y a su defensa técnica, quienes contarán con el plazo de tres (3) días para oponerse por escrito y ante el ministerio público fiscal a la materialización de la medida. En caso de formularse oposición al traslado, se procederá al control de legalidad y, eventualmente, a la posterior habilitación del incidente de control judicial en los términos de los arts. 350 y 354, con efecto suspensivo en ambos casos”.**

Ahora bien, también habilita y reglamenta los llamados **“Traslados involuntarios excepcionales”** en el art. 172, al establecer que:

**“La administración podrá proceder excepcionalmente a disponer el traslado de una persona privada de libertad sin seguir el procedimiento previsto en el art. 171, cuando razones motivadas por la naturaleza y gravedad del delito sugieran la adopción de medidas de seguridad inmediatas o exista sospecha fundada**

de posibilidad de fuga, se ponga en riesgo grave la seguridad o gobernabilidad del establecimiento penitenciario, o en casos de riesgo objetivo para la vida, la integridad física y/o la salud de la persona privada de libertad.

En estos casos, se deberá notificar el traslado dentro de las seis (6) horas de producido y cumplido, por la vía más rápida disponible, a la defensa técnica, a los familiares y/o personas designadas por la persona privada de libertad y al ministerio público fiscal.

La decisión administrativa adoptada bajo estas circunstancias podrá ser revisada y corregida mediante el procedimiento de queja judicial previsto en el art. 358. Su interposición no tendrá efecto suspensivo”.

Sobre la reglamentación, Sergio Delgado señala inteligentemente sobre los traslados que “en principio, sea una competencia de la administración sujeta a control judicial importa una retrogradación respecto de la norma actual vigente en la Nación. La ley 24.660 con la reforma de la Ley N° 27.375 dispone la intervención judicial para autorizar traslados fuera de la jurisdicción (actual art. 7 IV, a). Pero, además, los traslados involuntarios a establecimientos alejados autorizados por el art. 171 de la LM convalidan la situación actual en nuestro país, en que las cárceles federales del interior del país son utilizadas absurdamente para desarraigar a los condenados de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires, en lugar de dárseles un uso regional a esos establecimientos del país”<sup>[459]</sup>.

Compartimos la observación de Delgado, entendemos respecto a los traslados involuntarios que también debe hacerse una diferenciación en función de la distancia, si se trata de traslados “locales” (aquellos que se desarrollan en

la C.A.B.A. y el G.B.A. sin superar los 200 km), o bien de “Larga distancia” (Son los que exceden los 200 km del lugar de su ámbito familiar y judicial), entendemos respecto de estos últimos que debe ser obligatorio contar con autorización y control judicial previo a la efectivización del mismo, garantizando el derecho de defensa del detenido a fin de no afectar los derechos del imputado.

### *b. Proyecto de ley traslados: Procuración Penitenciaria*

La Procuración Penitenciaria desde hace tiempo viene advirtiendo la problemática de la normativa actual y sus consecuencias en los hechos, y ha elevado al Poder Legislativo una propuesta de modificación del art. 72 de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 (Expte núm. 0214-OV-14: “Procuración Penitenciaria de la Nación: eleva proyecto de modificación del art. 72 de la Ley N° 24.660 -ejecución de la pena privativa de la libertad- sobre traslado de internos”).

La nueva redacción del art. 72 que se propone indica que la disposición administrativa que prevea el traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, debe ser notificada al interesado, a los fines que pueda ejercer su derecho de defensa. Además, deberá ser elevada al juez, quien decidirá si autoriza o no el traslado. En caso de disconformidad de la persona detenida con el traslado, el juez convocará a una audiencia oral contradictoria, en la que el detenido contará con asistencia letrada.

Propuesta de modificación:

“Art.72. La disposición administrativa que prevea el traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser notificada en forma fehaciente al interesado, quien podrá manifestar

su conformidad o disconformidad con el traslado. Previo a su efectivización, la disposición será comunicada al juez de ejecución o juez a cargo a fin de que efectúe el debido control judicial y resuelva si autoriza o no el traslado. Junto a la disposición de traslado, la autoridad administrativa remitirá al juez un informe sucinto acerca de la existencia o ausencia de posibles impedimentos al traslado, los cuales serán detallados reglamentariamente, al igual que el plazo”.

En este sentido, la propuesta de la procuración no plantea la regulación completa de un procedimiento de control de los traslados de detenidos sino más bien, propone un sistema de judicialización previa a todo traslado, lo cual creemos que deja sin herramientas excepcionales y de emergencia a la autoridad penitenciaria para resguardar la seguridad del detenido o del establecimiento. Sin perjuicio de ello, entiendo que el aporte del presente proyecto es un paso adelante para readecuar a los estándares internacionales los controles sobre los traslados de detenidos.

## **VII. Conclusión**

En síntesis, el caso López dejó en evidencia deficiencias legislativas, como también administrativas y judiciales en el control de los traslados de los detenidos.

Aparece con suma importancia no solo el control judicial de las decisiones administrativas, sino también que la efectividad de ese control sea previa a la materialización del traslado, para permitir al involucrado manifestar su voluntad y así evitar que la posible vulneración de derechos se concrete, pudiendo el detenido o detenida activar los recursos disponibles para ello.

El fallo López dejó en claro que los traslados para la vida cotidiana de un detenido tienen especial relevancia en el avance en la progresividad y en sus relaciones familiares, y que además no existe una regulación específica que contemple, entre otras cosas, las formas de notificación, las causales y vías de impugnación, el contenido que deben tener las resoluciones de traslado, con qué recaudos deber ser emitidas, etc.

Nadie puede negar que, definitivamente, **la falta de control *ex ante* de esta circunstancia puede afectar los derechos del privado de libertad y transformarse en un castigo adicional.** Nadie puede negar tampoco el **derecho de las personas privadas de libertad a cumplir la pena en establecimientos cercanos a la residencia de su familia.**

Por ello, a fin de conciliar los derechos del privado de su libertad con los de su familia, y con los del sistema penitenciario en general, entiendo que la decisión acerca del lugar donde alojar a una persona debe de contemplar el arraigo, la cercanía familiar, la continuidad en la educación y el trabajo, la posibilidad de tener visitas, como asimismo la cercanía con la judicatura de la cual depende la detención de esa persona.

Así “los detenidos en movimiento” en función de los traslados requieren un procedimiento simple y expedito para poder hacer efectivo el control de esta actividad del servicio penitenciario, entendemos que ese debería ser el horizonte. Será tarea de las autoridades ejecutivas, administrativas y judiciales alcanzarlo, y de la sociedad en su conjunto promoverlo, para que la condena que deba cumplir el detenido no se transforme en una pena ilícita.

# La incidencia de la Justicia Terapéutica en las medidas alternativas al proceso y al encarcelamiento

María Jimena Monsalve\*

## I. La respuesta punitiva errónea, causa daños irreparables

El encarcelamiento masivo como única medida de coerción en los sistemas penales resultó una verdadera catástrofe, si se analiza desde los mismos objetivos que persigue la insistencia en dicha medida como respuesta principal al delito. No ha reducido la cantidad de delitos cometidos -de allí que tampoco la cantidad de víctimas-, el paso por los establecimientos carcelarios muy lejos está de asegurar la pretendida integración social de las personas que han delinquido. El llamado *populismo punitivo* <sup>[460]</sup>, sostenido en el clamor social y mediático y basado en un falso paradigma de seguridad presuntamente ofrecida a partir de la medida del encarcelamiento como única respuesta, ha contribuido efectivamente en el diseño de falsas políticas para combatir el delito. Tampoco han hecho mella -pues no interesa que se difundan con claridad- los costos que enfrenta el Estado al mantener personas alojadas en prisiones.

La no discriminación de las conductas que fundadamente ameriten una medida extrema como la privación de la

libertad, sin adoptar regímenes que se basen en la evidencia empírica cierta, conforma otro componente letal frente al diseño de políticas públicas efectivas. La política criminal no puede ni debe danzar al ritmo de los casos que suscitan una gran sensibilidad social, de altibajos mediáticos, de la escasa información estadística precisa que se ofrece a los ciudadanos y de los vaivenes causados por los colores políticos.

Otro punto de quiebre se afinsa en las malas prácticas judiciales. La decisión de encarcelamiento emana de una autoridad judicial, dentro de los esquemas que marca la ley. De allí el rol protagónico que los jueces penales presentan en la crisis de encarcelamiento masivo, o, como la llama Johnathan Simon, de "*hiperencarcelamiento masivo*" [\[461\]](#).

Entonces, la pregunta a formular será por qué aquéllos que deberían conocer en profundidad la cuestión penal y especialmente, a los clientes que pasan por el sistema, no logran modificar su hacer de un modo más ajustado al conflicto social que se les presenta. Pues qué otra cosa debe hacer el juez, sino cumplir con su principal función, la de haber sido llamado a resolver conflictos sociales a través de la aplicación de la ley, con pleno ajuste a los principios constitucionales y convencionales.

Las medidas alternativas al proceso penal y al encarcelamiento constituyen una herramienta efectiva de los sistemas penales modernos, con sus matices, en los que vale la pena incursionar. Se encuentra discutido si efectivamente son eficientes como modelos de prevención especial positiva o bien si reducen la comisión de delitos. No nos detendremos sobre ese punto ahora. Sí se han establecido como vías que combaten el abuso del encarcelamiento por delitos que no lo ameritan. Es incuestionable que mitigan los efectos de deterioro que produce la cárcel sobre las personas y la consecuente dificultad para su posterior integración social. Así lo han sostenido múltiples publicaciones, principalmente de los

organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

Ya sostuvo la Organización de Estados Americanos que: “Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas de la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia. Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia”[\[462\]](#).

Por otro lado, afirmó que “estudios académicos e informes de organizaciones de la sociedad civil, han señalado que la represión indiscriminada a través de la aplicación de medidas severas para el consumo y porte en pequeñas cantidades, ha recaído especialmente sobre los eslabones más débiles” y que “esta situación ha agravado el problema del hacinamiento carcelario que enfrentan varios países de la región”, concluyendo que “la política de drogas ha entrado en tensión con la garantía y el respeto de los derechos humanos”, revelando especial preocupación por la situación de las mujeres y la feminización de los delitos de drogas [\[463\]](#).

En este mismo informe, la OEA explica que las alternativas al encarcelamiento pueden agruparse en tres amplias categorías, de acuerdo a la etapa del procedimiento judicial en la que operen: (a) medidas tomadas antes de la apertura de un proceso penal y enfocadas a limitar la entrada al sistema judicial penal; (b) medidas aplicadas durante procedimientos penales y enfocadas, ya se a prevenir casos penales que resulten en encarcelamiento, o bien hacer el encarcelamiento



proporcional al delito; y (c) medidas para control de la población carcelaria, enfocadas a la liberación anticipada de sentenciados o individuos en prisión preventiva acompañado de estrategias de integración social [\[464\]](#).

## II. ¿Qué es la Justicia Terapéutica (TJ, *Therapeutic Jurisprudence*)?

En una brevísima aproximación, la Justicia Terapéutica es una corriente filosófico-jurídica cuyo objeto es el estudio del **rol de la ley como agente terapéutico**. Se centra en el **impacto de la ley en el espectro emocional** y en el bienestar psicológico de las personas. Dice uno de los fundadores de la corriente, el Dr. David Wexler, que posa nuestra atención en este aspecto tan subestimado anteriormente, humanizando la ley y preocupándose del lado psicológico, emocional y humano de la ley y el proceso legal. [\[465\]](#)

La Justicia Terapéutica toma por objeto de estudio el análisis de las acciones de los operadores judiciales y al efecto que estas acciones producen en los justiciables. No sólo interesará la aplicación de la ley -consenso social que en apariencia es 'algo bueno' para todos-, sino estudiar cómo el proceso afecta a las personas que lo transitan. Por ello, enseña Wexler, que la ley, por más buena que sea, puede tener aplicaciones terapéuticas y otras, antiterapéuticas, razón por la que debemos ser conscientes de ello y proponiendo que se aplique de forma más terapéutica, respetando al mismo tiempo valores como la justicia y el proceso en sí [\[466\]](#).

Entonces, la corriente nos propone evaluar las situaciones en las que -si bien podemos contar con una buena ley-, probablemente no la estemos aplicando de un

modo verdaderamente eficiente, no estén desarrolladas las condiciones o bien no nos encontremos abordando aspectos que permitan un avance o bienestar en el justiciable.

La Justicia Terapéutica finca sus avances en el trabajo interdisciplinario. Aporta herramientas concretas para que la justicia pueda nutrirse en forma efectiva de las ciencias de la conducta y de las ciencias de la salud, así como también de los aspectos que aportan las ciencias sociales.

El desafío que propone la Justicia Terapéutica es encontrar los intersticios de la ley para desarrollar estas “buenas prácticas”, que concluirán con un mejor tránsito de la persona por el proceso judicial, siempre teniendo por objeto el bienestar psicosocial del justiciable. Es decir, no necesitamos específicamente una letra de la ley que disponga estas buenas prácticas. El rol de los operadores judiciales puede ajustarse con la norma vigente a las prácticas de la Justicia Terapéutica.

Una de las múltiples expresiones de la Justicia Terapéutica es el modelo de Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD), que se nutre de sus buenas prácticas. Sin perjuicio de ese modelo, debemos saber que el paradigma se ha desarrollado en ramas diversas del Derecho (especialmente valorada en el Derecho de Familia, en los Regímenes Penales Juveniles y en los casos en los que se encuentra en juego alguna situación vinculada con la salud mental).

Nos explica Esther Pillado González que “Con carácter general, los Tribunales de Tratamiento de Drogas funcionan como unos programas dentro de los tribunales penales y su principal característica es que el inculcado se deriva a un tratamiento de rehabilitación que es supervisado por el juez. Con carácter general y al margen de las particularidades de los distintos programas de los diferentes países, no se trata de una simple derivación desde los tribunales a un tratamiento, sino que la

supervisión judicial es uno de los elementos centrales del modelo de actuación”<sup>[467]</sup>.

Según la Organización de Estados Americanos -OEA-, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas -CICAD- y la Secretaría de Seguridad Multidimensional -SSM/OEA-, importante impulsora del modelo, se ha demostrado acabadamente que este enfoque funciona en base a evidencia empírica, cuya primera expresión se inició en el año 1993. Sostiene en uno de sus documentos recientes sobre la materia que “Una amplia investigación sobre el modelo y sus efectos indica que la mayoría de los TTD ha generado reducciones significativas en la reincidencia y en el consumo de drogas, ahorros para los contribuyentes y una reducción en la victimización por delitos evitados. Por ejemplo, rigurosos estudios en Australia (Jones, 2011), Canadá (Latimer y otros, 2006; Sommers y otros, 2011) y en los Estados Unidos (Mitchell y otros, 2012; Rossman y otros, 2011) han demostrado que los TTD pueden reducir significativamente los delitos, promover la recuperación de la adicción y producir importantes beneficios en función del costo de manera mas efectiva que otros enfoques tradicionales de justicia penal. Por lo tanto, aunque los TTD no son la única solución al delito alimentado por trastornos de consumo de sustancias, representan un modelo prometedor, basado en evidencia, que puede ser adoptado y evaluado en otros entornos locales y nacionales”<sup>[468]</sup>.

Estos modelos de Tribunal de Tratamiento de Drogas se han ido instalando y evolucionando en su diseño y adecuación progresivamente en Latinoamérica, con modelos eficientes instaurados en Canadá, Bermudas, Islas Caimán, Chile, Jamaica y México, entre otros. Para 2019, al menos quince naciones y dos territorio en las Américas habían explorado o implementado algún programa de TTD: Argentina, Barbados, Belice, Bermudas, Canadá, Islas

Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guyana, Jamaica, México, Panamá, Estados Unidos y Trinidad y Tobago. [\[469\]](#) Un hito importante, como corolario de los procesos que se han percibido en otros países de la región, ha sido, por ejemplo, la inclusión del paradigma de Justicia Terapéutica en el Código Procesal Penal y en la Ley de Ejecución Penal de los Estados Unidos Mexicanos, en el año 2016 [\[470\]](#).

Son programas que se basan en la supervisión continua, a través de reuniones o audiencias periódicas de seguimiento, en las que el tribunal acompaña en forma sostenida, como primer objetivo, al participante, para que logre una adherencia al tratamiento y de este modo, conforme una red interdisciplinaria e interinstitucional.

Cabe señalar que no se requieren tribunales o juzgados especialmente constituidos a ese efecto, sino que los jueces o tribunales regularmente constituidos cumplen la función, en conjunto con los integrantes de los ministerios públicos y los equipos interdisciplinarios, así como también, en el caso, las instituciones que puedan colaborar con la integración social.

Repárese en las palabras del magistrado chileno Roberto Contrera Olivares, quien señala que se requiere “una deconstrucción de la estructura y pensamiento jurisdiccional actual, esto es una nueva mirada del modelo conceptual de impartición de justicia que propicie la obtención de fórmulas que indaguen y enfrenten lo esencial de las causas del conflicto y su especial naturaleza, acudiendo a la experiencia de otras ciencias o métodos, desde lo terapéutico, restaurativo, originario o ancestral, con medios administrativos o tecnológicos, considerando la relevancia de aspectos centrales o sustanciales en el conflicto, como por ejemplo la preeminencia de lo ejecutivo en las causas civiles o la relación droga-delito que explica en más del 60 % de los casos penales, su generación” [\[471\]](#).

Explica Sofía Cobo Téllez, miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica, que “La Justicia Terapéutica tiene una finalidad restaurativa a diferencia de la Justicia Penal retributiva, por lo tanto, algunas de las características del Proceso Penal Acusatorio no son compatibles con la misma. Tal es el caso del principio contradictorio que se considera la esencia del procedimiento penal acusatorio; el principio supone la concurrencia de dos partes con posiciones jurídicas contrapuestas. Las partes disponen de plenas facultades procesales para alegar, probar, conocer y debatir los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial, la cual suele declarar la culpabilidad o inocencia del acusado. En los Tribunales de Tratamiento de Drogas, los intervinientes no desarrollan un rol adversarial, sino de colaboración”<sup>[472]</sup>.

### **III. Identificación de un problema. Incorporación de una “buena práctica”**

Pocos creen que las medidas alternativas al encarcelamiento generen menoscabo en la vida de la persona sobre la que se imponen. En su mayoría, se piensa que estas medidas no causan mayores restricciones o esfuerzos. Circunstanacialmente son asociadas a impunidad. Muy por el contrario, los operadores directos del sistema sabemos que poder sostener el cumplimiento y las exigencias que se imponen en estos casos y por tiempos muy prolongados resulta engorroso para las personas que atraviesan el sistema, incluso en la medida que las circunstancias de vida de las personas se modifican con el transcurso de tiempo, mientras que el sistema judicial se queda con la “fotografía” del momento de la imposición de la *probation*, o de la condena de cumplimiento en suspenso.

En un estudio reciente de investigación sobre casos de condenados en suspenso de la justicia nacional, se sostuvo que bajo el actual esquema las personas padecen en su transcurso distintos menoscabos y sufrimientos, entre los que se enumeran la vergüenza, las exigencias de las instancias de supervisión, el temor de tener que ir a prisión e imposibilidad de acceder al mercado laboral formal. A su vez, que estas sentencias fallan a la hora de transmitir un mensaje disuasivo del delito [\[473\]](#).

Con inspiración en el paradigma de mención, a partir de una evaluación sobre los casos en trámite en el juzgado que llevo adelante, con el propósito de analizar los motivos por los que se registraba en ciertos casos una baja adherencia al cumplimiento de las reglas de conducta que vienen impuestas de la instancia anterior, pudimos como primer paso identificar las dificultades en un grupo determinado de casos.

Dirigimos el objeto de estudio al abanico de reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del Código Penal, que se aplican tanto a los casos de condenas en suspenso como los casos de otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba. Nos concentramos en cómo se daba, en la mayoría de los casos, **el proceso de comunicación entre los órganos jurisdiccionales y los justiciables**. Para poder evaluar ello, decidimos implementar una práctica, la de **realizar entrevistas al inicio del proceso de cumplimiento ante la instancia de ejecución penal**.

La decisión fue modificar la práctica instalada de convocar al probado o al condenado en suspenso luego de verificarse el retardo o el incumplimiento. No esperar a que el órgano de control notificara la incomparecencia o la falta de adhesión a la regla en juego, sino implementar una entrevista con el probado o condenado en suspenso, apenas ingresado su caso a la etapa de ejecución penal, con el propósito de darle concreta participación en las pautas obligatorias que se transitan en esta instancia particular.

Se posó atención en los casos que habitualmente designados como de “especial seguimiento”, que comprenden la comisión de delitos que incluyen violencia en general, violencia de género y delitos contra la integridad sexual.

La entrevista inicial, realizada por una selección de operadores entrenados a tal efecto del juzgado, aborda aspectos personales y sociales y completa la información que habitualmente está ausente en la instancia anterior o no consta en las actuaciones previas. Ello, como punto de partida, a fin de asegurarnos que conociera efectivamente a qué unidad jurisdiccional se debía dirigir en esta etapa, corroborar la comprensión de pautas tales como la importancia de la comunicación de cualquier cambio de domicilio. En otro plano, a fin de que relatara cuestiones tales como su situación socio habitacional, si cuenta con medios para presentarse en el tribunal y cuánto tiempo le insumiría el viaje, quienes son sus convivientes, si se encuentra inmerso en alguna situación de violencia o de consumo problemático, si cuenta con trabajo; de ser así, informe si su empleo es formal, informal, si tiene personas menores a cargo, y sobre todo, **si había comprendido el alcance de las reglas de conducta que tenía que cumplir y si -en su caso- tenía algún impedimento que no hubiera comunicado oportunamente.**

En suma, otorgarle la posibilidad de ser oído, de dar valor a su palabra y de **abrir la oportunidad a la comunicación eficaz** con el nuevo tribunal interviniente, sobre aspectos que guarden relación indirecta con el hecho y la consecuente pena o sanción. A su vez, proporcionarle medios de comunicación fehaciente y acordes a la evolución tecnológica, tales como números de teléfono o dirección de correo electrónico, a fin de establecer una vía sencilla y eficaz no solo con el juzgado sino con los restantes órganos vinculados. Todas estas prácticas se llevan adelante con el consenso de la defensa, pública o particular.

Repárese en que uno de los aspectos relevados tuvo que ver con la naturalidad con la que la mayoría de los convocados abordaba el *iter criminis* en la conversación. La preexistencia de la respuesta punitiva (decisión judicial definitiva de haber otorgado la suspensión del juicio a prueba o de una condena en suspenso) **libera de algún modo a la persona de los efectos** -mal presumidos negativos, muchas veces- **que su palabra pueda tener sobre la decisión punitiva**. Es por ello que -usualmente- tanto en los estrados de los juzgados de ejecución penal como en las entrevistas que mantenemos con las personas privadas de la libertad en contexto de encierro, los aspectos relacionados al delito cometido ya no aparecen matizados para ofrecer una versión que los posiciona mejor ante la sanción venidera, sino que -por el contrario-, es habitual que se desarrollen conversaciones de sinceramiento y reconocimiento de circunstancias que resultan de sumo valor para esta etapa.

Pues determinar la causa o multi causas subyacentes del delito, es una clave esencial para poder neutralizar factores de riesgo, así como también otros aspectos, tales como la reiteración delictiva. Este tema amerita -por su profundidad- su abordaje específico en otra oportunidad.

A partir de estas prácticas pudimos detectar con docilidad las diferencias que aparecían entre los casos en que el justiciable había podido comunicarse con mayor fluidez con las autoridades de las instancias judiciales anteriores, y los casos en los que esto no había sucedido. Se registraron recurrentemente frases tales como “con el juez anterior nunca hablé”, “la defensa me recomendó que me quedara callado”, “me dijeron que me convenía aceptar la propuesta porque no me iba a quedar un antecedente”, “cumplir esto es imposible”, “no entendí lo que tengo que hacer” o “ese día no estaba muy bien, no me acuerdo”.

También encontramos como problema dominante, **la asociación del consumo problemático con el delito cometido**. Este factor -como uno importante entre los



múltiples factores asociados a las conductas delictivas-aparecía en un abanico de casos en forma manifiesta como **impediente para adherirse a la regla o reglas impuestas**. El sistema judicial, hasta este punto, ha ignorado o mal interpretado este extremo, sin demasiada comprensión del modo en que una adicción incide, no solo en la conducta disvaliosa cometida, sino también la imposición de una regla u obligación de hacer, que se torna hasta incluso de imposible cumplimiento, porque la persona no se encuentra en condiciones psíquicas o físicas de sostenerla. **El mismo sistema -sin notarlo- empuja al sujeto al incumplimiento** y a la consiguiente respuesta punitiva más gravosa prevista por ley que se desata con la aplicación del procedimiento previsto en el art. 515 del Código Procesal Penal de la Nación o de la revocación de la condicionalidad de la condena, referida en el art. 503 del mismo cuerpo legal.

Cabe señalar que de los casos relevados desde noviembre de 2018 hasta diciembre de 2019, sobre las resoluciones dictadas en las causas de suspensión de juicio a prueba en trámite ante el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 5, se resolvieron 1222 casos, en los que se dio cumplimiento a las reglas de conducta impuestas en 981 causas, se declaró que eran inexigibles las reglas de conducta impartidas en 190 causas, se revocó la suspensión del juicio a prueba en 8 supuestos, se prorrogó el tiempo de cumplimiento en 40 causas y se decretó la rebeldía y captura en 3 casos. **Esto representa un porcentaje del 80,27 % de suspensiones de juicio a prueba cumplidas *in totum*.**

#### **IV. El problema del consumo como uno de los factores subyacentes y asociados al delito**

Ahora bien, volviendo al tema del problema del consumo señalado precedentemente, al sólo efecto de acercar una aproximación a la cuestión, según la clasificación del criminólogo Paul Goldstein, uno de los pioneros en la investigación de los efectos que el consumo de sustancias vinculado al delito, podrían agruparse los perfiles en estos tres modelos:

**a) Psicofarmacológico:** vinculado al deterioro que producen los estupefacientes mantenido sostenidamente a lo largo del tiempo y el incremento de las conductas violentas que desencadena esta situación de consumo. Aparece la ansiedad, la alteración del pensamiento y la capacidad reflexiva, aumento de estado de alerta. En estos supuestos se presentan los delitos de violencia intrafamiliar.

**b) Económico-compulsivo:** se basa en la relación entre el consumo y la necesidad de obtener dinero para financiarlo, impulsado por los períodos de abstinencia y los efectos físicos que produce. Este grupo se asocia a los delitos contra la propiedad, de menor o mayor cuantía y con implicancia de distintos grados o no de violencia en su perpetración.

**c) Sistémico:** en este grupo se encuadran los delitos relacionados con las zonas marginales en las que se desarrolla en narcomenudeo, el microtráfico y la comercialización de drogas y todas las dinámicas de violencia que se desarrollan entre las personas que habitan en estos lugares. Allí existen actos de violencia tales como amenazas, lesiones, delitos contra la intimidad y la libertad [\[474\]](#).

No deben minimizarse otros factores comprobados asociados al delito, sin perjuicio que el problema del consumo de sustancias psicoativas deba ser de especial atención, pues opera en muchas ocasiones como desencadenante u obstáculo tanto en el desarrollo de la conducta delictiva como en el marco de la respuesta

punitiva. Por ello es necesaria la consideración efectiva de los factores psico sociales en forma integral.

Véase que en un estudio presentado recientemente por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia -CELIV-, de una muestra representativa de personas privadas de la libertad en el sistema federal y en la provincia de Buenos Aires, tomada en el año 2019, arroja que el 36,8 % provenía de un hogar con violencia, el 58.6 % de los entrevistados tenía amigos que cometían delitos al ser detenidos, el 37.5 % contaba con familiares en prisión, el 55,2% manifestó la presencia de bandas delictivas en su barrio y el 33,2 % se había desvinculado de su hogar en edad temprana, antes de los 15 años. De esa muestra, **el 32,6 % reconoció haber consumido drogas o alcohol 6 horas antes de cometer delito** y el 40,1 % llevaba algún tipo de arma. Otro dato de interés que establece el informe es que **el 56.6 % refirió entender poco o nada de lo que ocurría en su propio juicio** [\[475\]](#) .

## **V. Un diseño posible del modelo de Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) dentro de los parámetros convencionales, constitucionales y legales de Argentina.**

En el estudio y aprendizaje de comprensión interdisciplinaria del problema del delito asociado al consumo -como una de las variables en juego al analizar la causa subyacente del delito- , a fin de ofrecer una respuesta integral a estos casos en la etapa de ejecución penal, se desarrolló un prolongado proceso interinstitucional, integrado por representantes del Poder Judicial de la Nación, de ambos Ministerios Públicos, de la agencia nacional de prevención de consumo de sustancias, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

y de los órganos de asistencia y control de ejecución penal, -Dirección Nacional de Readaptación Social (DNRS) y Dirección de Asistencia y Control de Ejecución Penal (DCAEP)- dedicados al seguimiento del cumplimiento de las medidas alternativas al encarcelamiento como así también a la etapa postpenitenciaria.

Este proceso interinstitucional comprendió distintas etapas -incluidas las de capacitación correspondientes e intercambios con modelos latinoamericanos de similar índole-, que culminó con el desarrollo del “Programa Piloto de Justicia Terapéutica. Tratamiento Integral de Infractores de la Ley Penal con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas”. [\[476\]](#)

Este programa -desarrollado interinstitucionalmente para la justicia nacional- propicia “la identificación temprana de los consumidores de estupefacientes en el contexto del proceso penal, y les ofrece acceso inmediato a un tratamiento bajo la supervisión del juez como agente terapéutico y comprometido en la búsqueda de una solución al conflicto subyacente” [\[477\]](#). En este caso, la novedad es la incorporación y desarrollo de este modelo en la etapa de ejecución penal.

Los objetivos son tres: **reducir el consumo de sustancias psicoactivas, evitar la reiteración** de conductas delictiva y **favorecer la integración social** de la persona que participa del programa (art. 1° del Protocolo del Programa Piloto de Justicia Terapéutica. Tratamiento Integral de Infractores de la Ley Penal con Consumo problemático de Sustancias Psicoactivas, desde ahora lo mencionaremos como “el Protocolo”).

El primero y el último resultan categorías progresivas. Se irán desarrollando en el transcurso del programa de acuerdo a las **características propias de cada participante**, sus posibilidades de evolución en interacción y la intervención esencial de los equipos interdisciplinarios en el diseño de ese proceso.

El juez no actúa en solitario, ni se encuentra limitado por una petición de parte. Muy por el contrario, propicia el intercambio previo y abierto, sobre las condiciones u objetivos a corto plazo a imponer. Acuerda no sólo con las partes sino también con los integrantes de las distintas disciplinas, tales como psicología, psiquiatría, trabajo social y medicina. Un punto esencial es lograr que los objetivos a corto plazo que se proponen, cuenten con el consentimiento del participante. Ello no quiere decir que en ciertos momentos corresponda instar una imposición. La escucha de sus necesidades cobra un espacio esencial en el proceso.

Es por ello que es imprescindible la capacitación responsable en estos modelos a todos los operadores que participen en ellos, pues para poder llevarlos adelante, y que no se conviertan en una herramienta contraria a la pretendida, deben aplicarse las buenas prácticas aludidas.

El programa originalmente se concibió para personas condenadas en suspenso o probados (art. 9° del Protocolo), priorizando aquellos casos en los que se haya aplicado el procedimiento instaurado para los casos de flagrancia -este aspecto vincula la inminencia entre el delito cometido, la situación de consumo y la efectividad de la intervención judicial-. Sin perjuicio de ello se han incorporado excepcionalmente personas que transitan una libertad anticipada y revelan conflicto con el consumo, en una dinámica similar a la de los llamados “Tribunales de Reinserción” (*re-entry courts*).<sup>[478]</sup> Quedarán excluidas las personas que presenten comorbilidades de índole psiquiátrica, descriptas en el art. 11° del Protocolo.

Cabe señalar que el programa transcurre por fuera del modelo acusatorio vigente. Es un paréntesis en el proceso regular, para dar paso a esta oportunidad. La dinámica se nutre de prácticas terapéuticas, restaurativas y compositivas, cuyo objetivo se centra en que las partes y el juez en conjunto con los restantes integrantes diseñen

los pasos a seguir para abordar el caso. También incluye prácticas de la justicia procedimental, que se enfoca especialmente en el trato que recibe la persona que transita un tribunal, basado en el respeto y la dignidad.

Las opciones que presenta se relacionan con dos soluciones eventuales y novedosas a la respuesta penal tradicional, decididas por las instancias de juicio: a) ofrecer al participante la posibilidad de sustituir cualquier regla de conducta que se haya impuesto -no relacionada en forma directa con el consumo- por la posibilidad voluntaria de incorporarse al programa; o bien, b) si la regla de conducta que viene impuesta se encuentra dentro del marco del inciso 7° del art. 27 bis del Código Penal, incorporarse voluntariamente al programa para realizar el cumplimiento con el acompañamiento del Tribunal de Tratamiento de Drogas.

El proceso se inicia con la identificación del potencial participante. Puede surgir su condición en la entrevista previa realizada en el juzgado, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, o bien a propuesta de la fiscalía o de la defensa.

El primer contacto con la existencia del programa resulta del encuentro que el participante mantendrá con su defensa, ocasión en la que ella será quien en la misma sede del juzgado le informe cuidadosamente el marco del programa al que puede incorporarse voluntariamente. Este paso es esencial, a fin de asegurar adecuadamente el derecho de defensa eficaz y de acuerdo a las pautas de confidencialidad que rige la relación defensor-defendido. El juzgado cuenta con un espacio especialmente destinado a las entrevistas individuales de esta naturaleza, donde ambos se pueden sentar a conversar con la privacidad suficiente. No ahondaremos en lo poco atinado del abordaje de temas sensibles para los justiciables en las mesas de entradas de los tribunales, donde el público rodea e intimida a quien necesita conversar de algún aspecto personal. Estas prácticas deben ser dejadas de lado, pues

conspiran contra los derechos del justiciable y contra el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.

En caso de aceptar la propuesta, el participante pasa a una instancia de evaluación psico-social, denominada "examen previo" (art. 10 del Protocolo), que lleva adelante el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal, en la misma sede del juzgado. Este equipo tiene un rol de absoluta relevancia en el desarrollo habitual de la tarea en el fuero de ejecución penal y su creación, luego de un largo camino, ha permitido la incorporación de la interdisciplina al alcance directo del juez <sup>[479]</sup>.

Este programa otorga una participación neurálgica al Equipo Interdisciplinario. En ese examen se determinará si el participante presenta un consumo problemático de sustancias psicoactivas que justifique la necesidad de realizar determinado tratamiento; si entiende los alcances del programa, demuestra un compromiso suficiente con sus objetivos y si posee un perfil adecuado al tipo de tratamiento y a las modalidades de abordaje que se establecen en el Protocolo.

En esa ocasión, la dupla psico-social formula una entrevista abierta, a fin de precisar aspectos esenciales para la eventual incorporación del participante al programa, especialmente **evalúa la motivación, la voluntariedad y el posicionamiento actual del sujeto frente a la situación de consumo problemático**. A ello se agrega la aplicación de un test validado

internacionalmente -ASSIST <sup>[480]</sup>-, cuya aplicación presenta varios propósitos. Tiene por objeto conocer cuáles son las sustancias de impacto en el consumo de este participante. Además, será la herramienta de comparación que nos servirá en el futuro (a los 3, 6, 9, 12, 18 y 24 meses) para medir objetivamente la reducción en el consumo, uno de los tres objetivos que presenta el programa.

Superada esta etapa, si el equipo considera que el participante es un candidato posible, se deriva entonces al

equipo de la Sedronar <sup>[481]</sup> (arts. 12, 13 , 14 y 15 del Protocolo), que lo recibe en su sede, cercana a la del juzgado. Allí se confirmará (o no) la decisión del Equipo Interdisciplinario a través de una evaluación, que determinará cuál sería el tratamiento recomendado para este participante y a partir de ello, se realizará la gestión de la vacante en la institución correspondiente, dependiendo de la modalidad de tratamiento propuesta (terapia individual, hospital de día, hospital de medio día, internación, atención integral en un Centro de Atención y Asistencia Comunitaria).

De seguido, se le informará la fecha y hora en la que se presentará en la sede del juzgado para la reunión <sup>[482]</sup> inicial, a fin de realizar la formal incorporación al programa, previa deliberación para evaluar que se cumplan los requisitos de elegibilidad jurídicos y sanitarios para participar en el programa (art. 16 del Protocolo).

En la reunión inicial (art. 17 del Protocolo) se incorpora formalmente al participante al programa. Se abordan los aspectos esenciales en lenguaje claro, que se le explicarán al participante. Se fijan en conjunto las reglas de comunicación, cómo se desarrollarán estas reuniones, se facilita la conversación para abordar los extremos de su vida y del consumo que desee compartir con el tribunal. Lo más importante en esta reunión es llegar a un acuerdo para adherirse al tratamiento, en el que comprenderá formalmente la sustitución de las reglas de conducta. Se le dará a conocer la institución posible y la modalidad sugerida y se informará acerca del cronograma de supervisión. Si el participante no aceptara la modalidad propuesta, o la institución escogida, se fomenta la escucha, se intenta ajustar el esquema, para avanzar -por ejemplo- en la motivación para el tratamiento.

Las reuniones de supervisión (art. 21 del Protocolo), pueden ser semanales, quincenales, mensuales o bimestrales y se fijan en función de la evolución y



necesidad del participante. Previo a ellas, se realiza la deliberación previa (art. 20 del Protocolo). Allí, los integrantes de todas las instituciones involucradas interactúan, se informa acerca de la evolución del participante, sus avances y retrocesos, la adherencia al tratamiento y cualquier otro aspecto de interés en orden a las circunstancias de vida. Esta instancia se lleva adelante sin la presencia del participante, Allí se establecerán en conjunto las pautas que se propondrán al participante en la reunión de seguimiento que se realizará inmediatamente después.

Es interesante la posibilidad de que en una misma reunión de supervisión se pueda incluir más de un participante. En ciertos momentos se atiende la conveniencia de realizar las reuniones de manera individual, mientras que en otras ocasiones se propician las reuniones grupales. Esto permite a los participantes interactuar, advertir que la respuesta judicial es diversa y ajustada a cada uno de los casos, que se respeta tanto su singularidad como también se encuentran puntos comunes que sirven de apoyo para ser trabajados en esta dinámica.

Las reuniones de supervisión serán breves y tendrán una estructura no contradictoria, se utilizará lenguaje claro y coloquial que permita al participante comprender todos los aspectos que allí se desarrollen (art. 21, segundo párrafo del Protocolo).

Las decisiones que adopte el juez en acuerdo con los restantes miembros del TJT se regirán por los principios de prontitud, flexibilidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad (art. 24 del Protocolo).

A partir de allí se inicia un camino sostenido, en el que el tribunal estará a disposición para dar apoyo al tratamiento, utilizando el marco de la ley como un elemento más de motivación para el participante. La ley y el encuadre del proceso penal pueden servir como impulso para la cuestión de salud en juego, que además cuando roza con la criminalidad, operan como reguladores del

peligro al que se expone la persona al realizar cierto tipo de acciones vinculadas al consumo. Por lo demás, todas las acciones tenderán a que la persona logre su autogobierno frente al problema, distanciándose el tribunal de asumir un rol paternalista. Inculcar pautas tales como el autocuidado, resulta uno de los ejes fundamentales.

Otro aspecto que se verifica es el efecto positivo de la reflexión genuina que se desarrolla durante la audiencia sobre estos aspectos con el participante. Cuando se logra poner en palabras en el marco de las audiencias periódicas la cuestión del riesgo, sea sobre su propia salud sea sobre los círculos sociales que frecuenta y las consecuencias penales que se deberán afrontar en caso de reiteración delictiva, se genera un efecto toma de conciencia paulatina, dócilmente verificable.

Cabe señalar que el programa contempla las eventuales recaídas en el consumo -propias del proceso de tratamiento- y se trabajan también en el mismo espacio de las reuniones, de ser necesario. Además, cuenta con un sistema de reconocimientos o estímulos y llamadas de atención.

En ese sentido, ante los avances el juez podrá disponer reconocimientos y felicitaciones; otorgar obsequios o beneficios vinculados a sus preferencias de recreación y esparcimiento; o bien disminuir la frecuencia de la supervisión judicial (art. 24 del Protocolo).

En orden al incumplimiento de las obligaciones asumidas, la respuesta que el juez podrá ofrecer será el aumento de la frecuencia de la supervisión judicial, la imposición de reglas de conducta sustituidas o imposición de otras o bien disponer la convocatoria a una audiencia a fin de resolver en torno a lo previsto en el art. 27 bis in fine del Código Penal y los arts. 503 y 515 del Código Procesal Penal de la Nación, de acuerdo al caso. En ese caso, **se deberá ponderar el esfuerzo realizado por el participante y los principios rectores de la justicia terapéutica** (art. 25 del Protocolo).

En el caso específico de Argentina, se desarrollaron estos aspectos con estricto ajuste constitucional. De allí que no se apliquen criterios tales como los tests toxicológicos sorpresivos obligatorios ni el arresto por una cierta cantidad de horas a modo de llamada de atención, como si lo prevén otros modelos latinoamericanos. En cuanto a los estímulos, son construidos en base a las características y necesidades de cada participante. Se ha dispuesto la más variada selección de estímulos, desde el encuentro sorpresivo en la sede del juzgado con un jugador del fútbol de su equipo preferido, entradas para el cine para que el participante concurren con sus hijas, la membrana impermeable para el techo de la casa familiar, un dispositivo electrónico para poder continuar con la educación a distancia, todas estas estrategias tienen que ver con las situaciones de vida que se presenten durante este tiempo y que resulten de interés para la evolución del participante.

Finalmente, cabe señalar que el tiempo de supervisión judicial idealmente debería coincidir con el tiempo del tratamiento. Mas esta circunstancia claramente es compleja, pues los tiempos de la salud no suelen coincidir con los tiempos judiciales.

Por ello, el egreso del programa (art. 26 del Protocolo), mantiene las siguientes posibilidades: a) que el paso por el programa culmine en el mismo momento en el que concluye la supervisión de la *probation* o de la condena en suspenso. En el primer supuesto, luego de celebrarse la reunión de egreso, se reanuda el trámite regular de la causa y se remitirá a la instancia de origen la resolución que dispone que el justiciable ha cumplido con las pautas indicadas, a fin de que dicte su sobreseimiento (art. 336 del Código Procesal Penal de la Nación). En el segundo, se archiva la condena en suspenso en el juzgado de ejecución penal. En ambos supuestos, **el participante podrá continuar con el tratamiento en forma voluntaria**, bajo la modalidad pertinente para su caso, ya sin intervención

judicial de ningún tipo, más allá de que el TJT queda siempre a disposición en su espacio para que acuda en caso de necesitar de cualquiera de las prestaciones que la red le podría proporcionar; b) En el supuesto en el que aún el participante no se encuentre en condiciones de abandonar el programa -desde el punto de vista del cumplimiento, por insuficiente, o bien en base a la recomendación terapéutica, que en ese mismo instante desaconseje el distanciamiento del TJT- las partes, atendiendo a la voluntad del participante, podrán solicitar de mutuo acuerdo la prórroga de la supervisión por el menor plazo que resulte apropiado desde la mirada del tratamiento, pero útil para culminar el proceso. Cumplido ese plazo, se procede del mismo modo que en a); c) En caso que el participante desee abandonar el programa antes de que acaeciera el plazo de supervisión, o bien el TJT decida que no puede continuar con el programa, se reanuda el proceso regular. Se lleva adelante una audiencia y en ese caso, será de trascendencia la petición del fiscal. Tiene la posibilidad de solicitar se tengan por cumplidas las reglas, valorando el esfuerzo que el participante haya realizado, sin perjuicio de no haber concluido el programa o completado el tratamiento. O bien quedará abierta la posibilidad de que solicite se retome cumplimiento a las reglas originalmente impuestas. En cualquiera de los casos, la decisión jurisdiccional marcará el camino a seguir, siempre con ajuste al principio de proporcionalidad de la pena.

Un momento sumamente emotivo se vivencia en las reuniones de egreso. Allí se tiene por concluida la intervención del participante en el programa. Pero en esta instancia se destacarán los logros del participante en presencia de los familiares y amigos que desee convocar. De seguido, se le hará entrega de un diploma que acredite la finalización exitosa del programa. Se trata no solo de una reunión final, sino de una celebración.

Cabe destacar en la implementación, como en todo programa novedoso, se presentaron obstáculos que con

mucha buena voluntad y predisposición de los organismos intervinientes se pudieron sortear.

Aparecen como ejes principales en cuanto a las dificultades: las limitaciones para la incorporación laboral de las personas que pasan por el programa; la situación de las personas que son único sostén de hogar y requerirían una internación, pero no pueden llevarla adelante porque deben continuar con su trabajo informal; las escasas instituciones conveniadas que admiten a mujeres con hijos o hijas menores para su tratamiento; la débil respuesta de las instituciones de salud pública en cuanto a las situaciones de emergencia de las personas en situación de consumo y las implicancias de la Ley de Salud Mental N° 26.657 <sup>[483]</sup>, en relación al alcance de la expresión “riesgo cierto e inminente” y la voluntariedad, entre otras cuestiones. Que una vez más, por razón de que este trabajo tiene una extensión limitada, no se desarrollarán en esta oportunidad en extenso.

Por último, destacar que, a fin de recabar evidencia científica cierta sobre este programa, **se ha encomendado desde el mismo momento de su inicio que un órgano académico externo realice una evaluación de proceso y de impacto**, cuyos resultados parciales se han ido conformando en informes parciales. Es importante que los juzgados se abran a la evaluación sobre sus prácticas y gestión. En este caso, se desarrollaron en forma conjunta herramientas útiles para el desarrollo y trámite del programa y para la medición,

En suma, lo importante es que elegir voluntariamente este paréntesis en el proceso habitual, nunca posicionará al participante/justiciable en un peor lugar que en el que comenzó su paso por la etapa de ejecución penal.

## **VI. Conclusión**

A modo de cierre, vale la pena recordar que según la Resolución 53/243 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la “Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, en el art. 1 refiere que “Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en [...] c) El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. d) El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos [...]. Una cultura de paz esta basada en los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en el respeto de los derechos humanos, la democracia y la tolerancia, la promoción del desarrollo, la educación para la paz, la libre circulación de información y la mayor participación de la mujer como enfoque integral para prevenir la violencia y los conflictos, y que se realicen actividades encaminadas a crear condiciones propicias para el establecimiento de la paz y su consolidación. **Significa transformar los conflictos, prevenir los conflictos que puedan engendrar violencia y restaurar la paz”**<sup>[484]</sup>.

Este artículo, a modo de breve introducción sobre el tema, pretende impulsar la reflexión genuina acerca de algunas prácticas que deben ser desterradas definitivamente de la intervención judicial, frente a otras mucho más eficaces para el tejido social, que una vez que se abrazan, no se pueden abandonar. Ello permitirá transitar el camino desde la justicia inveteradamente dotada de un exceso de rigor formal, hacia una justicia más humana, reparadora y normalizadora. Debemos pensar la justicia como un espacio de aplicación de la ley, pero fundamentalmente de restitución de derechos básicos de las personas que transitan por nuestros estrados.

Es importante destacar aspectos tales como la voluntariedad, que adquiere especial significancia. Recordar en forma constante el principio de proporcionalidad, pues las personas que atraviesan el

programa llevan adelante un desafío enorme al desear enfrentar el difícil problema del consumo. Estos aspectos deben ser especialmente valorados a los fines de tener por cumplidas las reglas de conducta impuestas en la instancia de origen.

Incorporar prácticas que se compadezcan con los principios *pro homine* y *pro libertate*, debe formar parte esencial y regular del catálogo de posibilidades con los que el juez penal debe contar a la hora de resolver el caso que se presente, en cualquiera de las instancias.

Espero que estas breves líneas generen interés y permitan la difusión responsable del paradigma que, sin duda, ha impactado de un modo favorable en la vida de las personas que pasan por nuestro juzgado, ha optimizado el trabajo interinstitucional y ha mejorado el desempeño en la función encomendada de la magistratura.

## **El derecho a la salud en las cárceles: pandemia y telemedicina**

Marcelo Alejandro Peluzzi\*

*“La medicina es la más científica de las humanidades y la más humana de las ciencias”.*

Edmund D. Pellegrino, médico y filósofo estadounidense  
(1920-2013) [\[485\]](#)

-El artículo contó con la especial colaboración y aporte de las Dras. Mónica Uemura y M. Silvina Rodríguez Aparicio-  
[\[486\]](#)

La cuestión relativa a la salud en las cárceles no resulta ser una tarea sencilla teniendo en cuenta la cantidad de personas privadas de la libertad que existen en los establecimientos penitenciarios, la necesidad de traslados a hospitales, su logística, la falta de móviles adecuados para llevarlos a cabo, el personal destinado para cada comisión, y además, que suelen ubicarse en zonas lejanas a centros sanitarios donde existen especialistas en enfermedades del corazón, diabetes, dermatología, gastroenterología, infectología, endocrinología, nutricionistas y traumatología, entre otros. Se trata de procesos muy costosos para el sistema carcelario y de salud, y genera en el paciente una carga de stress adicional, ya que suele ocurrir con frecuencia que no hay turnos próximos para la consulta o



para el inicio del tratamiento, o que por las demoras en los traslados transcurrió la hora del turno asignado, con las consecuencias que ello genera. También dentro del mismo penal, suele resultar complicado disponer de los medios necesarios para la atención médica o en ocasiones suele ser inexistente por la carencia de profesionales de la especialidad.

De ahí que, si bien en un primer momento se puede cuestionar la falta de entrevista personal con la eliminación del contacto con el exterior, lo cierto es que sería de mucha utilidad la adopción de la telemedicina que va a permitir conectarse en tiempo real con distintos especialistas sin necesidad de realizar traslados desde los lugares de alojamiento. En ese sentido, entiendo que no se trata de reemplazar las consultas personales, sino de reforzarlas, de modo que el derecho a la salud se vea satisfecho en mejor manera.

El 10 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó la Resolución nº 1/2020 [\[487\]](#) fijando estándares y recomendaciones para orientar a los Estados sobre las medidas que deberían adoptar en la atención y contención de la pandemia, de conformidad con el pleno respeto a los derechos humanos. En dicho documento, se sostuvo que desde el inicio de la emergencia sanitaria global, los esfuerzos en las Américas para detener el virus y su enfermedad se han visto negativamente afectados por el contexto propio del continente, anterior a la pandemia, incluyendo la discriminación, la pobreza, la desigualdad, la debilidad estructural de los sistemas públicos de salud y, muchas veces, la falta de estabilidad política e institucional. Estos factores han dificultado la eficacia de las medidas de confinamiento y distanciamiento social y otras acciones en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) y las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Como

resultado, las poblaciones de los países de las Américas han sido y continúan siendo, extremadamente afectadas por la pandemia global. Los amplios grupos sociales con COVID-19, en especial aquellos en situación de vulnerabilidad, exigen una atención prioritaria en la defensa y protección de sus derechos. Las personas con COVID-19 corren un especial riesgo de no ver asegurados sus derechos humanos, en particular a la vida y a la salud, mediante la adecuada disposición de instalaciones, bienes y servicios sanitarios o médicos. Las denuncias sobre deficiencias en la atención y tratamiento médico prestados a las personas con COVID-19 incluyen malas condiciones de infraestructura, higiene, falta de profesionales con la adecuada capacitación y competencia, ausencia de insumos y materiales técnicos requeridos, y probablemente la imposibilidad material -de tiempo- para acceder a toda la información científica publicada respecto al tema, lo cual se ve agravado por la escasez de recursos.

Dicha Resolución nº 4/2020 [\[488\]](#) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como objetivo establecer “Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”, que fueron elaboradas por la Sala de Coordinación para Respuesta Oportuna e Integrada (SACROI-COVID19) instalada por la Comisión en su Secretaría Ejecutiva, en coordinación con sus Relatorías Especiales, para contribuir al enfrentamiento de la Pandemia y sus efectos para los Derechos Humanos en las Américas.

En cuanto a la definición de telemedicina, podemos decir que existen más de cien y para este artículo serán seleccionadas las más representativas. La OMS la define como “la prestación de servicios de salud por profesionales de la salud utilizando las tecnologías de la información y la comunicación, para el diagnóstico, tratamiento, prevención de enfermedades, lesiones, investigación, evaluación y formación continua con el interés de cuidar la salud de los

individuos y las comunidades donde la distancia es un factor crítico”. También se le definió como “la práctica de la medicina sin el habitual contacto personal entre los participantes involucrados en el proceso, que podría definirse como el acto médico-paciente donde ambas partes están en diferentes localizaciones geográficas y cuya comunicación es posible mediante tecnologías de telecomunicación. No tiene la intención de sustituir la imprescindible asistencia directa al paciente y por supuesto, no es solo tecnología, es un proceso de atención médica a distancia.” O como el ejercicio de la medicina a distancia -cualquier acto médico mediado por sistemas de telecomunicación, privado de contacto físico directo entre profesionales y/o pacientes-. En abril del 2020 la OMS publicó diez nuevas recomendaciones para mejorar la salud de la población y los servicios básicos mediante las tecnologías digitales. El Director General de la OMS consideró que “es fundamental aprovechar el potencial de las tecnologías digitales para alcanzar la cobertura sanitaria universal. Al fin y al cabo, estas tecnologías no son un fin en sí mismas, sino herramientas esenciales para promover la salud, preservar la seguridad mundial y servir a las poblaciones vulnerables”. [\[489\]](#)

Podrían incluirse en esta práctica, además, el telediagnóstico, las teleconferencias para segunda opinión o educación en línea, la monitorización remota, el almacenamiento digital de datos, la tele cirugía y la tele consulta. Esta última permitiría las interconsultas entre dos o más colegas o entre un paciente y varios profesionales. Podemos decir que algo similar, aunque en el formato de Junta Médica que se dispuso por parte del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4. [\[490\]](#)

Para dar validez y confiabilidad al acto médico debe existir una conectividad adecuada, ser brindada por profesionales entrenados, contar con las herramientas informáticas apropiadas, registrar sistemáticamente la

información en la historia clínica, tener la posibilidad de prescribir en forma electrónica, tomar en cuenta la jurisdicción del lugar donde se practica y contar con cobertura de responsabilidad profesional.

Con relación a los modelos de atención, pueden ser clasificados de acuerdo al tipo de consulta, en: 1) sincrónica o real: interacción en vivo, que en lo general ha sido programada, resultando la videoconferencia interactiva imprescindible para esta modalidad; 2) asincrónica o diferida: recurriendo a técnicas de almacenamiento de datos como imágenes, electrocardiogramas, historias clínicas para posterior descarga y lectura. Por el tipo de servicio, puede ser mediante tele consulta, tele diagnóstico o tele interconsulta, y por la especialidad, a través de tele dermatología, tele nutrición, tele oncología, o tele cardiología.

Los dispositivos disponibles (Smartphone, Tablet o PC) y sistemas de adquisición de datos analógicos estándares, ordenadores personales y estaciones de videoconferencias, permiten que la comunicación sea rápida, efectiva y económica, y también hay que considerar los equipos periféricos como las cámaras digitales, digitalización de documentos y pantallas de alta resolución, pudiendo además utilizarse el dermatoscopio, electrocardiogramas, o medidor de glucemias para realizar monitoreos remotos.

Otra cuestión que no debe descuidarse es la relativa a los aspectos éticos de esta modalidad de atención. Podemos afirmar que aquí se dio un cambio de paradigma en la forma de ejercer la medicina gracias al desarrollo e implementación de la tecnología y para ello deben respetarse los siguientes aspectos:

a) La relación médico-paciente que debe estar basada en un respeto y confianza mutua, en un examen personal y conocimiento suficiente del historial de salud. En el caso de consulta entre dos o más profesionales, el médico principal es el responsable por la atención y coordinación con el

equipo médico distante. Esto se daría con el profesional de la salud tratante en el establecimiento carcelario, pero considero que en conjunto tener autonomía y discreción al seleccionar la plataforma a utilizar, como también las medidas de evaluación de calidad y atención para garantizar la seguridad del paciente para arribar a un correcto diagnóstico y tratamientos posibles;

b) el consentimiento informado y el secreto médico deben garantizar los métodos de archivos, confidencialidad y la seguridad de transmisión de datos que sólo pueden facilitarse a otro profesional de la salud a petición o con la conformidad del paciente. En el caso de las prisiones, sin dudas, la persona privada de la libertad conoce que esa información por lo general puede ser requerida por el Juzgado o Tribunal a su cargo, Cuerpos Médicos Forenses, Equipos Interdisciplinarios, y por las partes para los peritos propuestos, aunque dichos datos deberán siempre mantenerse en reserva. También es común que dichos informes o estudios se utilicen para realizar pedidos de beneficios previstos en la Ley N° 24.660, como la prisión domiciliaria que, en esta etapa de pandemia, ha sido solicitada por la gran mayoría de personas detenidas.

En orden a los aspectos legales, es preciso señalar que no existe en el país una ley de telemedicina, en tanto el marco legal de la profesión médica está tipificada en la Ley N° 17.132 <sup>[491]</sup> denominada “Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina”, y que el Ministerio de Salud de la Nación creó el “Plan Nacional de Telesalud” <sup>[492]</sup> y emitió pautas para el uso de la Telemedicina. Ya en el año 2012 el Estado Nacional comenzó a trabajar en lo que respecta a cibersalud con el fin de promover una política pública destinada a mejorar la calidad de atención e igualar el derecho universal al acceso a la salud de toda la población; y la Ley N° 26.529 de Derechos de los Pacientes donde se establece que el único titular de la historia clínica es el paciente y sólo él decide a quien suministrar su

información y el uso de la misma. Por eso, al obtener su libertad, por el medio que sea, debería ser de práctica por parte de la administración penitenciaria entregarle copia íntegra de dicha documentación y la epicrisis como suele suceder, como sucede habitualmente, ya que luego se torna muy dificultosa obtenerla, incluso con orden judicial. También existen otras normas y reglamentaciones que rigen sobre la materia. [\[493\]](#)

En cuanto a las ventajas de esta herramienta, podemos decir que el aporte de la telemedicina al acceso a la salud de toda la población es seguramente su misión fundamental, preservando la calidad de atención y no la inferioridad de la misma, de modo que se garantice la confidencialidad y seguridad de la información. La accesibilidad puede salvar y calmar vidas, ahorrando tiempo, traslados, dinero y burocracia, pudiendo mejorar el vínculo médico-paciente. En el caso de las prisiones no creo que resulte posible este vínculo con el profesional que esté a distancia, pero sí va a existir sin dudas con el médico tratante del penal.

Las ventajas más visibles son la comunicación rápida, efectiva y económica, con dispositivos accesibles, tanto para los pacientes que buscan la atención como para el sistema de salud que evitaría sobrecargarse; las mejoras administrativas en cuanto a agenda de turnos y visualización de resultados de estudios; la facilidad en realizar consultas o interconsultas entre jurisdicciones alejadas, como sucede con el sistema penitenciario, y la mejora en la comprensión e indicación de los tratamientos.

En diversos estudios se pudo constatar la efectividad de la telemedicina en cuanto a la alta satisfacción en modalidad sincrónica, y ser costo-efectiva con posibilidades de ahorro al sistema, extremo que en la administración penitenciaria se vería doblemente beneficiada porque se suma el costo del traslado y de recursos humanos que están a cargo de las comisiones. Además de la reducción de

la desigualdad en el acceso a la salud y evitar traslados innecesarios, más aún en esta etapa de emergencia sanitaria.

Por otra parte, también existen beneficios para el personal de la salud en cuanto al manejo de los tiempos y costos de traslados de un lugar de trabajo a otro, menos cansancio, siempre y cuando se organice y se mantenga en el tiempo una agenda de atención y que, por supuesto, se cumpla.

Pero, como cualquier otra herramienta, cuenta con limitaciones. Entre ellas encontramos la impersonalidad en el trato, la menor empatía en las consultas, la falta de contacto físico, la dependencia total a los instrumentos tecnológicos que al fallar pueden hacer fracasar la consulta, aunque no se debe olvidarse que en el ámbito carcelario sucede muy frecuentemente cuando se demoran los traslados a los hospitales extramuros, no sólo perdiendo el turno la persona privada de la libertad sino otro sujeto que pudo haberlo ocupado en su lugar, problemática ésta que se repite desde siempre y que generó numerosa cantidad de presentaciones de acciones de habeas corpus o reclamos antes los juzgados de ejecución.

La ausencia de contacto físico es una de las características que definen esta relación médico paciente mediada por la tecnología que no podrá nutrirse de los datos de la semiología clásica, los “signos” de las enfermedades. Por lo que, se tornarán de gran relevancia los síntomas relatados por el paciente y la interpretación que de ellos pueda hacer el profesional, junto con otros datos. Sin embargo, en la entrevista debería estar presente el médico tratante del penal.

No van a poder reemplazarse a todos los actos médicos en forma universal o sistematizada, sino individualizada según especialidad, patología, agudeza o cronicidad de los síntomas, las necesidades de los pacientes, o la evaluación del caso por parte del médico tratante del penal.

En la actualidad, existe incertidumbre sobre la seguridad de los datos y su confidencialidad, con el consiguiente riesgo médico-legal para los profesionales actuantes. Otros riesgos a señalar son el empobrecimiento en la comunicación y el lenguaje, con prevalencia de una atención basada en la anamnesis, datos de laboratorio, estudios complementarios y minimización de la clínica, pero en el concreto que estamos analizando, la clínica va a estar siempre garantizada ya que en las cárceles hay médicos o médicas con guardias permanentes y en forma diaria. Lo que sí, en la actualidad, no existe presencia permanente de especialistas, salvo algunos casos aislados.

También, debe tenerse en la cuestión relativa a las interrupciones o fallas en la comunicación que ha sido el factor causal más común de reclamos ante las agencias de seguros de mala praxis en EEUU. Para algunas asociaciones, como la Asociación de Médicos de la Actividad Privada, la telemedicina podría configurarse como el elemento primordial de la precarización laboral, cuyo único objetivo sería la reducción de gastos y la precarización laboral de los médicos, pudiendo transformar una consulta on line en un call center para evacuar preguntas médicas. Esto no debería ser admitido de ningún modo. Un ejemplo de esto es, en el actual contexto de pandemia, que algunos financiadores de salud abonan al prestador hasta un 50% menos del valor de la consulta presencial, como si el carácter virtual de la teleconsulta redujera la responsabilidad profesional también a un 50 %, cuando a simple vista debería ser todo lo contrario, por mayor riesgo a una mala praxis (un diagnóstico erróneo, por ejemplo).

De acuerdo a lo expresado, se sugiere tener en cuenta que estas consultas deberían ser complementarias al acto médico presencial y que la telemedicina será en muchos casos orientativa y no diagnóstica o definitiva. En tal sentido, se puede analizar este punto respecto a las características específicas de cada especialidad médica, ya



que habrá algunas que se adapten más que otras a la práctica a distancia, siendo en todas o casi todas ellas, una herramienta complementaria. Un ejemplo de ello son los pacientes atendidos por infectología, en que luego de haber conocido al paciente en el consultorio, pueden seguir las consultas y monitorizar el tratamiento crónico por telemedicina. Esto mejoraría la adherencia al tratamiento, con menor tasa de abandonos y reducción de las consecuencias como la resistencia por mutaciones virales.

En cuanto a la relación telemedicina y servicios penitenciarios, una encuesta del año 2011, de acuerdo a la publicación “Telemedicina abre las puertas para que presos reciban atención de especialistas”<sup>[494]</sup> en los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC) sobre la salud en las prisiones, se verificó que treinta estados de Norteamérica, de los cuarenta y cinco que respondieron al sondeo, dijeron que utilizaron esta herramienta para al menos un tipo de especialidad o diagnóstico. Los estados reportaron que fue para consultas siquiátricas (62.2%) y de cardiología (26.6%), según la investigación publicada en 2016. Entre los sistemas penitenciarios que ofrecen estos servicios se encuentra Rikers Island, que alberga nueve prisiones en una isla cerca al aeropuerto de La Guardia, en Nueva York. Sostuvo la nota que recientemente, el sistema comenzó a proporcionar servicios de tele salud para las reclusas que necesitan consultas de oncología, reumatología y hematología, esperando agregar otras especialidades. Los reclusos varones de Rikers llevan recibiendo servicios de tele salud desde 2016, en tanto unas cuarenta personas tienen cada mes consultas virtuales con especialistas en las áreas mencionadas y en enfermedades infecciosas, urología, dermatología, neumología y gastroenterología.

El doctor Ross MacDonald, director médico de NYC Health + Hospitals/Correctional Health Services, sostuvo que al principio se implementó la telemedicina por su

eficiencia, para evitar las horas de transporte, pero se ha aprendido que realmente mejora la atención clínica. En la nota, se indicó que “la telemedicina puede mejorar la continuidad de la atención y ayudar a los pacientes a mantener las afecciones crónicas bajo control. En un estudio de adultos con VIH encarcelados en las instalaciones del Departamento Correccional de Illinois, el 91% de los pacientes de telemedicina lograron la supresión completa del virus durante las primeras seis consultas, en comparación con el 59% de los pacientes que recibieron atención estándar en la prisión. El estudio atribuyó estos resultados a que los especialistas proporcionaron cuidados de salud actualizados y basados en evidencia a través de la telemedicina, en lugar de depender de los médicos de atención primaria en los centros penitenciarios.” A su vez,

el doctor Jeremy Young <sup>[495]</sup> sostuvo que “Si podemos verlos en tiempo real sin tener que abandonar las instalaciones, obtenemos mejores resultados”.

La propuesta que formulo desde este artículo es que el médico del establecimiento carcelario -que brinda la atención básica- pueda realizar la consulta con el especialista en el centro sanitario, al igual que como se están llevando a cabo las distintas prácticas médicas en épocas de pandemia. Para el caso que sea necesario cotejar signos vitales o realizar estudios de mayor complejidad, el proveedor de atención primaria puede hacerlo y pasarle la información al especialista, y de resultar necesario, se dispondrá el traslado al hospital más cercano o al que tenga los dispositivos más adecuados. Por ello, desde los inicios de mi carrera como Juez, al momento de dar ingreso a los legajos de ejecución, siempre he dispuesto que no se autorizan traslados a establecimientos carcelarios distantes geográficamente si existen problemas de salud que no puedan ser atendidos en el nuevo destino, o si hay estudios o cirugías pendientes en instituciones sanitarias locales.

Han existido diversos reclamos por parte de las personas privadas de la libertad en estos años que llevo trabajando en la justicia de ejecución penal, relativos a la insuficiente atención médica básica y de especialistas en los centros carcelarios, la falta de higiene en los móviles penitenciarios, las distancias a recorrer, el clima adverso en épocas invernales o estivales, la posibilidad de contagios de otras enfermedades, y en el caso, del ámbito metropolitano, que los traslados a hospitales extramuros en la mayoría de los casos dependen de una logística especial que guarda relación con el previo paso por la Dirección de Traslados y Seguridad del Servicio Penitenciario Federal que queda ubicada en el predio del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -ubicado en Villa Devoto-. Tal vez, en el interior del país, las distancias con los centros de salud suelen ser menores y se encuentra más próximos a la cárcel, pero no en todas están los especialistas adecuados para tratarlas. Recuerdo, entre otras situaciones que a lo largo del tiempo se verificaron, que hace muchos años no había infectólogos en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, y en consecuencia, estaban prohibidos judicialmente los traslados de personas detenidas con HIV a ese penal. Varias presentaciones judiciales se han formulado sobre el particular, incluso muchas de ellas, convertidas en acciones de habeas corpus.

Podemos decir que en el ámbito nacional, existe un proyecto de teledermatología para la atención de consultas de personas privadas de la libertad vía Skype. En ese sentido, la dermatóloga de la Provincia de Mendoza Viviana Parra, explicó que "La TD es una especialidad perfecta para telemedicina, porque se puede diagnosticar mediante imágenes". Además, indicó la profesional que "constituye una herramienta adaptada a las limitaciones específicas de ese universo" y "proporciona a los reclusos una atención médica lo más cercana posible a la de la población en general". Sostuvo también que "Empezamos con la

experiencia de atender consultas a distancia en el hospital público donde trabajo, el Lagomaggiore, donde asistíamos a personas que no tenían los recursos o no podían trasladarse hasta un lugar donde existiera la especialidad en el servicio público de salud". [\[496\]](#)

Con la implementación del Plan Nacional de Telesalud 2018-2024, se extendió la práctica de la telemedicina a nivel penitenciario con buenos resultados. Además de dermatología se han sumado la radiología, infectología (cuidados crónicos de pacientes con HIV y VHC), psicología y psiquiatría. Hay una experiencia en el penal federal de Güemes que se está desarrollando en la actualidad según lo indicado por la Dirección de Sanidad del Servicio Penitenciario Federal. También en la Provincia de Salta se creó la Red Federal de Rehabilitación que actuó como facilitador de los encuentros virtuales y, desde sus funciones, impulsa la generación y aplicación de herramientas de telesalud, explicó el director de Supervisión y Monitoreo del Ministerio de Salud de la Nación: "Un equipo de profesionales del Inareps de Mar del Plata mantuvo teleconsultas con esa localidad y, así, esa familia pudo tener una atención de calidad y una capacidad en el nivel local. La respuesta fue muy buena y costo-efectiva". [\[497\]](#)

A principios del 2019 la Dirección de Atención Primaria de la Salud junto con la Dirección de Sanidad del Servicio Penitenciario Federal y a través del Plan Nacional de Tele salud, realizaron la primera jornada de capacitación virtual y simultánea para equipos de salud carcelaria en más de 6 Unidades Penitenciarias de diferentes provincias del país. La experiencia continuó replicándose en otras cárceles federales, trabajando sobre las enfermedades prevalentes en la población penitenciaria, como la tuberculosis, el VIH y otras infecciones de transmisión sexual, además de consultas asistenciales por telemedicina.

Desde el interior del Poder Judicial de la Nación, también se dieron otros cambios como ocurrió con el Cuerpo Médico Forense de la Nación, que tuvo que modificar sus prácticas a raíz de la Pandemia Covid 19. Los Dres. Leonardo Ghioldi -Vicedecano- y Esteban Toro Martínez- Coordinador del Departamento de Psiquiatría-, han señalado al autor del este artículo que desde el 20 de marzo pasado el edificio donde se encuentra su sede -a metros del Palacio de Justicia- no reunía posibilidades mínimas de desinfección, y los peritos que, a su vez, conforman un grupo de contagiosidad superior al standard poblacional, siendo relevante dicho extremo porque en esta pandemia es un hecho cierto que el personal de salud es fuente de contagio y los peritables integran las categorías de grupo de riesgo.

Frente a ello, se construyeron tres consultorios en la planta baja conformando un área circunscripta de examen pericial que funciona con ingreso propio y sin acceso al edificio; se ciñeron los exámenes presenciales a mínimas y fundamentadas excepciones tales como requerimientos judiciales muy específicos y singulares, determinadas pericias de psiquiatría y psicología infanto-juvenil que, por sus características, no pudieran realmente realizarse virtualmente; se centralizó el sistema de citaciones de modo tal de no superponer el ingreso de personas, establecer rango de tiempo para la higiene de los ámbitos utilizados; se implementó un sistema -aún en proceso- de plataformas digitales en las diferentes oficinas periciales; se estableció un sistema de personal rotativo por bloques diarios que -en caso de situación de contagio- permite el reemplazo por otro equipo de personal; se redactó un protocolo de adecuación contemplando la totalidad de oficinas y dependencias del Cuerpo el cual se distribuye periódicamente a los diferentes juzgados y fiscalías que requieren del Cuerpo Médico; se digitalizó el funcionamiento de la mesa de entradas y se generaron usuarios virtuales para determinado personal

administrativo posibilitando su tarea remota; se fijaron protocolos de bioseguridad para la circulación de documentación en soporte papel así como de personas-; y se elaboró una guía de buenas prácticas en medicina forense digital.

Para la implementación del modelo de telepsiquiatría pericial se procedió a revisar el marco normativo argentino que efectivamente respalda y normativiza el uso de la telemedicina; se revisaron los protocolos de funcionamiento del CMF en la anterior Pandemia N1H1 (2009); las experiencias en telepsiquiatría que el propio Cuerpo venía realizando en tiempos anteriores a la pandemia (en causas de lesa humanidad; para Juzgados de Ejecución Penal - prácticamente pioneros en articular pericias interdisciplinarias entre unidades de detención y distintos

equipos de profesionales en conjunto con el CMF- [\[498\]](#) y para Tribunales Federales) y la bibliografía internacional. De la misma surge que la psiquiatría fue una disciplina pionera en el desarrollo de esta herramienta constituyéndose en el primer antecedente de aplicación en Nebraska en la década de 1960, siendo seguida por la NASA en sus proyectos espaciales. Asimismo, cuenta con un gran desarrollo dentro de la telepsiquiatría. Ambos profesionales indicaron que tomaron como referencia la guía de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (telepsiquiatría 1998); el modelo inglés para telepsiquiatría forense (Saleem et al. 2008) y encontraron un aumento progresivo en la literatura de los últimos quince años de la aplicación de la evaluación remota para cuestiones forenses aplicables en Europa, Canadá, USA y Sudáfrica. En plena pandemia, un trabajo del Hospital Monte Sinaí de New York reportó el uso de evaluaciones telefónicas a cargo de psiquiatras forenses en paciente con posible estrés postraumático en época de Covid 19.

Desde el Cuerpo Médico Forense se ha instrumentado un sistema de telepsiquiatría a través de videoconferencias

por medio de distintas plataformas como Google Meet, Skype, Zoom, Whatsapp y otras plataformas disponibles, con standard de encriptamiento y seguridad informática confirmada por la Oficina de Sistemas del organismo. Según esto, el Departamento de Psiquiatría de Adultos -en el período comprendido entre el 20 de marzo al 13 de agosto de 2020- ha realizado 994 pericias en forma remota. En todas se ha podido responder acerca de lo solicitado en la disposición judicial, habiéndose logrado dictámenes periciales con una suficiente base de asertividad pericial en donde converge el examen remoto en sí con las constancias de autos y la información brindada por el operador judicial. Incluso se observa cada vez con mayor frecuencia que la calidad pericial en muchos casos supera a la tradicional practica pericial presencial, mayormente obtenido por la disponibilidad de múltiples fuentes confiables de información -tal el caso de cuando en domicilios se puede obtener datos fiables provista por familiares o personas cercanas que nunca hubieran estado accesibles previamente-.

Entre las ventajas de tal modalidad en pandemia subrayaron que permite apreciar la gestualidad del peritado e interactuar gestualmente con él (lo que se ve impedido con el uso de EPP y el mantenimiento de la distancia sanitaria de 1,5 a 2 metros); la participación plena de todos los actores involucrados; evita la circulación de las personas comprendidas dentro de los factores de riesgo y reduce riesgo de contagiosidad; permite que el Cuerpo Médico Forense acceda a lugares donde no le estaba siendo posible hacerlo; acorta los plazos periciales (facilita la agenda, reduce los traslados, y entre otras ventajas, se pueden hacer más pericias por día).

Pero también indicaron acerca de sus limitaciones: depende de la calidad de la conectividad; de la situación de salud mental del peritado (ya que un paciente paranoide podría empeorar con el uso de cámaras); del control del escenario detrás de cámara y que la tele evaluación en sí

misma no resultara una vez intentada en un medio adecuado para responder a determinado horizonte pericial.

Por último, y a la luz de las garantías convencionales y constitucionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental, los Dres. Ghioldi y Toro Martínez, propusieron el uso de la telepsiquiatría como un mecanismo de ajuste razonable para favorecer el acceso a la justicia, extremo que parece sumamente razonable y positivo.

Aclarado todo ello, podemos decir en cuanto a telemedicina y COVID-19, que la profesión médica frente a la emergencia sanitaria cambió su manera de atención en pos de sostener el distanciamiento y evitar posibles contagios, pero más allá del aislamiento por la pandemia es fundamental que las consultas y los controles no se abandonen a fin de evitar el empeoramiento, principalmente en pacientes oncológicos, trasplantados, con enfermedades coronarias u otras patologías que requieran una supervisión estricta, y en esto el Servicio Penitenciario Federal no debe en modo alguno descuidar la atención de aquellas personas privadas de la libertad que las padecen.

La atención virtual genera un nuevo escenario en el sistema de salud tanto para el profesional médico como para el paciente, en el cual la telemedicina debe garantizar el uso de plataformas seguras, sistemas especialmente desarrollados y no herramientas de uso cotidiano o informal como el correo electrónico, WhatsApp, Facebook o mensajes de texto. Este tipo de comunicación tiene varios obstáculos en el profesional médico debido a la sobrecarga de consultas y a una posible inexactitud de los diagnósticos. Los programas de telemedicina han demostrado una reducción del número de consultas innecesarias en el servicio de guardia médica.

El Ministerio de Salud de la Nación implementó el Programa Tele-COVID-19 [\[499\]](#) y comunicación a distancia



para brindar cobertura según los protocolos a aquellas personas que no cumplen criterios de internación para los casos sospechosos o confirmados. En tanto, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires junto al Gobierno Nacional y a los Municipios, desarrolló un programa CeTeC 19 (Centro de Telemedicina COVID-19) con sede en dicho Ministerio que tiene como misión el seguimiento médico a distancia de personas con COVID-19 leves, sin criterios de internación.

No debemos olvidar que el Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan ha sido pionero en implementar el servicio de Telemedicina a través de la red de Oficina de Comunicación a Distancia [\[500\]](#). Y sólo desde la situación de pandemia, llevó a cabo más de 11.000 consultas bajo dicha modalidad, lo que demuestra la aceleración y potenciación de dicha herramienta en este momento histórico de emergencia sanitaria mundial. Otro avance en este aspecto se dio en el año 2014: el Hospital de Alta Complejidad S.A.M.I.C. El Cruce se complejizó con la implementación del programa de atención remota.

La receta en formato digital fue autorizada por el Ministerio de Salud mientras dure la pandemia exceptuando los estupefacientes. El PAMI adoptó la modalidad de receta electrónica, siendo que el profesional prescribe la medicación con su firma electrónica, la envía a la farmacia y el afiliado la retira prescindiendo del formato papel [\[501\]](#). Lo mismo sucede con la Obra Social del Poder Judicial de la Nación que autorizó el formato digital para la adquisición de medicamentos y autorizaciones de prácticas médicas.

En España se realizó un estudio prospectivo de pacientes COVID-19 por PCR positiva por telemedicina y telemonitorización desde el 17 de marzo al 17 de abril, con seguimiento diario de temperatura y saturación, contactándose al menos una vez por día y se pudo concluir que dicha herramienta permite un seguimiento útil y

seguro en pacientes con COVID-19 de alto riesgo, aunque estables en el momento del diagnóstico.

La demanda de servicios de salud con la telemedicina permite rediseñar servicios sanitarios para optimizar recursos. Esto hace mejorar los trámites administrativos y de gestión y, a su vez, permite un abordaje multidisciplinario, potenciando la figura del médico de atención primaria, en el caso serían los médicos tratantes de los establecimientos carcelarios.

Por otro lado, no debe perderse de vista que la tecnología es parte fundamental en la telemedicina ya que la robótica y la inteligencia artificial contribuyen en forma positiva en los avances médicos. El avance de estas herramientas en los últimos años ha permitido la utilización de medicina a distancia en áreas como la cirugía, donde la robótica ha permitido realizar cirugías a distancia. Los sistemas robóticos tienen como objeto ofrecer servicios sanitarios a distancia, evitando que el profesional se encuentre en el mismo espacio físico que el paciente. En tiempo de catástrofes, esta forma de atención es una forma de eliminar los obstáculos que ocasiona el traslado hacia un hospital en una emergencia. Los robots durante la intervención quirúrgica no tienen como objetivo sustituir al cirujano sino al contrario trabajar a la par.

## **Consideraciones finales, a modo de conclusión**

La telemedicina, como parte fundamental de un cambio de paradigma en la medicina y la atención médica, se viene desarrollando hace varios años en la Argentina y hace décadas en otros países. Ha cambiado la forma de relación médico-paciente, poniendo el foco en la anamnesis exhaustiva, en la comunicación no verbal -gestos, miradas, tono de voz- y en el apoyo de los estudios complementarios, en detrimento del examen físico, que ha sido la base fundamental de toda nuestra praxis por miles de años.

Esto requirió, por parte de pacientes y médicos, un reposicionamiento, una adaptación y fundamentalmente haber acordado nuevos contratos en esta relación de confianza. Sin esa confianza y empatía, no hay vínculo posible, tanto en la práctica tradicional presencial como en la virtualidad. O más aún en esta última, donde forzosamente el vínculo es más lejano y mediado por la tecnología.

Como en todos los ámbitos y todas las cosas, nos preguntamos si esta modalidad, para el sistema carcelario, resultará útil, conveniente o beneficiosa para todas las personas que se encuentran privadas de su libertad -o para quienes se encuentran en libertad bajo cualquier modalidad de cumplimiento de pena o bajo regímenes alternativos a la prisión-, para todas las circunstancias, todas las patologías, todos los profesionales de la salud y todas las especialidades. Y la respuesta, en principio, sería que no.

Sin embargo, el uso masivo de la telemedicina forzada por la pandemia actual, el desafío es poder elegir lo mejor para cada integrante de este sistema, de ahí que será entonces patrimonio de los diferentes actores la posibilidad de elegir si se puede brindar este servicio, en qué circunstancias y bajo que marco teórico, que especialistas y con qué capacitación, y de parte de los pacientes, si esta nueva modalidad emergente puede ser tan beneficiosa como el acto médico presencial al que la ciencia y la cultura médica nos tenía tan acostumbrados.

Desde Sócrates y su legado -la mayéutica- como base fundamental de todo interrogatorio médico para “hacer nacer la verdad”, hasta los últimos aportes de las neurociencias y la neurolingüística, nuestras interacciones seguirán mediadas por el lenguaje, la comunicación no verbal, la empatía y ahora, por la tecnología, de la que deberá ejercerse un uso racional y responsable.

Más allá de lo dicho, todo parece señalar que la telemedicina vino para quedarse, y que resolverá cada vez más las cuestiones mediadas por la

distancia geográfica y el aislamiento en todas sus formas, promoviendo a la salud como un valor y un derecho universal para todos los habitantes, y en el marco del presente artículo, como refuerzo al derecho de la salud en los establecimientos carcelarios, donde no resulte posible o se dificulte el acceso a los especialistas. Y en este sentido, se advierte que las especialidades más aptas para esta modalidad de atención podrían ser el Diagnóstico por Imágenes, la Traumatología, la Dermatología, la Gastroenterología, la Infectología, Endocrinología, Diabetología y Nutrición, con sus limitaciones en lo que requiera semiología, y todas aquellas consultas de seguimiento en patologías crónicas en casi todas las especialidades médicas y área psiquiátrica. Estos pacientes, los de largo seguimiento, son los que posiblemente más se beneficiaran con la atención a distancia.

Para finalizar, considero que resultaría importante para avanzar con esta herramienta en el ámbito penitenciario, dar continuidad a la formación virtual para equipos de salud del Servicio Penitenciario Federal que comenzó a llevarse a cabo a través del Plan Nacional de Salud <sup>[502]</sup> y aprovechar la situación de pandemia, con limitación de traslados y servicios médicos colapsados, para reestructurar la atención médica en base a los lineamientos indicados en esta obra.

# **Controversias entre la ejecución penal y el discurso mediático de las corporaciones de medios de comunicación**

Azucena Racosta\*

Para acercarnos a conclusiones más o menos aproximadas sobre las controversias entre la ejecución de la pena y los medios masivos de comunicación, deberemos sobrevolar previamente algunos recorridos que permitan comprender cómo los discursos del castigo estructuran las prácticas sociales occidentales y eurocéntricas, más allá de las épocas y los tiempos históricos. Discursos siempre estigmatizantes, encarnados por los medios masivos de comunicación en manos de los grupos económicos de poder, encargados de construir otredad. Discursos difícilmente neutralizados, y menos aún vencidos, por la mera aplicación de la norma.

La transepisteme del castigo, cuyo hito lo ubicamos en el Malleus Maleficarum <sup>[503]</sup> o el "Martillo de las Brujas", recorre diferentes épocas y densidades históricas, produciendo sujetos sujetados, sometidos y perseguidos. Una sociedad así constituida necesita producir siempre otredades que irán variando a lo largo de la historia, aunque coincidirán en algo: en ser lo abyecto, la causa de todos los males, y también su solución, mediante su lisa y llana eliminación (o encarcelamiento). Los monjes dominicos Kramer y Sprenger, autores del Malleus, no tenían dudas de la potencia del discurso sobre las masas en

boca de los predicadores. “La lengua del justo sobre la lengua maligna”.

La imprenta con su función replicadora da un impulso inédito a la emergencia de la “opinión pública” que condena y castiga; permite dar rienda suelta a todas estas expresiones y creencias que forman parte del sentido común, pero dándole nueva fuerza cohesiva y manipuladora. Los medios amplifican y hacen hegemónicas visiones del mundo particulares y contingentes, volviéndolas así prácticas sociales. El castigo, de esta forma, no sólo son dichos y textos; también, y sobre todo, son dichos y textos que condicionan y constituyen mentalidades y prácticas. Las brujas del pasado y todos aquellos otros que irán ocupando su lugar, -símbolo de lo que queda fuera de lo social que pone en jaque el sistema de valores dominantes-, “la parte de los que no tienen parte” de Ranciere, pagarán con su vida el precio de tener una “opinión pública”.

Las brujas, los indios, los subversivos, los criminales, los otros, no son sólo caprichos del inquisidor. Hay una materialidad de clase que determina esta expulsión. En términos del Malleus, “las brujas se hallan entre las mujeres pobres porque los demonios desean mostrar su desprecio hacia el creador comprando a las brujas al más bajo precio posible”.

El enemigo, o mejor dicho, la enemiga, asume una clara pertenencia de clase y de género: son las mujeres pobres, seres calificados, continuamente, como “débiles”, “poco confiables”, aunque no por ello quedarán afuera los varones, objeto también de sus embrujos. El discurso del castigo es, por ello, un discurso patriarcal, y también, un discurso de clase. Es el nombre del padre, es la ley, lo que regula lo que puede y no puede decirse y hacerse, y por tanto, el que regula e imparte la pena, la desigualdad social entre los sujetos.

Sólo el poder -civil y eclesiástico-, sorteará el embrujo del poder diabólico y seductor de las brujas, y por este

motivo es el único actor legitimado para “castigar y exterminar” sus crímenes. La manipulación de la opinión pública, objeto del Malleus, desempeñará un importante rol: “el pueblo debe odiar al crimen para que los jueces sean más ardientes en la venganza de esos crímenes”. Como podemos observar, el discurso del castigo está, desde sus inicios, atravesado por la lógica de la venganza. Los medios masivos abjurarán por ello.

Desde las ideas de la bruja malvada, el diablo y el permiso de Dios, la inquisición construyó una realidad a través del discurso. Elementos como el temor a Dios van a adquirir una significación que le dará sentido a las convenciones sociales. Como el conocimiento depende de la idea de realidad que se tenga, donde las condiciones sociales lo determinan todo, podríamos adherir a la idea que la realidad es un delirio colectivo donde cada cultura crea sus mitos sociales. La literatura por ejemplo hace que sucedan cosas:

“... el desarrollo del pensamiento de Foucault, De Certeau y Marín, analizados por Roger Chartier<sup>[504]</sup>, se distancia de una visión simplista de la dominación, donde los discursos dominantes se imponen sin más sobre los dominados, transformando de paso la comprensión de las relaciones de poder, la de las formas de dominación colonial o la de las relaciones entre los sexos. Esta superación de los límites clásicos de las disciplinas, en particular de la historia y la sociología cultural, trazan un camino ampliamente utilizado después de ellos, en donde se “comenzó a prestar atención a las modalidades de apropiación más que a las distribuciones estadísticas, a los procesos de construcción del sentido más que a la desigual distribución de los

objetos y las obras, a la articulación entre prácticas y representaciones más que al inventario de la herramientas mentales” (Chartier, 1996:12)

El Malleus devino en constructor de una realidad que dio como resultado la creación de un enemigo de época: las brujas y los herejes. Las prácticas que habilitó nunca fueron abolidas en el terreno de lo concreto y ha nutrido a la cultura represiva que atravesó a la modernidad y que goza de buena salud en la pos modernidad. Una herramienta del poder dominante en clave de guillotina. Algo moderno hay en él, es el sistema integrado de Alessandro Baratta -dirá Zaffaroni: teología; criminología teleológica; signos del mal; símbolos criminalísticos; formas de combatir el mal.

La misma integración positivista. Eso es lo moderno del Malleus. Un texto del medioevo reeditado hasta el año 2002 según nuestro rastreo y segundo libro más leído en el mundo después de la biblia.

## **El periodismo es propaganda, la información mercancía**

Podríamos detenernos aquí en los diversos análisis que abordan la práctica profesional del periodismo, y veríamos que la mayoría de ellos, ocultan las negociaciones entre las empresas de comunicación, sus trabajadores y los otros actores sociales que intervienen sistemáticamente en la construcción de noticias, para ser rigurosos, en la construcción social de la realidad.

Desde la reflexión en torno al modelo intencionalidad editorial, un modelo que fue transformándose en un gran debate sobre objetividades y parcialidades interpretativas extensibles no solamente a la producción y al análisis de



contenidos periodísticos, sino también a la producción y al análisis de contenidos en todo el universo mediático, tomamos algunos riesgos. Estos debates y reflexiones realizadas en el Observatorio de medios de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad de la Plata, y los producidos en el marco de la Maestría en Comunicación y Criminología Mediática de la misma Unidad Académica, nos permiten sostener la idea de que el hecho periodístico pertenece al escenario del debate y de la puja en torno al poder, porque lo defiende, lo avala, lo sustenta o lo justifica, o porque lo cuestiona, y hasta trabaja para su destrucción, para su reemplazo o para su modificación sustancial.

¿En qué marco podemos reconocer que la práctica periodística pertenece al terreno de la disputa por el poder y del poder? “En el ámbito de la propaganda. Teniendo en cuenta el proceso histórico comprendido dentro del siglo XX y las construcciones teóricas y multidisciplinarias desarrolladas en idéntico período hay que destacar aquí la vigencia, en términos generales, de los análisis aportados por Lenin sobre la naturaleza, el rol y la organización de la prensa y la propaganda revolucionarias, de extrema vigencia a la hora de tratar el punto que nos ocupa. El discurso académico y periodístico del bloque de poder, - expresado por los grandes medios corporativos y los grandes centros de estudios, especialmente estadounidenses-, con sus "thinks tanks" y sus usinas de "papers", lo negarán y se horrorizarán, pero el periodismo forma parte del concepto genérico de propaganda, es una especie particular de propaganda, que se especifica y se define por una metodología y un conjunto de técnicas propias. Esa especificidad del hecho periodístico, que lo distingue del resto de los mensajes que pertenecen al ámbito de la propaganda es su Objetividad, entendida esta como inexcusable referencia al hecho objetivo, revelado por la fuente” [505]

Podríamos decir, entonces, que el periodismo es propaganda objetiva, basada en hechos susceptibles de ser constatados y confirmados en su objetualidad y veracidad por las llamadas fuentes, sean éstas directas, indirectas, testimoniales o documentales (Ducrot, 2005).

Es imprescindible también romper el mito del llamado “periodismo independiente”, si se acepta al hecho periodístico como parte del género de la propaganda, que se desarrolla alrededor de los aspectos en que se expresa la puja por el poder

Así como la objetividad es un componente del hecho periodístico, el mismo necesariamente será parcial, como lo es toda actividad humana desde el punto de vista cultural antropológico, y entendida esa parcialidad no como aceptación de una parte en detrimento del todo, sino como asunción de una posición propia del periodista y/o del medio ante el complejo y multifacético entramado de hechos sobre los que trabaja la práctica periodística.

“La política de las noticias es un arma de guerra; su propósito es el de hacer la guerra y no el de dar información”<sup>[506]</sup> Aunque resulte antipático para algunos lectores, no puedo soslayar para nuestro análisis las pautas goebbelianas de la propaganda, que no es únicamente la que se replica vulgarmente, sino que es una poderosa matriz instalada en la construcción del mensaje. Nadie desconoce el “miente miente que algo quedará”, universalizado y repetido hasta el hartazgo en nuestros días.

Me voy a servir entonces, de los lineamientos de la propaganda goebbeliana para adentrarme en la criminología mediática. Y para hacerlo, debo necesariamente intentar desarmar la matriz de lo que conocemos como propaganda fascista.

## La política de las noticias como arma de guerra <sup>[507]</sup>

La gigantesca acumulación de poder que ostentaba Hitler no estaba basada sólo en los lineamientos políticos dentro del III Reich. La razón principal de este éxito fue el empleo de la propaganda nacionalsocialista basada sobre la violencia psíquica. La Führerideologie (ideología del jefe), más allá de toda argumentación objetiva, se alineaba tras los llamamientos de Hitler al pueblo alemán, que consistían en presentar a las masas solamente "la gran meta final". Este tipo de mando autoritario y carismático, tiene una estrecha relación con la presión propagandística basada en el miedo.

El símbolo gráfico del fascismo era el de la violencia: el fascio, del latín *fascēs*, haz de varas que según la leyenda histórica tiene origen en el primer cónsul de Roma, Brutus (siglo VI a. C.), quien hizo apalear públicamente a sus hijos y acabarlos a hachazos por haber conspirado contra el Estado. Este instrumento de castigo, inspirador de temor, se convirtió en símbolo del poder en Roma: el haz de varas ligadas con una cuerda alrededor de un hacha. Los lictores, junto al cónsul, portaban este emblema para ejecutar en el acto las sentencias de: flagelar, ahorcar o decapitar. Sin embargo, este símbolo -devenido en símbolo del fascismo-, tenía en comparación con la cruz gamada de Hitler, la desventaja de ser muy complicado, y por ello no poder ser dibujado en cualquier parte y por cualquiera, como sucedió luego con la esvástica, las tres flechas socialistas o la cruz.

La propaganda, considerada por Goebbels como un arma de guerra, constituía el elemento fundamental con el que se atraía nuevos adeptos a la causa del nacionalsocialismo. La actividad propagandística tuvo dos funciones primordiales: inculcar un número elevado de ideas a un grupo reducido de personas, y agitar a un gran número de personas mediante un número reducido de ideas. El sector que

sucumbió ante esta estrategia fue la pequeña burguesía; presa fácil del miedo que resultó de una sugestión imperativa como la del régimen hitleriano. El autor soviético Serge Tchakhotine, afirmaba que esta porción de la sociedad "poseía un sistema nervioso inestable, y que a menudo se sentían contentas al verse dominadas y guiadas".

Entre los factores visuales utilizados para atraer a las masas, se observa el predominio del color rojo, -al que se le atribuye una acción fisiológica excitante-, y los uniformes militares de colores vistosos. Según Domenach<sup>[508]</sup>: "la propaganda toma de la poesía la seducción del ritmo, el prestigio del verbo e incluso la violencia de las imágenes". Para actuar sobre los sentimientos de amor y alegría, es decir sobre los sentimientos eróticos sublimados, se debían utilizar los bailes públicos, las tonadas populares, desfiles con la presencia de gimnastas, o flores.

A nivel social, Hitler copió las prácticas de la Iglesia Católica, en las que el incienso, la semioscuridad y las velas encendidas, crean un estado especial de receptividad emotiva. En los mítines, había que tener en cuenta la habilidad de los oradores para alternar lapsos de tensión discursiva, con comentarios relajados, manteniendo así a la multitud expectante. Los recursos para la "creación de entusiasmo" en la multitud, confluyen en un bloque de arengas a la masa, himnos combativos, acompañar las consignas con movimientos del cuerpo, -por ejemplo el puño en alto-. Según De Felice: "El ritmo y la cadencia de los sonidos van acompañados de un bloqueo de la conciencia, propiciando un estado de naturaleza hipnótica. La música instrumental es el más eficaz de estos tóxicos (sonoros)".

Otro rasgo de la propaganda hitleriana fue crear alrededor del nombre del líder una especie de leyenda de héroe nacional. Para Hitler "la propaganda política es el arte esencial de guiar políticamente a las grandes masas".

En el congreso de Nuremberg de 1936 exclamó: "la propaganda nos ha llevado hasta el poder, la propaganda nos ha permitido conservar desde entonces el poder; también la propaganda nos concederá la posibilidad de conquistar el mundo".

Goebbels decía al respecto que "la propaganda debe tender a simplificar las ideas complicadas". Hitler precisa en su libro: "hay que reducir tanto más el nivel intelectual de la propaganda cuanto mayor es la masa de hombres a los que se quiere llegar". La propaganda hitleriana se valía del sentimiento nacional del pueblo alemán, de su tendencia chauvinista. Otros aspectos de este fenómeno eran la persecución antisemita y la demagogia social desenfrenada en el orden interno. Uno de los atributos característicos del fascismo, la valoración positiva del uso de la violencia, se refleja en las siguientes palabras de Hitler: "la primera de las condiciones para el éxito consiste únicamente en la aplicación perpetuamente uniforme de la violencia".

Rara vez en los discursos del führer dejaba de haber un llamamiento a la violencia, una amenaza velada o una apología de la fuerza militar. Domenach afirma que "el hitlerismo corrompió la concepción leninista de la propaganda e hizo de ella un arma en sí, de la que servirse indiferentemente para todos los objetivos. Las consignas leninistas tenían una base nacional, aunque se adherían en definitiva a instintos y a mitos fundamentales. Pero cuando Hitler lanzaba sus invocaciones sobre la raza y la sangre a una muchedumbre fanatizada, que le respondía con sus "Sieg Heil", sólo le preocupaba sobreexcitar en lo más hondo de ella, el deseo de poderío y el odio. Esta propaganda no designa unos objetivos concretos: se vierte en forma de gritos de guerra, de imprecaciones, de amenazas y de vagas profecías, y si hay que hacer promesas, éstas son tan insensatas que sólo pueden llevar al ser humano a un nivel de exaltación en el que éste contesta sin reflexionar.

Otro elemento era el de no hablar nunca en condicional: "Sólo la afirmación indicativa o imperativa nutre la psicosis de poderío y la psicosis de terror entre los enemigos". Por otro lado, Hitler le asignaba a la unidad de mando el éxito de cualquier propaganda política, ya que sostenía, "el fuerte es más fuerte cuando se queda solo". Constantemente en sus discursos se repetía que los nazis serían los vencedores.

La manipulación de las masas llevada a cabo por el fascismo parece inconscientemente inspirada en la doctrina de Pavlov y sus reflejos condicionados. Leyes que rigen las actividades nerviosas superiores del hombre. Lo que Hitler comprendió a la perfección, -sin conocer la teoría de los reflejos condicionados-, en lo que refiere a las condiciones del éxito de su propaganda, fue la regla de su repetición. Dijo al respecto: "todo el genio desplegado en la organización de una propaganda no lograría éxito alguno si no se tuviera en cuenta, siempre con el mismo rigor, un principio fundamental: debe limitarse a un número reducido de objetos y repetirlos constantemente. La perseverancia es la primera y más importante condición del éxito". Por esta razón reiteraba sin cesar en las masas sus slogans o "divisas-microbio", sus símbolos sonoros y escritos.

La credibilidad debía determinar si los materiales de la propaganda habrían de ser ciertos o falsos. Para Goebbels lo importante era lo expeditivo y no lo moral. Para mantener la credibilidad, sin embargo, la verdad debía ser utilizada con la mayor frecuencia posible. Por ende, las mentiras eran útiles cuando no podían ser desmentidas. No se tenía el menor escrúpulo respecto del uso de la censura: "La política de las noticias, -aseveró Goebbels-, es un arma de guerra; su propósito es el de hacer la guerra y no el de dar información". La política habitual consistía en suprimir materiales considerados indeseables para el público alemán, para luego usarlos como propaganda en el exterior si eran apropiados. Por ejemplo, las historias referentes a

un supuesto canibalismo de los rusos eran difundidas en países extranjeros, pero no en Alemania, para no aterrorizar a los familiares de los soldados.

Uno de los elementos manejados con maestría por parte de Goebbels, era la llamada "propaganda negra". Se denominaba así a aquel material cuya fuente quedaba oculta para la audiencia. Se presumía que el hecho de desperdigar rumores para que actuaran por sí solos como propaganda, tendrían más posibilidades de ser creídos si las autoridades alemanas no estaban relacionadas con él. También se utilizaban medidas negras para combatir rumores indeseables dentro del Reich, ya que una desmentida oficial, según Goebbels, no haría más que reforzarlos.

La tarea de Goebbels consistía en vincular los sucesos con los clichés verbales que iban a adquirir un especial significado. Estas denominaciones debían ser utilizadas una y otra vez, pero sólo en las situaciones apropiadas. La metodología consistía en etiquetar a los acontecimientos y a las personas con frases y consignas distintas, pero fácilmente retenibles: "Prohibido utilizar la palabra Führer en la prensa -expresó Goebbels- cuando es aplicada a Quisling, pues no considero justo que se aplique el término Führer a ninguna otra persona que no sea el propio Führer".

Otra táctica para los principios propagandísticos era desplazar la agresividad alemana hacia algún grupo marginal. Estos recursos de Goebbels nos ayudan en la comprensión del fenómeno de persecución y exterminio de minorías como las comunidades judías y gitanas. El funcionario era el que rezaba que "la propaganda debe facilitar el desplazamiento de la agresión, especificando los objetivos para el odio". Mussolini, por su parte, contaba con Ciano, inspirador de muchas de las técnicas adoptadas por Hitler durante su estadía en el poder. Tal vez, de una de las dinámicas inherentes a las técnicas propagandísticas, el bluff en todo momento y lugar.

Es imprescindible analizar a fondo estas matrices. Al evitarlo, caemos en lecturas fragmentadas que distorsionan la verdadera encarnadura de los mensajes del poder. Por un lado, el discurso medieval donde están sentadas las bases de la del castigo. Una matriz punitiva, que se va aggiornando con el tiempo y se cristaliza en prácticas. Prácticas sostenidas en discursos, en los que la matriz del castigo y de lo punitivo subyace a lo largo de la historia, y se recrean según los modelos económicos, políticos, sociales y culturales. Y por el otro, cómo estas matrices son recreadas en la propaganda fascista. Discursos que habilitarán la persecución de los díscolos, de los demandantes, los otros, en nombre de una verdad preestablecida. Lo hará en nombre de la religión en el Medioevo, y más adelante en nombre de la ciencia positivista.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que será en la propaganda donde reconocemos los discursos medievales del castigo, de construcción del enemigo y de instalación de escenarios que consolidan lenguajes belicistas, para así comprender cómo las masas son engañadas, desorientadas y sumidas a influencias psicológicas.

## **Los medios concentrados en manos del Totalitarismo financiero y la construcción de “la realidad”**

Volviendo a la actualidad, de la que nunca nos fuimos, en la que la ciudadanía aún está convencida que “Coca Cola refresca mejor”; que los jóvenes idealistas de los 70’ “algo habrán hecho”, y que los pibes morochos y pobres de hoy “te matan por nada”; sostenemos que si la democracia no ha eliminado al aparato represivo del Estado sobre las clases empobrecidas, es porque no ha prescindido de la



cultura represiva enquistada en sus entrañas. Más allá de los matices, continúa siendo funcional a los intereses de los grupos dominantes. La democracia no ha derrotado los relatos del castigo. Por caso el Nunca Más fue un Nunca Más a la violencia política, no a la violencia sin más.

El Estado como una conformación de las clases dominantes, y más allá de los diferentes debates teóricos, se manifiesta como poder coercitivo, lo que da como resultado en términos de Zaffaroni un genocidio por goteo. Hacinamiento, sobrepoblación, incumplimiento en el otorgamiento de los institutos liberatorios que se traducen en hambre, frío, carencia de asistencia sanitaria, violencia extrema, muerte. Jóvenes analfabetos o semianalfabetos, migrantes, integrantes de los pueblos originarios, morochos, pobres.

Una parte de la humanidad que no tiene lugar en la sociedad de mercado y son guardados por las dudas, víctimas de una prisión preventiva abusiva. Cuerpos superfluos, cuerpos descartados, materia prima de la industria de la pobreza que sostendrá el negocio de la seguridad. Un negocio que produce miles de millones de dólares por día en todo el mundo, y que crece a costa de los que sobran. Los sucios, feos y malos que muestra la tele, -acompañante insoslayable y amiga de toda familia-, convirtiéndolos en enemigos a exterminar. Instalan desde las pantallas el escenario bélico desde su discurso “son ellos o nosotros” y nos introducen en una guerra virtual que se dirime en los medios, y se hace carne en la sociedad, desde la producción de un miedo irracional que no remite a hechos objetivos de la realidad.

El poder judicial, por su parte, desarrolla secretamente una política criminal que se contrapone a la manda constitucional y convencional, y responde sin más, a la criminología mediática, ante la amenaza de juicio político, o sencillamente, porque adhiere ideológicamente a los postulados de ésta. Una criminología que se opone a la académica, con la que los medios masivos de comunicación

construyen realidad y un enemigo al que habrá que aniquilar.

De la lectura de la práctica jurisdiccional en todo su recorrido es decir, desde la detención hasta la libertad de una persona, pasando por el juez y la cámara de garantías, el tribunal oral criminal y el juez ejecución, se deduce que en estos tiempos están mayoritariamente encaminados a negar derechos. Hay un acuerdo implícito por el que se han derogado el principio de inocencia y el de libertad y a su vez el cumplimiento y los fines de la pena.

Todos derechos y garantías históricos que en la práctica han sido derogados. Para ello el poder judicial de forma inteligente y mañosa, no aparece visiblemente negando esto, lo hace a través de dos o tres normas infra constitucionales que habilitan a opinar de tal o cual manera a la vez que cuentan con el apoyo del ministerio público fiscal que incumple su deber de objetividad y apela cualquier cosa.

Un derecho claramente en cabeza de alguien, al ser apelado arbitrariamente, prolonga las detenciones, prolonga los tiempos y, los fiscales y los jueces de ejecución hacen lo propio. Entonces las y los detenidos no están nunca en condiciones de lograr la libertad. Por su parte los servicios penitenciarios, eslabón que labora la ejecución de la pena junto a los fiscales y los jueces componen todo el entramado negatorio de derechos porque los servicios penitenciarios hacen informes criminológicos tardíos y negativos en un 88% -en provincia de buenos aires, para poner solo un ejemplo- lo que colabora y opera para el cumplimiento total de la pena abortando la progresividad.

Convocaremos aquí a la Ley N° 24.660 de ejecución penal y sus homónimos provinciales, leyes que, atravesadas por el aquelarre mediático que instaló en el imaginario colectivo la puerta giratoria, y a los jóvenes pobres y morochos “que te matan por nada” como enemigos de época. Estas normas han sufrido importantes modificaciones por las que devienen inconstitucionales en

alguna de sus partes, e impactan visiblemente en la progresividad de la pena. Se les cae por la cornisa el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes. Al mismo tiempo que el relato de los medios masivos de comunicación opera sobre la resolución de los jueces temerosos por la amenaza, como dijimos, de juicio político.

El resultado de lo antedicho podemos constatarlo en la provincia de Buenos Aires, durante el primer semestre del año 2020. A partir del cambio de gobierno, -diciembre de 2019-, se comienza a discutir en la provincia el problema de la sobrepoblación carcelaria que llega al 110%. Buenos Aires cuenta con 24.500 plazas, y tenía en marzo alrededor de 51.000 personas detenidas, el 45% procesadas, sin condena. Una sobrepoblación exasperante que se agrava con la llegada de la pandemia que azota al mundo, y multiplica aún más los padecimientos por las condiciones de detención. Sobrepoblación que tiene relación con la reforma de la ley de ejecución penal, el temor de los jueces, y el abusivo “te guardo por las dudas” de la prisión preventiva, que a todas luces, responde al pedido de “seguridad” de una sociedad azuzada por los relatos mediáticos. Una sociedad, que, a partir de la construcción social realizada por los medios, ya no pide justicia, sino venganza.

Las condiciones de detención en las unidades carcelarias y comisarías de Buenos Aires violan todo principio constitucional y de derechos humanos. Impacta en la imposibilidad de diseñar una política criminal acorde a los pactos internacionales a los que adscribe Argentina, e imposibilita el distanciamiento social requerido por la Organización Mundial de la Salud. Las condiciones de detención multiplican el castigo, por lo tanto, incrementan la pena desde el sufrimiento infringido.

Ante la pandemia, el poder judicial de la provincia de Buenos Aires intentó tímidamente a cumplir con el otorgamiento de los derechos de los detenidos, otorgando

libertades condicionales, prisiones domiciliarias por razones de salud, edad etc. Y también las libertades a tiempo cumplido correspondientes. Se pudo advertir que de 51.219 detenidos y detenidas en el mes de marzo, en cárceles, comisarías, alcaldías y monitoreo, la curva ascendente comenzó a descender, luego de varios años en ascenso, a 50.323 en abril, 48,030 en mayo, momento en que comienza la embestida de los medios de comunicación hegemónicos con relatos absolutamente falaces de libertades masivas de violadores y homicidas, datos sin ningún tipo de chequeo riguroso, relatos sostenidos por una sensación de inseguridad que ellos mismos crearon, y que hicieron que se retrajera el poder judicial y retome su impronta punitivista.

Así, las libertades entran en una meseta, y durante el mes de julio de 2020 comienza a subir nuevamente el número de encarcelamientos: 48.183 en junio, 48.451 en julio, y 48.558 en agosto, pudiéndose verificar que la mayoría de las resoluciones judiciales fueron negativas, ante el pedido de los institutos liberatorios que a cada quien le correspondía.

Los relatos de los massmedia no dan cuenta de la situación carcelaria absolutamente desbordada, ni de los incumplimientos judiciales por los cuales miles de personas sufren tortura, abandono y muerte. Sus relatos están contruidos para consolidar el descarte de millones de personas que el poder económico financiero mundial no necesita, y si la economía no los necesita, sobran. Como podemos advertir, poco tiene que ver en las controversias entre la ejecución penal y los medios de comunicación, el mejor o peor desempeño de los trabajadores de prensa, meros vendedores de un producto.

A partir de la sensación de inseguridad que construyen los medios con pantallas que chorrean sangre, *palabras-balas* que asestan en las sienas de los televidentes, palabras que emanan de las bocas de quienes se asumen como personas de “bien”, que se muestran detentado una

verdad como si fuera la única, movilizan como ya dijimos a uno de los negocios más rentables en la actualidad: el de la seguridad. Éste no sólo ejerce un estricto control sobre los que menos tienen encarcelándolos, sino que, el encarcelamiento revitaliza la economía desde la industria de los excluidos, que en el capitalismo tardío producirá jugosos dividendos.

Para sostenerla exitosa y triunfante se construyen cada vez más vertederos humanos que ya no reciclan sino que exterminan <sup>[509]</sup>, cárceles, comisarías, institutos penales para niños, niñas y adolescentes, es decir, provoca un gran movimiento económico desde la obra pública, también desde la automotriz con la compra de patrulleros, camiones y camionetas de traslado que tienen un valor varias veces superior al de un vehículo común, por los costos de blindaje, la tecnología de comunicaciones, los radares, los elementos de sujeción, etc.

Es inabarcable la cantidad de productos más o menos sofisticados, que las clases incluidas consumen bajo la sugestión de que están en peligro porque “te matan por nada” y debes protegerte. Cámaras de todo tipo, puertas, ventanas y autos blindados, teléfonos celulares sofisticados, botones antipánico, alarmas monitoreadas para comercios, fabricas, oficinas, hogares, alarmas callejeras, hasta un sin número de elementos disparatados que calman ilusoriamente la ansiedad que provoca sentirse “amenazado”, aunque no sepan muy bien qué es lo que les amenaza. Por otra parte, esta industria resuelve en gran medida el problema de ocupación laboral, en tanto y en cuanto ofrece los oficios con mayor estabilidad, como lo son el poder judicial, las policías, los servicios penitenciarios, el fuero penal juvenil, todos incluidos en el sistema de control social. Los “unos” que controlan a los “otros”.

El Estado nunca fue justo, ni amable, ni inclusivo con los descartados-encartados, menos aún en la sociedad de mercado, como lo podemos percibir en este artículo. Un

escenario en donde los estados en nombre de la “gobernabilidad”, hacen uso de lo que hoy se ha dado en llamar “violencia institucional”, un enjuague del abuso de poder y crímenes de estado; da como resultado democracias debilitadas, que ya no garantizan el pleno acceso a los derechos, convirtiéndolos en letra muerta. Esto conlleva a la creación de organizaciones en las márgenes de la sociedad, que posicionan su tarea en respuesta a la falta de garantías estatales de los derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, los derechos humanos universales, la constitución nacional, las leyes, y los diferentes tratados internacionales a los que los países de Latinoamérica han adscripto, existen aunque sean incumplidos.

Por consiguiente, una de las variables posibles es que las mismas organizaciones resuelvan iniciar pedidos de juicios políticos, ante la negatoria sistemática de derechos. Así como no sólo se leen palabras en los libros, sino que podemos generar el conocimiento para escribirlas, -porque ese conocimiento está vivo en el territorio de los marginados-, tengamos también la capacidad de imaginar, -como lo hizo Rodolfo Walsh-, que “en estos tiempos difíciles”, lograremos propiciar la construcción de nuevas prácticas, nuevas narrativas, desde la voz de quienes habitan las cárceles en todas sus variantes.

Los medios masivos de comunicación en manos de los grupos concentrados del totalitarismo financiero mundial, responden y construyen relatos funcionales a la dominación que ejercen sobre los pueblos y las patrias que tienen bajo su yugo. El totalitarismo financiero teje su entramado a la medida de sus intereses: la acumulación de la riqueza. Lo hace recuperando el discurso medieval y perfeccionando los instrumentos de propagación: los medios masivos de comunicación. En tanto y en cuanto las controversias entre los medios de comunicación y la ejecución de la pena no se lea en términos de disputa de poder, difícilmente podrá ejecutarse legítima y respetuosa de los pactos

internacionales de derechos humanos de la constitución y las leyes.

# **Comentarios preliminares a la cuestión de la salud mental y la cárcel a la luz de la experiencia del PRISMA**

Lic. Pablo Antonio Vitalich Sallán\*

I. Quisiera comenzar este artículo -aunque probablemente lo que siga no sea del todo un artículo sino algo así como una comunicación preliminar, boceto o enumeración de “asuntos” que requerirían cada uno a su turno una discusión pormenorizada-, agradeciendo la invitación de Vilma Biceglia a participar del presente volumen. No solamente por una cuestión de cortesía, sino también y fundamentalmente porque entiendo que tenemos una cierta necesidad de espacios que nos permitan relanzar las preguntas sobre lo que hacemos y cómo lo hacemos y salir de ese ostracismo, esa insularidad en la que nos encontramos -al menos esa es nuestra experiencia- las agencias que intervenimos en la cuestión de la pena.

En realidad, insularidad relativa, el hecho es que nos encontramos en el vértigo de la práctica cotidiana, y las resoluciones urgentes. Pero como falta, no digamos una articulación programada, pensada, lo cual quizá sería mucho pedir, pero sí un diálogo que nos permita comprender nuestras respectivas posiciones, situar nuestros respectivos campos problemáticos, nuestros obstáculos, así como también localizar nuestras diferencias, esos encuentros en el marco de la práctica concreta -y que asumen con frecuencia la forma de una retórica



caricaturesca y altamente burocratizada del mando y la obediencia- acaban plagados de malentendidos, confusiones, y tensiones. Lo cual, en última instancia favorece la perpetuación de respuestas estereotipadas, ineficaces, -incapaces tanto de atender a las vicisitudes y singularidades de las cuestiones que estamos llamados a resolver, como de capitalizar sus posibilidades- y aporta a ese *sin sentido* que acecha y sobrevuela como un fantasma sobre lo que hacemos.

Celebramos, entonces, que se abra un canal de diálogo y, aprovechamos para expresar nuestro deseo de que en el futuro puedan también incorporarse a las discusiones y los intercambios sobre la cuestión penal, las asociaciones civiles, el servicio penitenciario, y, sobre todo, las propias personas que se encuentran privadas de la libertad. Al fin y al cabo, a ellos atañe -de un modo sustancial- lo que aquí discutimos y nada demuestra que nosotros representemos su mejor interés. [\[510\]](#)

Espero que lo que sigue permita comprender por qué considero que fomentar espacios de intercambio participativo, -fuera de esas infinitas instancias estructuradas bajo la forma de la evaluación- así como incluir la voz de los propios detenidos en los debates administrativos que decidirán sobre su porvenir, atañe de forma directa a un cierto modo de concebir la salud mental y, por qué considero, a raíz de mi experiencia en el ahora llamado Programa Integral de Salud Mental Argentino (PRISMA) -experiencia hecha de los dilemas, las contradicciones, las frustraciones, las alegrías, sorpresas, aprendizajes y el cansancio de la práctica de la salud mental en la cárcel- que se trata de una condición necesaria si se quiere avanzar en la transformación de las prácticas administrativas e institucionales que producen y acrecientan los niveles de malestar e intensifican la exclusión de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

**II.** Cuando se habla de salud mental y cárcel, o salud mental y derecho penal, -y esto se nota particularmente en acto, en los pedidos que recibimos, las demandas que se nos dirigen y las expectativas que fracasamos en saldar como profesionales de la salud mental dentro de PRISMA- se confunden perspectivas y funciones, sino opuestas al menos disímiles. El sintagma es vago y tiende a quedar oscurecido e incierto qué estamos entendiendo por salud mental y menos aún, cómo concebimos la relación y eventualmente la articulación entre la salud mental y las agencias que administran la pena. Dicho brevemente, entendemos que la generalidad de la expresión subsume y confunde un conjunto de discusiones interdependientes pero susceptibles de ser distinguidas:

**1.** Por un lado, hay una discusión que, si bien es propia de nuestro campo -y el conjunto de tradiciones que la integran-, no deja de tener efectos sobre la articulación con el poder judicial. Es entre -a muy grandes rasgos- **dos modelos opuestos** de entender la salud mental; el modelo tutelar, modelo médico-hegemónico articulado alrededor de la “patología- mental” y el modelo de salud mental con perspectiva en derechos y que es el que actualmente ha quedado expresado en la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

**2.** En segundo lugar, hay **funciones institucionales** distintas que asumen profesionales de la salud mental, que en la 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. En tercer lugar, reina una confusión -quizá sea mía- sobre qué se espera de una condena. Se espera que se ¿resocialice?, que ¿pague una deuda con la sociedad?, que ¿sufra? Y esta confusión, esta tensión entre los objetivos formales de la privación de la libertad y el ejercicio real, - que en principio no nos incumben- desbordan, inundan sobre lo que se espera de los tratamientos en salud mental que funcionan en la órbita del servicio penitenciario federal.

4. Hay, además, ya dentro de la órbita del Sistema Penitenciario, programas de tratamiento -dentro de sus denominados servicios psiquiátricos o aquellos otros que se definen en torno al delito que tratan, por ejemplo, programa para agresores sexuales- y, por otro lado, está PRISMA que funciona dentro del Complejo Penitenciario Federal Número 1 y el Complejo Federal Número 4 pero que está conformado y dirigido por profesionales **civiles** con autonomía de decisión. Es decir que, si bien PRISMA funciona dentro del ámbito del SPF, y si bien todos los programas dependen -directa o indirectamente- del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hay una cierta, relativa exterioridad de PRISMA respecto del diagrama carcelario.

Ahora bien, esta organización general, esquemática se complica enormemente por varias razones, que intentaremos ir discutiendo en lo que sigue.

**III.** Si bien todo el espíritu de Ley Nacional de Salud Mental propone una alternativa al llamado modelo tutelar (caracterizado por ser paternalista, asistencialista, punitivista, normativista, por la forma en la que tiende a asumir una asimetría en los roles de quienes asisten y son asistidos, etc. [\[511\]](#)), la realidad es que, en la práctica, la

hegemonía del modelo tutelar sigue plenamente vigente y no sólo en el ámbito penal. Por la sencilla razón de que toda nuestra aparatología institucional medicolegal-asistencial-pedagógica, nuestra formación disciplinar, nuestros modelos teóricos están subtendidos por cierta racionalidad según la cual habría que devolver a quienes se les atribuye una falta o una carencia a las cercanías, inmediaciones de lo que fuera que se considere normal o, si fuera el caso de que se muestran incorregibles, enviarlos a instituciones especializadas. Su lógica es esencialmente punitiva: consiste en condenar todo lo que transgrede una expectativa normativa, culpar a quien encarna esta "transgresión", exigirle y demandarle que la corrija, con poca atención a sus condicionantes, o a los resortes reales que dificultan la emergencia de resoluciones alternativas, así como también poca capacidad de interrogar la propia participación de los sistemas asistenciales en la producción del malestar. Las prácticas tutelares se caracterizan por la paradójica tendencia a intensificar la exclusión social de quienes se desvían de una supuesta norma -al deshabilitarlos de cuajo por la deficiencia que sea que se les esté atribuyendo- en el acto de asistirlos. Y esta lógica está bien extendida por todo el entramado social, no es exclusiva del manicomio, la justicia y la cárcel.

Al interior del modelo tutelar, las ciencias médico-asistenciales y el campo penal, han establecido grandes alianzas -ya bien estudiadas- de las cuales resultan un conjunto de constructos epistémicos que operan el pasaje de un ámbito al otro. El modelo de ese lenguaje común es el de la pericia psiquiátrica, orientada a hablar de cómo es alguien a aquello que están llamados a adoptar medidas judiciales. Existen una serie de conceptos que ¿suponen? ¿construyen? una imagen de subjetividad y que funcionan estableciendo un puente entre las ciencias psi y el campo jurídico. "Conciencia de enfermedad", "culpa", "arrepentimiento", "manipulador", "pensamiento y juicio desviado", "egoísta" y la lista podría continuar durante un

buen rato, son ejemplos de constructos, variables, que habitan esa zona común, que circunscribe ese personaje, descrito por Michel Foucault, cuya criminalidad es loca y cuya locura es esencialmente criminal. Lo curioso es que esta matriz que tiene en su centro a este personaje conceptual, nacido de la prensa sensacionalista, se haya extendido abstractamente y se haya vuelto y siga siendo - cuando no hay nadie que hoy por hoy pueda negar que la pobreza y la falta de alternativas viables en una economía devastada y con dificultades estructurales para alojar a quienes han quedado en los márgenes de las garantías estatales son quienes explican esta inflación carcelaria- la materia de intercambio, el lenguaje común, entre el poder judicial y los profesionales de la salud mental y cuyo rasgo saliente es localizar y circunscribir la transgresión en la personalidad del individuo, en su supuesta normalidad o anormalidad. Más aún, se olvida a menudo, que las propias condiciones carcelarias, 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, funcionan como una máquina que constata esa imagen, en el mismo movimiento por el cual invisibiliza su propia participación en lo que produce.

El caso emblemático -emblemático porque su supuesta excepcionalidad nos parece un buen analizador del funcionamiento de la regla-, es el de personas que han sido declaradas inimputables: se les exige un tratamiento, cuyos efectos, si son positivos, se pasan por alto en detrimento de esa criminalidad que está oculta para siempre en algo así como su personalidad y que las pericias no dejan de reencontrar [\[512\]](#). Así concebida la única opción resulta recluir indefinidamente. (Que no se nos malentienda, no estamos diciendo que hay que hacer como si nada hubiera pasado, cuando algo pasó, no estamos diciendo que la

solución es una absolución inocente y pasar a otra cosa; estamos diciendo que quizá haya otras alternativas comunales para lidiar con las dramáticas en las que quedamos co-implicados, otras estrategias que, al mismo tiempo, pueden sentar condiciones para una mejor convivencia. Dicho sea de paso, ensayar estas alternativas requeriría la articulación entre diversos actores para construir respuestas inter-institucionales e integrales a problemas complejos que no se resuelven felizmente bajo la polaridad encierro/libertad).

Esta idea, de que el problema es la personalidad, no siempre está explicitada, pero es lo que subyace a esas infinitas descripciones que llenan las pericias psiquiátricas y que muchas veces se parecen a los informes que redactan los equipos de salud mental. “Siente culpa”, tiene un valor muy distinto si lo que está en cuestión es un homicidio o si lo que está en cuestión es que alguien salió corriendo con un queso del supermercado. Y sin embargo, ahí está, lo he visto. Pero ahí no termina, porque “siente culpa” también se vuelve problemático cuando alguien cuyo delito fue efectivamente grave, -y suponiendo que realmente fuera el caso de que no siente culpa - ha pasado un tiempo largo en una institución en la que se vulneran y naturalizan tantas violencias que permanecen impunes y que se suscitan con la complicidad de quienes están investidos de autoridad. De ninguna manera creo que una cosa justifique la otra, simplemente digo que las condiciones de detención resultan un obstáculo a la producción de eso que, por lo que veo, -puesto que, a mí, en lo personal, me parece que en la mayoría de los casos se trata de ensayar la producción de condiciones sociales, afectivas y económicas diferentes y no de buscar los signos de no sé qué voluntad- se espera con frecuencia: el arrepentimiento. Nietzsche lo dice así en su *Genealogía de la moral*:

“La pena, se dice, poseería el valor de despertar en el culpable el *sentimiento de la culpa*, en la pena se busca el auténtico *instrumentum* de esa reacción anímica

denominada «mala conciencia», «remordimiento de conciencia». (...) No debemos infravalorar, en efecto, el hecho de que **justo el espectáculo** de los procedimientos judiciales y ejecutivos mismos impide al delincuente sentir su acción, su tipo de actuación, como responsable en sí; pues él ve que ese mismo tipo de actuaciones se ejerce con buena conciencia; así ocurre con el espionaje, el engaño, la corrupción, la trama, y con todo el capcioso y taimado arte de los policías y de los acusadores, y además con el robo, la violencia, el ultraje, la prisión, la tortura, el asesinato, ejecutados de manera sistemática y sin la disculpa siquiera de pasión, tal como se manifiestan en las diversas especies de pena, - todas esas cosas son, por tanto, acciones que sus jueces en modo alguno reprueban y condenan *en sí*, sino sólo en cierto aspecto y en cierta aplicación práctica". (Nietzsche, 2006: 105-106).

Desde ese punto de vista, lo que se pone en acto es quién tiene la potestad, el derecho al ejercicio de la violencia y no lo repudiable, lo inadmisibles de la violencia. Más allá de eso, lo importante es que se espera a veces de ese signo, el arrepentimiento, una garantía que es incapaz de dar -sin mencionar que quien sabe que se espera eso de él puede bien aprender a mostrarse arrepentido- puesto que no sólo que las condiciones sociales, psico-afectivas y económicas no han cambiado durante la estadía en la prisión, sino que, muy probablemente, han empeorado. No puedo dejar de pensar que hay cierta injusticia en esperar que alguien se sienta obligado por un contrato social que ha faltado desde el comienzo a brindarle la protección y las garantías que justificarían, precisamente, su adhesión a las leyes. Habría mucho para discutir en esta línea, por el momento suspendo aquí, con la esperanza de que conforme desarrollemos otras direcciones, se perfila algo así como una imagen general de lo que nos proponemos decir.

**IV. PRISMA**, en ese momento Programa Interministerial de Salud Mental Argentino, fue creado a mediados del 2011, apenas unos meses después de que se sancionara la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657. En la práctica, su creación consistió en mudar al equipo de profesionales de la salud mental que ya venía trabajando en la primera e inaugural intervención de profesionales civiles en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal bajo el nombre de *El Programa de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave*, que se había iniciado en el año 2007 a propósito de la serie de denuncias que efectuaron organismos como el *CELS* y el *Human Rights Watch* referidas al maltrato, el abandono y la negligencia que padecían las personas que se encontraban bajo tratamiento psiquiátrico en la Unidad 20 y, sumar una dotación de profesionales que proveía el Ministerio de Salud de la Nación. Este carácter interministerial si bien nominalmente se extendió hasta el 2016, se había acabado efectivamente en el 2013.

Como sea, ahí, reside la herida fundacional que divide internamente al programa y signa todas sus dificultades: al tiempo que recibía por asociación temporal el impulso y la atmósfera de la nueva ley de salud mental y sus principios, heredaba, por su lugar en el organigrama institucional, el lugar de la vieja Unidad 20, bastión y corazón de la matriz disciplinar centrada en la figura del loco-criminal, “la persona con problemas” que se incluye e integra al tejido social bajo la figura de la peligrosidad, de la amenaza, etc. En esa marca fundacional, sin duda está signada nuestra deriva histórica: en los inicios parecía -así lo creímos- que nuestra misión era parte de un movimiento mayor orientado a revisar las condiciones generales de la privación de la libertad que producen de manera sistemática formas de sufrimiento mental y es, -en parte, con mayores o menores posibilidades lo que hemos intentado hacer- y, sin embargo, acabamos encapsulados, cercenados, reenviados a ser un programa de salud mental que funciona en un complejo de máxima seguridad. Quizá



se entienda mejor si volvemos brevemente sobre la Ley de Salud Mental.

Decíamos, la Ley N° 26.657, postula un marco normativo para el ejercicio de la salud mental en directa oposición al modelo tutelar hegemónico y define entonces el objeto de la salud mental, su materia su cuestión: el padecimiento, el sufrimiento mental y no la patología mental. Al interior de este viraje, se trataba para nosotros, no tanto de intercambiar con las agencias judiciales el cómo son las personas que tratábamos sino de 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. Lo que resulta que afecta casi invariablemente a las personas privadas de su libertad son las propias condiciones de la privación de la libertad. En parte, es este rasgo de exterioridad que tiene PRISMA lo que nos permitió, al menos durante un tiempo, disponer de una importante capacidad para interrogar, suspender, neutralizar, y también transformar [\[513\]](#) -aunque resta hacer todavía un balance sobre la actualidad de esa capacidad- algunas de las prácticas y hábitos institucionales y administrativos de la propia institución que producían formas de sufrimiento mental. Esto es que nuestra materia de intervención era no tanto las personas, sino el ámbito mismo en el cual desarrollamos nuestra actividad.

Releamos el art. 3 y el inciso b:

“En el marco de la presente ley se reconoce 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 de toda persona (...) En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: Demandas familiares, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona”.

Nuevamente, habría mucho para discutir, pero en este contexto nos contentamos con reponer y dejar señalada esta pista que debiera ser suficiente: que la cuestión de la salud mental queda sustancialmente ligada a la *concreción de los derechos de las personas*.

Las consecuencias prácticas de esta formulación, en el ámbito penal son innumerables. Damos dos ejemplos de lo que implica:

**1.** 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 directas sobre su libertad o cualquier otra cosa en la que pudiera haber un interés. Aún 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 -y hemos trabajado para que las *causas* al menos dentro de nuestra esfera no implicaran castigos

adicionales-; es difícil, en un ámbito así, que alguien pueda abstraerse de la sensación de que está constantemente bajo evaluación. Entonces, nos resultaba indispensable, si queríamos actuar con acuerdo a la ley, resguardar nuestras actuaciones bajo el secreto profesional y desligarnos de las funciones psico-sociales que se definen por su rol de *auxiliares de la justicia*.

Sin embargo, al mismo tiempo, que procuramos evitar la circulación indiscriminada de información entre ámbitos de incumbencia diferenciados, no dejamos de cuestionar e interrogar la imagen que muchas veces se construye de las personas que asistimos y que ponen en acto prejuicios y miedos sobre la locura, - la deconstrucción de las representaciones sobre el padecimiento mental constituye una tarea genuina de la salud mental, puesto que coadyuva a desarmar la exclusión que se deriva del estigma- o de discutir los perfiles y las conclusiones que se trazan en el marco de interrogatorios y evaluaciones fugaces, imperativos e intimidantes luego de las horas y el terror de los comparendos y que, no siempre, pero con frecuencia extraen conclusiones determinantes y sustanciales sobre cómo o quién es alguien. Conclusiones, que no son ni ciertas ni falsas, resultan vagas, incapaces de atender a los matices, las particularidades, o de hacer un análisis del funcionamiento concreto. Como se trata de presentaciones esquemáticas incapaces de traducir las vicisitudes de una vida se repiten idénticos en el tiempo. El inciso n del art. 7 de la Ley, lo dice así: “Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”.

Si sostenemos el derecho a que la información que se produce en el tratamiento permanezca resguardada de las instancias judiciales, no es sino para procurar que se produzcan otros acercamientos, otras aproximaciones que aquellas pre pautadas por los guiones institucionales. En efecto, el conjunto de los mecanismos administrativos -la ininteligibilidad de los oficios, la jerga médica especializada, las disposiciones temporo-espaciales, etc.-, la

liturgia del respeto, la multiplicación de las instancias de evaluación que reiteran una y otra vez las mismas preguntas, operan *performativamente* una distancia sacralizada entre los detenidos y los funcionarios. ¿Esta *distancia*, no es un problema? ¿No es esta distancia, actuada, ritualizada la que nos presenta a ese otro como manipulador, engañador, peligroso, amenazante; y no es esa distancia la que pretende evocar la solemnidad del poder y así intimidarlo y obligarlo a deponer sus armas, sus artimañas, sus astucias? ¿No es un problema que, en esa distribución de roles, uno esté esencialmente cuestionado, no a propósito de tal o cual hecho sino en sí mismo, en su dignidad y que el otro encarne un lugar esencialmente inapelable? ¿No existe una suerte de presuposición absurda de que lo más verdadero de las personas es aquello que nos quieren ocultar y que nuestras estrategias nos van a revelar eso que no nos quieren decir? Subtendido por esta desconfianza estructuralmente asentada ¿el encuentro no va a asumir la forma de una pesquisa policial orientada a que el otro se exponga como lo que realmente es? (Dicho sea de paso, este *habitus* de la desconfianza ¿no es el que tiende a emanciparse de la relación específica de los funcionarios y los detenidos, y teñir la relación entre el conjunto de los actores que intervienen y que tiene a unos y otros ocultando lo que creen será mal visto, o buscando culpables, en lugar de asumir las dificultades estructurales que se nos presentan diariamente? Dificultades que requeriría soluciones nuevas, flexibles, una disposición a la interrogación de las respuestas protocolares).

Entonces no se trata sólo para nosotros, de traducir y volver comprensible los oficios y acercar y hacer conocer lo que se dispone sobre alguien, sino también compensar con nuestros informes -y esto no es una tarea sencilla- la versión que se asienta administrativamente en el marco de esas evaluaciones, y esos informes que confeccionan tantos otros..., procurar hablar de lo hacemos y proponer las condiciones que creemos deben atenderse, y procurar,

también, que puedan ellos mismos hablar, encontrar medios y formas de que ellos mismos se presenten. (Le pregunto a M. que está en PRISMA: “M. qué le dirías vos a los magistrados, qué te parece que es importante que les digamos” “Que nos conozcan, que nos vengan a ver”. Le pregunto a P. “¿Cómo te fue en el Cuerpo Médico Forense?”, P: ¡No pude hablar! Te hacen una pregunta detrás de otra, si empezás a hablar y les querés explicar corte que te dicen que respondas lo que te preguntaron y no te dan tiempo, uno va súper nervioso y ¡son peor que la policía como te hablan!”. Por supuesto también sabemos que los expedientes se acumulan, pero la pandemia abrió el mundo de los encuentros virtuales... quién sabe, podría ser una vía, hemos tenido experiencias nuevas e interesantes en el último tiempo).

**2.** No hacer un uso normativo de los recursos en salud mental. Esto es, un uso orientado a corregir o castigar por transgresiones o conductas inadecuadas. Para ilustrar de un modo quizá pueril pero claro cuáles son las consecuencias de esta formulación, quisiera reponer una viñeta típica y real. Alguien en la cárcel se corta y la demanda puede ser “Hagan algo con este muchacho (...) si se corta es porque algo anda mal en él”. Y por supuesto, que es preocupante que alguien se corte. La demanda se acompaña con frecuencia “¿no hay algo que puedan darle?” (¿no habría que volver a instalar el debate relativo al uso de la psicofarmacología como forma de gobierno, como forma de volver tolerable la dinámica concentracionaria de la cárcel? ¿no hay una contradicción entre la preocupación por el consumo problemático, por lo extendido que está el consumo problemático entre quienes pueblan la prisión y la administración generalizada e indiscriminada de psicofármacos?). Luego, probablemente en esta viñeta que invento con elementos reales, nos llega un oficio solicitándonos que evitemos que tal o cual tenga acceso a elementos cortopunzantes. Se trata de que eso que pasa no pase, no de intentar comprender qué pasa. Esto es, la

respuesta tiende a ser acallar lo que pasa. Pero asumir rápidamente que “hay algo malo en él”, podría no abrir el juego y escuchar que hay muchas razones para cortarse en la cárcel, -algunas de ellas intensificadas por los esquemas prácticos que ella instituye- y que nada tienen que ver con la psicopatología: puede ser una forma de protestar por un derecho que está siendo vulnerado -y no por mala voluntad de nadie, sino porque la burocracia administrativa que atraviesa a los dispositivos de salud, a las agencias judiciales y al propio servicio penitenciario operan sistemáticamente una dilación agobiante-, puede ser la forma de pedir que lo saquen de un pabellón donde se siente amenazado, puede ser la forma de hacerse oír por sus representantes legales, podría ser que no puede hablar y comunicarse con el afuera porque le faltan insumos, puede ser un efecto del encierro, y la imposibilidad de concebir un proyecto vital, etc. Acallar o procurar limitar que se corte, sin atender aquello que se expresa en el corte, constituye en sí, una forma de violencia. El modelo tutelar vería en la falta de adecuación una razón para asumir a priori que hay un problema con esta persona, y le faltaría toda interrogación acerca de cómo ciertas expectativas e ideales, incluso ciertos principios -a todos lo mismo, por ejemplo- y los mecanismos que pretenden concretarlas están en la génesis de los fenómenos y los síntomas que trastocan el *status quo* y el orden.

**V.** La formación histórica, la racionalidad que asoció fuertemente locura y criminalidad constituye un estrato al interior del cual nos hemos formado. ¿O no son en parte, la culpa, la falta, nuestras obsesiones, lo que pedimos y damos, nuestros juicios -cómo nos condenamos o condenamos a los otros-, nuestros deseos, lo que nos permitimos, lo que nos habilitamos, lo que nos justificamos y lo que nos prohibimos, las estructuras afectivas que nos definen en nuestro funcionamiento, en la relación que

establecemos con nosotros mismos, con los otros -con lo que imaginamos que se espera de nosotros-, con lo que hacemos? La vergüenza, la culpa, ¿no se vuelven consistentes y tanto más intensas y amenazantes cuanto más esfuerzo hacemos por excluirlas u ocultarlas? ¿Procurar ocultarlas no las vuelve más reales? Nuestra relación a lo que sea que llamamos locura y a lo que sea que consideremos una falta, son todavía, napas que estructuran nuestra sensibilidad. Pero no nos constituyen, sin cristalizarse además en instituciones sociales. Quienes están en PRISMA, no puedan tener visitas íntimas, ni ingresar al régimen de progresividad de la pena: detrás de lo que podría parecer una anodina vicisitud y contingencia administrativa, se esconde una imagen teratológica. Lo inverso, también es cierto, estos mecanismos que separan, dividen, perpetúan la ficción.

Hace un tiempo vinieron de otro país a conocer PRISMA. Nos presentamos, les comentamos cómo funcionaba el programa, y los invitamos a conocer las salas. “¿Cómo? ¿Vamos a pasar? ¿No es peligroso?” “No, no... cuanta más circulación haya, mejor es”.

# **Ejecución Penal: la implementación de herramientas tecnológicas como garantes de la efectiva defensa en juicio en los procesos disciplinarios**

*Comentario al fallo CCC 21528/2012/TO1/4/CNC1, “Tedesco s/ recurso de casación”, CNCCC, Sala 1, Reg. 162/2015, del 16/06/2015\**

Martín Aberasturi <sup>\*\*</sup>—

Partiendo del análisis de la naturaleza de las sanciones disciplinarias enmarcadas en el decreto 18/97 que norma anacrónicamente el ámbito de conductas de la población penal, podemos vislumbrar que resultan en sí mismas el germen del debido proceso, dentro de la ejecución de la pena privativa de libertad. Pero ello, no ha garantizado hasta el presente la asimilación de los principios generales que sí rigen dentro del ámbito procesal. Un claro ejemplo de ello, es la representación letrada en tales actuaciones.

Tal cuadro de situación empeora si consideramos que en ejercicio del poder de policía que ostenta el estado, la persona condenada puede resultar destinada a cumplir parte de su pena, en un instituto carcelario con asiento en localidades del interior del país, que en la mayoría de los casos se encuentran a más de mil kilómetros de distancia. Con ello, puede considerarse que la garantía constitucional



consagrada en el art. 18 de nuestra carta magna, aparece desdibujada al grado de no poder asegurar la inmediatez entre la persona privada de libertad y su defensa letrada.

Abordemos así a una primera noción de "sanción disciplinaria". Puede definirse como una pena de carácter especial, aplicada con una doble finalidad. Una de carácter retributivo, por cuanto tipifica la conducta infractora, produce la prueba de cargo necesaria e impone finalmente una medida de restricción a la conducta impropia cometida. La otra de carácter preventivo, orientada a reestablecer el orden y preservar al ámbito penitenciario de injerencias nocivas de quienes no han demostrado adaptarse debidamente a los regímenes carcelarios. Un correcto labrado de los procesos disciplinarios contribuye a una administración de justicia concreta, eficiente e inobjetable. [\[514\]](#)

No existe al presente una clara y consensuada jurisprudencia sobre este importante vacío legislativo, pero citaré uno de los primeros fallos en dictarse con meridiana claridad, por parte de la Excma. Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional. CNCCC, sala 3, CCC 21528/2012/TO1/4/CNC1, "Tedesco", reg. n° 162/2015, 16/06/2015, jueces: Díaz, Sarrabayrouse, Garrigós de Rébora. *Antecedentes: El TOC N° 6 rechazó el planteo de nulidad deducido por la defensa contra la sanción disciplinaria fijada por la Dirección de la Unidad N° 6 del SPF a Tedesco, en los términos del Decreto 18/97. La defensa recurrió por considerar que la resolución impugnada resulta arbitraria, en los términos del art. 123 del CPPN. Decisión: La sala, por unanimidad, hizo lugar al recurso, casó la resolución y declaró la nulidad de la sanción disciplinaria fijada. Durante el trámite del procedimiento disciplinario el interno no contó con asistencia letrada ni pudo comunicarse con su defensor. La instrucción se limitó a notificar a la defensa y cuatro horas después llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 40 del decreto 18/97. El planteo de nulidad de la asistencia*

*técnica acaeció 15 días después de ese momento, cuando la sanción ya se había cumplido, extremo que denota que en el caso no se satisfizo el derecho de defensa en juicio (sustento en la doctrina emergente del caso “Altamirano” de la Sala II, reg. 100/2015, en orden al alcance que ha de acordarse al derecho de defensa en juicio en el marco de un proceso disciplinario).*

De tal manera, descartada la necesidad de asegurar la representación letrada en el ámbito carcelario y particularmente en el paréntesis procesal de las sanciones disciplinarias y dada su importancia -desde que ellas replican conductas tipificadas como delitos por fuera de los muros penitenciarios-, estimo que deberá avanzarse en una solución definitiva e integral para el régimen disciplinario. Y ello conlleva la necesidad de permitir el acceso (tanto personal como virtual) de la defensa técnica, dentro de los establecimientos penitenciarios y en momento oportuno. Marcada más arriba la seria dificultad que acarrearán las grandes distancias y la naturaleza federal del sistema jurídico y penitenciario, estimo que la única solución tangible se obtendrá mediante el uso masivo de medios tecnológicos como la videoconferencia.

En ese sentido se avanzó oportunamente en el JNEP 4 - en una primera instancia-, mediante la resolución recaída en autos n° 107.908 “*Javier Darío Hebel s/ejecución de penas*” (2012) donde se esbozó la necesidad de que la autoridad penitenciaria concrete aunque verbalmente, la noticia de la existencia del sumario a la defensa. Con el advenimiento de la Recomendación II del Órgano de Seguimiento y Control de Establecimientos Carcelarios (rta. 2013), se avanzó en los autos n° 7517/2001 “*Yuri Tereviyevich Kepysh s/ejecución de penas*” (rta. 2014) sustituyendo la noticia verbal a la defensa por la utilización de casillas de correo oficiales, el envío de la documentación mediante copia escaneada, la puesta en funcionamiento de una sala de videoconferencias y, finalmente con la resolución general dictada en autos n° 149.051 “*Gutiérrez*

*de León, Blas Mauricio s/ ejecución de penas”* (rta 2016).  
[\[515\]](#)

Empujados por esta novedosa e inevitable experiencia en el uso de medios remotos a la que nos enfrentó el confinamiento obligatorio por el COVID-19, estimo que hoy nos encontramos en condiciones de dar el último paso en búsqueda de un completo y eficaz control judicial de garantías procesales en el ámbito de las sanciones disciplinarias, a través de la instrumentación del enlace de video conferencia permitiendo -electrónicamente- la presencia letrada en forma oportuna y eficaz, dando así el giro completo, iniciado años atrás.

Finalmente, considero necesario revertir el escaso interés dado históricamente a este tipo de actuaciones penitenciarias, ya que como se ha expuesto, resultan de vital importancia a la hora de sopesar y evaluar el cumplimiento de los reglamentos carcelarios -y la aptitud de otorgar beneficios legales-, como así también hace extensivo por su intermedio, la tan necesaria presencia letrada en todos los actos de la vida intramuros.

# **Tensiones entre el art. 28 de la Ley N° 24.660 y el art. 13 del Código Penal. La doctrina de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional**

*Comentario al fallo CCC 47031/2018/TO1/EP1/2/CNC1, “Duarte, Mariano Néstor s/recurso de casación”, CNCCC, Sala 3, Reg. 454/2020, del 28/04/2020\**

Marcos Caffarena <sup>\*\*</sup>

El 28 de abril de 2020 la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional se pronunció en el caso “DUARTE, Mariano Néstor s/incidente de libertad condicional”<sup>[516]</sup>. La libertad condicional de Duarte había sido rechazada en la instancia de origen porque no contaba con el pronóstico favorable de reinserción social previsto en el art. 13 del Código Penal. Si bien su proceso de ejecución de la pena se había iniciado en octubre de 2018, recién en diciembre de 2019 las autoridades penitenciarias lo calificaron con buen concepto. Esto ocasionaba, en los términos del art. 28 de la Ley N° 24.660, reformada a partir de la Ley N° 27.375, que su pronóstico de reinserción sea “desfavorable” por no tener, como mínimo, una calificación buena durante al menos las dos terceras

partes de la condena cumplida al momento de petitionar la libertad condicional.

La Sala destacó que la decisión recurrida adoptaba una interpretación meramente literal del art. 28 de la Ley N° 24.660 “sin ingresar en el análisis, evidentemente necesario, de la relación intersistemática que esa norma posee respecto del artículo 13 del Código Penal”. Agregó que, al tratarse de una persona condenada a una sanción de tres años de prisión, debía explicarse cómo, en ese grupo de casos, podría encontrarse configurado un pronóstico de reinserción social “favorable”. También señaló que la resolución de la instancia previa no consideró

“la incidencia que podría, eventualmente, poseer la circunstancia de que el artículo 28 de la ley 24.660 es una norma solo aplicable a la jurisdicción federal, y no necesariamente en todo el territorio nacional, como sí lo es el artículo 13 del Código Penal”.

Por estos motivos, anuló el pronunciamiento y remitió el caso al juzgado de procedencia para que dicte una nueva decisión.

Tiempo después, la Sala 3 tuvo pronunciamientos similares en los casos “KOPALEX, Lionel Oscar s/legajo de casación”<sup>[517]</sup> y “BUFFIN, José Carlos s/incidente de libertad condicional”<sup>[518]</sup>.

La doctrina que se desprende de estas tres decisiones es innovadora puesto que interpreta el art. 28 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad tras la reforma introducida por la Ley N° 27.375 en julio de 2017.

Detecta que existen tensiones entre esa norma y el art. 13 del Código Penal. La incompatibilidad se da, por lo menos, por tres motivos:

a) Aquellas personas cuya ejecución de la pena se encuentra regulada por la Ley N° 24.660 se ven sometidas

a un régimen más estricto para obtener el pronóstico de reinserción favorable que demanda el art. 13 del Código Penal, vigente para todo el país. Si bien fueron dos disposiciones dictadas por el Congreso Nacional, la primera tiene una aplicación restringida. Esto podría generar una cuestión federal que motive a futuro la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 Ley N° 48). Particularmente, produce como agravio la afectación del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional).

b) Al prescribir el art. 28 de la Ley N° 24.660 un pronóstico de reinserción desfavorable para aquellas personas cuya calificación de conducta y concepto no sea “buena” durante dos terceras partes de la condena cumplida al momento de solicitar la libertad condicional atenta, especialmente en los casos de penas que no superen los tres años de prisión, con el requisito temporal de ocho meses ordenado por el art. 13 del Código Penal. Esto genera que el tiempo de detención efectiva que buscaba evitarse en condenas leves tenga que extenderse si, por ejemplo, las primeras calificaciones asignadas no igualan o superan los cinco puntos (art. 51 decreto 396/99).

c) Conectado con esto último, el art. 13 del C.P. regula que la libertad condicional podrá ser por obtenida “previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”. Precisamente el carácter técnico e individualizado se desnaturaliza ante una solución legalmente impuesta como la del art. 28 de la Ley N° 24.660.

Finalmente, la doctrina iniciada en el caso “DUARTE” interpreta que en los casos de penas de corta duración debe existir un examen especialmente cuidadoso sobre el desarrollo del tratamiento penitenciario, especialmente cuando la única calificación asignada en esas circunstancias es inferior a “buena”, para lo cual tendrá que brindarse una fundamentación suficiente que permita

interpretar esa evaluación como un obstáculo para la concesión del egreso. Esto surge especialmente de los casos “KOPALEX” y “BUFFIN”, quienes al momento de los fallos se encontraban calificados con un “4” de concepto, es decir, una nota “regular”.

## **Habeas corpus y el derecho al trabajo de las personas privadas de libertad**

*Comentario al fallo en causa N° 2875, “Kepych, Yuri Tiberiyevich s/habeas corpus”, del Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, Pcia. de Bs. As., del 13/06/2013*

Maximiliano A. L. Callizo\*

Un colectivo conformado por personas privadas de libertad interpuso una acción de habeas corpus, en los términos previstos en la Ley N° 23.098, contra autoridades nacionales por considerar que se encontraban agravadas las formas y condiciones en las que cumplían su condena.

Concretamente, el reclamo se centró en que las condiciones laborales que desempeñaban en oportunidad de cumplir su privación de la libertad, no se adecuaban a la normativa legal vigente, dado que solo se abonaban las horas trabajadas y no aquellas que, por enfermedad, educación, visita y otras cuestiones relacionadas al régimen carcelario, les impedían presentarse a cumplir con las mismas, lo cual se traducían en una disminución de la suma de dinero percibida al final de cada liquidación.

Ahora bien, en relación a la acción intentada:

“cabe poner en resalto que la citada Ley N° 23.098 introdujo la subespecie que se denomina



habeas corpus “correctivo” el cual en su art. 3ero., inc. 2do. de la citada ley, indica que dicha acción procederá contra actos u omisiones de autoridad pública que impliquen “agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

“En ese sentido, el fin perseguido por este instituto, ya no es procurar la libertad de la persona detenida, sino enmarcar la forma o el modo que se cumple la detención, sin ello resulta vejatorio.

“En ese punto, de sus antecedentes legislativos, surge que tiene basamento en la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto al trato digno que deben recibir los internos en las prisiones.

“Por otra parte, nuestro más Alto Tribunal, tiene dicho que el habeas corpus correctivo ha sido planteado como un medio constitucional y legal, adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones, cuando fuere urgente modificar el agravamiento en las condiciones de detención y ello no aconteciere por cualquier razón.”

En cuanto a ello “cabe resaltar que el tópico aquí traído estudio no se trata de cuestiones relacionadas a la seguridad de los internos o de tratamientos médicos, ni traslados injustificados que se traduzcan en mortificaciones que importen un trato degradante contrario al principio de dignidad humana que amerite ser analizado a la luz de una acción de habeas corpus, sino que por el contrario...ya que la cuestión aquí analizada no constituye un agravamiento de las formas y condiciones en las que las personas

cumplen su privación de la libertad, sino que más bien revela una pretensión laboral...

“Cabe citar que el capítulo VII de la Ley N° 24.660 establece que el trabajo es un derecho y un deber del interno y en ese sentido puedo afirmar que, el trabajo prestado intramuros está regulado por las disposiciones constitucionales, los Tratados Internacionales que integran el llamado bloque de Constitucionalidad Federal, por la Ley N° 24.660 y el Reglamento General de Procesados así como por todas las normas que integran el derecho laboral y que resultan compatibles con la naturaleza y modalidades del trabajo carcelario. En consecuencia, es aplicable el principio protectorio, que es la piedra angular de esta rama del derecho y todas las otras reglas que son consecuencia de este. [\[519\]](#)

“...En tal entendimiento, al margen que nos encontramos frente a una cuestión que merece, sin dudas, un más profundo análisis, el mismo debe darse en la órbita del fuero Nacional del Trabajo, atendiendo a que el domicilio del organismo demandado, quien tiene en definitiva competencia para deducir dichas remuneraciones, posee domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“En esa exégesis, puedo afirmar que, en el Derecho del Trabajo, la doctrina plenaria “Goldberg, Lucio c/Szairo, Miguel” resulta todavía cita obligada allí donde se discuten caso en los que aparece dudosa la existencia de un vínculo laboral o la aplicabilidad de la Ley de Contrato de Trabajo.

“Es así que, casi todas las salas del fuero laboral sostienen, con la invocación de dicho

fallo y del art. 20 de la Ley N° 18.345 (Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo), que dicho fuero resulta competente allí donde se invoquen normas laborales, con independencia de lo que en definitiva se resuelva en relación a la procedencia de la improcedencia del reclamo.

“En ese sentido, es menester tener presente que nuestro más Alto Tribunal tiene dicho que “para determinar la validez de una ley es su letra (Fallos 304:1820; 314:1849), a la que no se debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313:1149; 327:769)”; asimismo a estas reglas se añade que “el principio de legalidad” (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal.”

“...La interpretación del art. 20 citado, permite inferir que el legislador quiso atribuir competencia objetiva al juez laboral en razón de la materia, estableciendo, como principio, que deben llegar a su conocimiento todas las causas, sea cual fuese la pretensión y la naturaleza de los vínculos, en las que se alegue como sustento la existencia de una relación laboral y se reclame, como en el caso en análisis, la aplicación del Derecho del Trabajo, sin perjuicio de lo que con posterioridad se acredite en relación al vínculo invocado.”

En definitiva, a mi criterio, la acción interpuesta por las personas privadas de libertad no debe transcurrir bajo los parámetros que establece la Ley N° 23.098, “sino que obedece claramente a un reclamo de índole laboral respecto del cual, conforme a la normativa legal vigente

como así también en consonancia con la jurisprudencia y doctrina citada”, debe intervenir en la demanda laboral, como adelantara, la Justicia Nacional del Trabajo, “...a los fines de zanjear la cuestión planteada en cuanto a si se debe o no adecuar el régimen de trabajo intramuros a la normativa laboral vigente...” o encaminarse a la redacción de un procedimiento especial que contemple las circunstancias particulares en las cuales se desarrollan las citadas actividades laborales.

Cabe aclarar que con fecha 18 de julio de 2013, tras el recurso deducido por la defensa del interno, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó el pronunciamiento dictado por el Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora que en este artículo se comenta, y modificó el punto dispositivo II de esa resolución, “...en tanto si bien habrá de confirmarse la incompetencia decretada por el magistrado de origen en razón de la materia, deberá extraer testimonios de lo actuado y una vez certificados, remitirlos a la Procuración Penitenciaria de la Nación...”<sup>[520]</sup>.

Habiendo interpuesto la defensa recurso de casación contra esta última decisión, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>[521]</sup>, hizo lugar al remedio deducido y ordenó al Ente de Cooperación Técnica y Financiera, dependiente del Servicio Penitenciario Federal, junto con los organismos del Estado vinculados a la materia en cuestión y de consuno con la Procuración Penitenciaria, “... 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...”.

Asimismo, encomendó al Director del Servicio Penitenciario Federal, “...para que durante la transición se instruya a las autoridades del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza para que ajusten su actuación de

conformidad con las disposiciones de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo y sus modificatorias, respecto de los internos que desempeñen tareas laborales, de acuerdo con la coordinación dispuesta por el artículo 118 de la Ley N° 24.660...”.

Finalmente es del caso señalar que, en la actualidad, la causa se encuentra aun en trámite.

# **Ejecución de habeas corpus colectivos: algunas (breves) reflexiones. El caso de la fijación de cupo judicial en el penal de Marcos Paz**

*Comentario al fallo FSM 8237/2014/13/CFC1, “Procuración Penitenciaria de la Nación s/recurso de casación”, CFCP, Sala II, Reg. 1351/2019, del 28/06/2019\**

Ignacio Calvi\*\*

## **I. Introducción**

El presente tiene por fin realizar un sucinto relato del expediente que tramita [\[522\]](#) por ante el Juzgado Federal nro. 2 de Morón, iniciado el día 27 de febrero del año 2014 a partir de presentación de acción de *habeas corpus* efectuada por la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación en favor de los internos alojados en la “Sala de espera” del Módulo 1 del Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz solicitando que se declare la ilegitimidad de la situación, se ordene su cese inmediato y arbitre las medidas conducentes a fin de evitar que, de aquí en adelante, se alojen detenidos en Salas que no tengan dicha finalidad.

En ese contexto, la administración expuso las dificultades y los motivos de la sobrepoblación existente y que hasta tanto no se construyan nuevas plazas de alojamiento, no podían solucionar el problema.

## II. Las decisiones judiciales

Llevadas adelante las audiencias correspondientes y realizadas diversas medidas, el Juzgado ordenó:

“I.- HACER LUGAR A LA ACCION IMPETRADA (...); III.- FIJAR QUE EN UN PLAZO DE TRES MESES LA CAPACIDAD DEL COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL NRO. 2 DE MARCOS PAZ DEBERÁ SER AJUSTADA A LA CANTIDAD DE PLAZAS DISPONIBLES SIENDO SU MÁXIMO 1472; VI.- REQUIERASE A LA DIRECCION NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO QUE INFORME LOS PROYECTOS QUE POSEEN PARA LA CONSTRUCCION DE NUEVAS PLAZAS DENTRO DE LA ZONA METROPOLITANA DEBIENDO DAR CUENTA DE ELLO, APORTANDO DATOS SOBRE LA PARTIDA PRESUPUESTARIA A UTILIZAR Y EL TIEMPO QUE ELLO DEMANDARÁ”<sup>[523]</sup>.

Aquello fue apelado, lo que motivó la intervención de la Exma. Cámara de San Martín que dispuso:

“I) MODIFICAR el punto dispositivo III y establecer que la capacidad de alojamiento del Complejo Penitenciario de Marcos Paz (CPF II) debe ajustarse, en el plazo de diez [10] días, a la real disponibilidad de plazas habilitadas;

guarismo que a la fecha se estableció en 1504 plazas, y que podrá variar conforme al aumento de plazas que tengan las condiciones adecuadas”<sup>[524]</sup>.

Por último, la Exma. Cámara de Casación Penal anuló la resolución de la Cámara de San Martín y esta se expidió al respecto:

“I) Confirmar el punto dispositivo III de la resolución en cuanto fija la capacidad del Complejo Penitenciario Federal n° 2 de Marcos Paz, en 1472 plazas; debiendo la autoridad penitenciaria, frente a la eventual variación del cupo de alojamiento, dar intervención a la Procuración Penitenciaria de la Nación y a la Comisión de Cárcenes de la Defensoría General de la Nación, para su debido control”.

Con posterioridad, de acuerdo a las diversas modificaciones que fueran realizadas en el penal de Marcos Paz, el cupo quedó establecido en 1606 plazas, circunstancia que fue notificada a todas las partes, señalándose de modo específico el 15 de noviembre de 2016 que fuera puesto de manifiesto en las planillas que elabora la administración. Luego, y en razón del informe presentado por el Ministerio de Justicia de la Nación y la Dirección Nacional del SPF se estableció el cupo en 2336 plazas, aprobando una serie de ampliaciones realizadas, dicha medida fue apelada por los presentantes y, a su turno, la Cámara de San Martín revocó la decisión del Juzgado que, ante ello, dispuso un peritaje con el fin de establecer la real capacidad del establecimiento carcelario.

Producido el dictamen técnico, el magistrado estableció el cupo máximo del Complejo Penitenciario Federal nro. 2 de Marcos Paz en 1883 internos, prohibió la



implementación de camas dobles en las celdas individuales, otorgó un plazo de 365 días para su cumplimiento y ordenó la presentación de un plan de acción por parte de la administración.

### **III. Consideraciones finales -y parciales-**

En efecto, el único modo de contener la situación de sobrepoblación resulta el establecimiento de un cupo, esto es, la determinación de la capacidad real y efectiva de la cárcel, conforme a los estándares pautados, de acuerdo a las pertinaces exigencias internacionales, de modo de limitar el número de ingresos a esa capacidad. Se trata de la exclusiva forma normativa de no degradar las condiciones de encarcelamiento y de evitar el consecuente efecto reproductor de criminalidad que compromete los derechos de todos los habitantes [\[525\]](#).

La Cámara de Casación Penal ha dicho que:

“el cupo carcelario es un concepto complejo que comprende un conjunto de variables referidas a aspectos físicos (vgr. espacio, temperatura, ventilación, iluminación, ruido, humedad, higiene, etc.) regimentales (vgr. tiempo de confinamiento, horarios, actividades fuera del lugar de alojamiento) y de servicios (vgr. sanitarios, energía eléctrica, seguridad, alimentación, comunicaciones, etc.), por lo que resulta la manifestación concreta de los principios de dignidad, igualdad y no discriminación, legalidad y reserva de ley: posibilita materializar la pena en concreto de un modo igualitario, evita suplementos punitivos no previstos en la legislación y permite minimizar

los efectos deteriorantes que necesariamente produce la privación de la libertad”<sup>[526]</sup> .

En este orden de ideas, la tarea que compete al Juzgado que instruye y ejecuta una sentencia de tipo “compleja” donde depende de políticas públicas dirigidas a la realización de obras (ampliación de la capacidad de los penales o construcción de nuevos) o la implementación de medidas alternativas que no solo están en manos del Poder Ejecutivo, exige que no solo se establezcan estándares claros, sino que implica proponer espacios de discusión, diálogo, con propuesta de planes de trabajo que permita el seguimiento en etapas a corto, mediano y largo plazo con la garantía del respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

## Más dudas que certezas...

*Comentario al fallo CPF 2195/2020/1/CS1, “NN s/averiguación de delito, resistencia o desobediencia a funcionario público, incendio y otro estrago, lesiones leves y otros”, CSJN, del 15/05/2020\**

Leonardo J. Cano\*\*

Un reciente pronunciamiento del Superior Tribunal la Nación, del pasado 15 de mayo de 2020, dictado en la causa registrada Competencia CFP 2195/2020/1/CS1 caratulada “N.N. s/averiguación delito, resistencia o desobediencia a funcionario público, incendio y otro estrago, lesiones leves y otros” luego del suceso del 24 de Abril de 2020, ocurrido en el interior del Complejo Penitenciario Federal de C.A.B.A. -ex Unidad N° 2 Devoto- y que produjo un conflicto negativo de competencia entre la justicia federal y el fuero criminal y correccional nacional - ex instrucción- en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, genera más dudas que certezas en el interior del país.

En esta oportunidad La CSJN, decidió por mayoría, y por remisión a la postura del Procurador General de la Nación:

“que el comportamiento de los internos durante los disturbios y de la acción de las autoridades para restaurar el orden, varios detenidos y agentes del servicio penitenciario sufrieron

lesiones, algunas de gravedad suficiente para que tuvieran que ser atendidas fuera del establecimiento. Además se comprobaron daños edilicios por rotura e incendio, destrucción de mobiliario, documentación y pérdida o sustracción de artículos de consumo habitual...”, no alteraba la **materia común del asunto** sometido a juzgamiento -el subrayado me pertenece-.

Con este nuevo panorama, algunos jueces federales del interior, sumando otros antecedentes donde se descarta la competencia federal, sin importar si el hecho ocurre en un lugar reservado exclusivamente al Estado nacional, en la medida que no se afecten intereses federales o la prestación del servicio del establecimiento (fallos 308:1993, 310:1438, 312:1220 entre otros), declinaron su competencia en sucesos similares, ocurridos en cárceles o complejos del interior país, perteneciente al Servicio Penitenciario Federal.

Ante ello, surgen algunas cuestiones que merecen análisis:

Luego del fallo en la causa caratulada “Corrales, Guillermo Gustavo y otros S/Habeas Corpus” (Comp. CCC 7614/2015/CNC1-CA1) ¿puede equipararse definitivamente a la justicia nacional en lo criminal y correccional, con la justicia local de las provincias? En ese caso la Corte Suprema reiteró lo señalado en la causa Nisman (Fallos: 339:1342), donde se resolvió que no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí, y por remisión a otro precedente (Fallos: 338:1517) donde se destacó el carácter meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 C.N.) así como en la competencia ordinaria que ejercen sus

tribunales. Con este panorama, la respuesta parecería ser clara por la afirmativa.

Entonces, luego de estas decisiones, cabe preguntarse si un daño de menor cuantía o una mera desobediencia de un interno -o varios de ellos- afectan el normal funcionamiento de un penal y compromete intereses federales. La respuesta también parece negativa. En ese sentido, resultaría necesario establecer previamente la propiedad de elementos dañados, porque no siempre son del Servicio Penitenciario Federal, en ese caso si fueron aportados por los internos (sillas, mesas, colchones, aparatos de tv, heladeras, freezer) no correspondería la intervención del fuero federal.

Por último, y para completar el cuadro de situación, entiendo necesario destacar, un dato adicional en relación a las cárceles del Servicio Penitenciario Federal que existen en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), esto es, lo que ocurre en el caso del Complejo Penitenciario Federal I (Ezeiza) y del Complejo Penitenciario Federal II (Marcos Paz) y los internos que allí se alojan. Sin hacer mayores precisiones, para no extender el presente comentario, es claro que la mayoría de los internos -entre procesados y condenados- se encuentran anotados a disposición de la justicia criminal y correccional nacional de la capital federal, es decir, a lo que sería el fuero ordinario penal con asiento en la C.A.B.A. En tal contexto, no solo por lo dictaminado por el Procurador General de la Nación en el precedente que se comenta, sino por el permanente control judicial de esas detenciones (Ley N° 24.660), entiendo que los eventuales conflictos o delitos que allí ocurran, no motivan la intervención de la justicia federal.

A modo de conclusión, me parecería deseable, por las consecuencias de las decisiones del Tribunal Címero, que las mismas tengan mayor autosuficiencia, y que la remisión a otros precedentes o a lo dictaminado por el Ministerio Público, sea mínima en favor de la claridad de lo que se decide en ese caso. No siempre existen casos exactamente

iguales, y la replicación de las decisiones de este tipo de tribunales por los inferiores de todo el país, exige mayor claridad, para evitar este tipo de conflictos.

## **Plazos exigidos para la expulsión de extranjeros involucrados en procesos penales**

*Comentario al fallo CFP 7498/2018/TO1/3/CFC2  
“Gutiérrez Churata, Benito Max s/recurso de  
casación”, CFCP, Sala II, Reg. 594/20, del  
25/06/2020\**

Leandro Gómez Constenla\*\*

La Ley de Migraciones N° 25.871 [\[527\]](#) dispone que los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros/as en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se encuentren cumpliendo una pena privativa de la libertad y se verifique lo normado en los acápites I y II del art. 17 de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 [\[528\]](#). Esos incisos, fijan sólo algunos de los múltiples requisitos necesarios para el acceso de detenidos a los regímenes de salidas transitorias y semilibertad allí diseñados, entre ellos haber alcanzado el período de prueba del régimen de progresividad penitenciaria [\[529\]](#).

Es materia de debate actual si para habilitar el extrañamiento del país de un detenido, efectivamente debe haber cumplido con el requisito de progresión penitenciaria establecido en el citado inciso I del art. 17 de la Ley de

Ejecución Penal, en concreto, alcanzado el período de prueba. O si, por el contrario, sólo constituye un parámetro objetivo para acreditar el cumplimiento del requisito temporal mínimo exigido para acceder a esa etapa del régimen penitenciario -en la mayoría de los casos, haber cumplido la mitad de la pena-.

El fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa CFP 7490/2018/TO1/3/CFC2, caratulada “GUTIERREZ CHURATA, Benito Max s/ recurso de casación”, del 25 de junio de 2020, exhibe y resume las dos posturas antagónicas relacionadas con el modo de interpretar la citada Ley de Migraciones N° 25.871, en cuanto al nuevo requisito para poder autorizarse el extrañamiento de un extranjero judicializado, luego de la reforma introducida por la Ley N° 27.375 a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, que exige un tránsito mínimo por el período de prueba del régimen de la progresividad penitenciaria según el monto de pena aplicado.

La primera posición, que en este caso particular prevaleció por una novedosa regla de orden procesal [\[530\]](#), considera que esa obligación no debe interpretarse de modo taxativo. Sólo constituye un parámetro objetivo para acreditar el cumplimiento del requisito temporal exigido para acceder al período de prueba del régimen penitenciario. En la mayoría de los casos, haber cumplido la mitad de la pena.

Esa tesis se funda en que la reforma de la Ley de Migraciones registró deficiencias de técnica legislativa, por lo que debe prevalecer su espíritu por sobre su letra. Ello, desde mi óptica, sobre la base de la distinta naturaleza jurídica y objetivos que envuelven el sistema de ejecución penal, centrado en la reinserción social [\[531\]](#), en contraste con el instituto de la expulsión, que puede considerarse como una regla administrativa, de orden público,



sustitutiva del derecho penal y, en algún punto, de corte eficientista.

El restante enfoque, más respetuoso de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que cuando la letra de la Ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente y que la primera fuente para su interpretación es su propia letra (fallos: 324:1740 y 314:1247, entre muchos otros), percibe aceptable la exigencia de que el condenado recorra un determinado plazo por el período de prueba del régimen penitenciario previo a habilitarse su expulsión. De tal modo, considera, se cumplen con los fines preventivos especiales de la pena y con los objetivos de la política migratoria que nos rigen.

En definitiva, más allá de la discusión teórica que involucra la elección por una u otra exégesis, en los hechos, la elección de la primera importará que los extranjeros condenados sean expulsados del país más rápido y la segunda, si bien ralentizará ese proceso, asegurará el cumplimiento de una mayor porción de la pena impuesta, con la consecuente derivación que ello puede tener desde un enfoque preventivo especial, general y/o retributivo.

## **Competencia entre internación e inimputabilidad**

*Comentario al fallo CCC 19924/2020/TO1/CNC1  
“L., B. N. s/competencia”, CNCC, Sala de Turno,  
Reg. ST 704/2020, del 19/8/2020—\**

**Melina de Bairos Moura—\*\***

En fallo elegido para comentar fue dictado por la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional. Allí se resuelve una cuestión de competencia entre la justicia penal y la civil, a propósito de la declaración de inimputabilidad de B. L., cuya internación fue sugerida por los expertos médicos.

El Tribunal Oral Nacional en lo Criminal y Correccional N° 28 consideró que la imputada B.L. actuó sin poder dirigir sus acciones y adecuarlas a la norma penal, en un hecho de sustracción de menores, declarándola inimputable de acuerdo con las pautas establecidas por el art. 34 del CPN.

El informe que realizaron los expertos médicos sobre el estado de salud mental de la imputada especificó que sus facultades mentales no encuadran dentro de la normalidad jurídica a causa de una descompensación psicótica de la personalidad e indicó la presencia de un riesgo cierto psiquiátrico inminente para sí o para terceros. A su vez, tales profesionales señalaron el carácter crónico de su patología mental, que condiciona de manera disfuncional la

emergencia de conductas disvaliosas como el hecho traído a estudio y recomendaron la intervención del fuero civil para su protección y tratamiento ante su desvalimiento psicosocial. Se señaló, además, que debe contar con un sistema de apoyos que asegure el cumplimiento efectivo de un tratamiento interdisciplinario.

Así las cosas, el juez penal evaluó mantener la calidad de internada de B.L. bajo la órbita del Programa PRISMA -que funciona en el Complejo Penitenciario Federal N° IV del Servicio Penitenciario Federal- a cargo y bajo la competencia del juez civil en turno, para que evalúe la conveniencia o inconveniencia de una internación compulsiva.

El juez civil, por su parte, rechazó su competencia en el asunto indicando que los nuevos criterios dispuestos en la ley de salud mental vigente no prevé que la internación sea dispuesta en forma compulsiva por un magistrado de esa materia, con la sola excepción de lo establecido en la última parte del art. 21 de la Ley N° 26.657, lo que provoca la imposibilidad de que en ese fuero se pueda controlar la continuidad o no del alojamiento en el PRISMA, cuestión que, en su caso, debería efectuar el Juzgado de Ejecución Penal mediante la aplicación de una medida de seguridad.

Así las cosas, la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional, con dictamen fiscal que se expidió en igual sentido, el pasado 19 de agosto de 2020, mantuvo criterios anteriores y resolvió el caso en favor del juez civil, remitiéndose en sus argumentos al fallo “B., N. s/ recurso de casación”<sup>[532]</sup> dictado por la Sala 2 de ese mismo órgano jurisdiccional.

En este último caso, los jueces desarrollaron la evolución de precedentes en la materia y efectuaron un análisis completo vinculado a la aplicación de los pactos internacionales de derechos humanos, destacando que lo relevante no consiste en resolver cuestión de competencia, sino de establecer cuál es el juez más capacitado por su

especialidad para controlar el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta. Justamente, en tal sentencia se concluye que si bien la Ley Nacional de Salud Mental no ha derogado los arts. 511 y 512 CPPN y el PRISMA se encuentra en la órbita del Servicio Penitenciario Federal, lo cierto es que fue creado bajo los lineamientos de esa normativa que a su vez concuerdan con aquellos dispuestos en los arts. 41 y 42 del Código Civil y Comercial de la Nación que regulan la internación sin consentimiento y remiten a la legislación especial en la materia. Concluyó, en definitiva, que es el fuero civil el cual se encuentra plenamente facultado para ordenar internaciones dentro de ese dispositivo y por lo tanto controlarlas.

Más allá de cómo se posicione cada uno sobre la decisión adoptada, entiendo que hay cada vez más demanda en que la justicia penal responda a problemáticas sociales que no son de su competencia, desconociendo la necesidad de un abordaje interdisciplinario previo al castigo penal que abarque y tienda a resolver de forma efectiva la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran -en una gran mayoría- las personas que padecen problemas vinculados a su salud mental.

Interesa la pregunta y análisis sobre estos casos, justamente porque se encuentran en el umbral de contienda negativa en el que la justicia responde a propósito de su propia incapacidad para llegar a tiempo con una efectiva integración del sujeto a la sociedad, dentro del marco de sus posibilidades. Esa clausura de la subjetividad en términos operativos (y ya no declarativos), logra apañar una justificación aparente de ausencia estatal a la hora de distribuir atención a quienes más indefensos se encuentran.

El cambio de paradigma que trae aparejada la necesaria integración de nuevos derechos (mediante la incorporación de pactos internacionales) claramente evita su cosificación como objeto de tutela, pero -pese a sus esfuerzos- no impide que se relajen los estándares vinculados a una

efectiva presencia estatal. Escenarios de cierta repetición: personas en situación de fragilidad, sin una red de protección familiar que supervise la ingesta de medicación psiquiátrica y/o ciertos cuidados esenciales, provocan una reiteración de síntomas generadores de conductas penales inimputables que logran ser visibilizados el tiempo que demora la contienda judicial, en tanto sus vidas quedan atrapadas en la imposibilidad de ser mirados como seres humanos a la espera de su integración social.

Estimo que la respuesta no será de la mano del derecho penal, atravesado inevitablemente por su especialización en el castigo. Tal vez y a causa de ello, la apuesta luminosa y creativa la pueden ofrecer quienes han elegido asumir la virtuosa responsabilidad de cuidar judicialmente de quienes -en ese espacio de salud- están desprotegidos.

## **Dispositivos de salud mental en personas privadas de libertad, a propósito de un caso**

*Comentario al fallo CPN 154135/2015/EP1/1/CNC1  
“Nirschl, Sergio Fabián s/libertad condicional”,  
CNCCC, Sala de Turno, Reg. 963/2018, del  
17/08/2018\**

Ricardo Monteverde\*\*

Celebro la oportunidad que me han brindado de comentar en forma breve la sentencia seleccionada (otorgamiento de Libertad Condicional a NIRSCHL, Sergio Fabián -expte. 154135/2015-), con la finalidad de aportar una visión desde una disciplina distinta a la Legal, ya que sin lugar a dudas las interrelaciones entre los distintos saberes redundan en un mejor resultado del objetivo propuesto, en este caso: una integración exitosa del/la causante a la sociedad, con el consiguiente beneficio para él/ella y la sociedad misma (algo para nada menor cuando hablamos de la vida de una persona y la construcción de una sociedad más plena y justa).

Las posibles temáticas a abordar eran múltiples, pero dadas las particularidades del fallo, me pareció un espacio propicio para puntualizar brevemente sobre el funcionamiento del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA), en el cual me desempeñé en el pasado y considero una herramienta de incalculable valor

dentro del ámbito del Servicio Penitenciario Federal (SPF); para que, a la luz de dicha información, pueda hacerse una relectura de la sentencia seleccionada. No entraré en los pormenores del funcionamiento, sólo me centraré en aspectos esenciales para fundamentar mi opinión sobre lo dictaminado. En este sentido es primario establecer el espíritu fundacional de PRISMA, el cual fue plasmado en el prólogo del documento *'Desafíos de una práctica transformadora dentro de la política penal'* realizado por sus profesionales: Aplicar una política pública de doble perspectiva, la de la salud mental de quienes se encuentran privados de su libertad y la de los derechos humanos.

Como segundo punto, creo ayudará comprender como un/a 'candidato/a' (causante) se convierte en paciente del Programa, y cuando deja de serlo. Su posible ingreso será valorado por profesionales civiles de salud mental (psiquiatra, psicólogo/a y trabajador/a social), que se desempeñan dentro del dispositivo interno denominado 'SEDE'. Son ellos quienes estudian cada caso en forma interdisciplinaria y longitudinalmente (un candidato puede permanecer en observación y evaluación hasta 72 horas, bajo condiciones controladas) definiendo la mejor conducta sanitaria a tomar, la cual queda plasmada en un informe que indicará si la persona ingresa al dispositivo, si puede volver a su unidad de origen, o si, por las características del caso, requiere alguna otra medida (evaluación por parte de otro dispositivo del SPF, alojamiento en un lugar distinto, etc.).

Como tercer y cuarto punto cabe señalar que todo paciente que ingresa al programa es abordado por el 'Dispositivo de Tratamiento', el cual se centra en entrevistas individuales (psicológicas, psiquiátricas y sociales), pero también incorpora otras estrategias (tratamientos grupales, talleres y educadores entre otros); y que, al ser un programa de tratamiento intensivo, se incluye un tercer dispositivo interno: el de 'Guardia', que

funciona las 24 horas, atendida por profesionales de salud mental.

Todos los dispositivos internos mencionados se articulan y nutren interdisciplinariamente en forma permanente mediante supervisiones, ateneos e intercambios diarios dentro de los pases de guardia; y el dispositivo se encuentra enmarcado, además, bajo la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

De las nociones citadas podemos concluir tres cuestiones relevantes para el caso:

a) El criterio de ingreso y permanencia en el dispositivo es de perfil sanitario y está administrado por personal de Salud Mental Civil.

b) Dentro del dispositivo hay profesionales formados y entrenados en el tratamiento de los pacientes alojados.

c) Sus integrantes tienen un cabal conocimiento de las herramientas con las que cuenta terapéuticamente el SPF, y gestiona las derivaciones: hacia y desde otros dispositivos.

A la luz de lo enunciado previamente, podemos concluir que NIRSCHL necesariamente tuvo que ingresar y permanecer bajo criterio sanitario -más allá de las peticiones judiciales- y que durante su permanencia recibió tratamiento integral en salud mental por parte de profesionales capacitados (incluida la problemática que derivó en su detención), con una evolución favorable, según consta en los informes del Programa.

La evaluación posterior del Cuerpo Médico Forense (CMF) y el Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal (EIEP), si bien no indispensable sanitariamente en este caso, brindó una visión distinta y complementaria a la de los profesionales de PRISMA, puesto que la de los primeros aportó información mayormente longitudinal (como evolucionó), mientras que la de los segundos operó como evaluación de corte transversal (como se encontraba al momento, con mayor independencia de los avances y retrocesos).



De la interacción de los distintos agentes de salud, no surgieron contradicciones lógicas, ni de apreciación profesional. Todos acordaron que el causante había recibido tratamiento acorde, se había trabajado respecto a sus vínculos familiares, había adquirido herramientas funcionales para su integración, y se había gestionado una apropiada continuidad de tratamiento extramuros.

Finalmente, a la luz de lo brevemente desarrollado durante estos párrafos, lo casado por el fallo en cuestión, aparece concordante con la visión desde la Salud Mental.

# **La interpretación legal sobre el pronóstico de reinserción social en el proceso de ejecución de la pena ¿Incumbe a quienes juzgan o a sus auxiliares?**

*Comentario al fallo CPN 121626/2010/EP1/1/CNC1  
“Palma Barrios, Gabriel s/incidente de libertad condicional”, CNCCC, Sala 3, Reg. 717/2019, del  
04/06/2019\**

María Noel Plo\*\*

A menudo, en la práctica forense se suscitan dificultades al entrecruzarse el discurso jurídico con el de la salud mental, que se verifica en el uso de este último al servicio del aparato punitivo y/o judicial. Un ejemplo es la distorsión de la finalidad para la que fueron creados los equipos interdisciplinarios que asisten a las juezas y jueces de la ejecución de la pena, integrados por profesionales portadores de un saber científico, dispuesto para asesorarlos/las en la resolución integral de los casos que tienen a su cargo.

Con mayor frecuencia se vislumbra que las tareas de quienes auxilian a quienes juzgan tienden a desdibujarse, siendo frecuente el pedido de que las y los profesionales de la salud mental se expidan sobre el pronóstico de reinserción social de una persona condenada con la

finalidad de fundar la decisión frente a un régimen liberatorio. Aunque prescindiendo de una interpretación legal en cuanto a los conocimientos aportados por las y los auxiliares de justicia en sus informes interdisciplinarios, juicio valorativo que en la actualidad -dado nuestro contexto sociopolítico- probablemente se encuentre de alguna manera afectado por el impacto de la opinión pública que reclama imperiosamente el encarcelamiento de la persona que delinque.

En el fallo bajo estudio el tribunal interviniente propone, en relación al pronóstico de reinserción social, que el Equipo Interdisciplinario opine sobre si resulta conveniente o no, favorable o no, la reinserción social del/la condenado/a instando "...a que el Equipo Interdisciplinario opine sobre el caso, más allá de si opina, desde un punto de vista de certeza científica, sobre las conductas futuras, o haga una evaluación sobre las circunstancias del caso y la conveniencia o no de disponer la libertad condicional, algún tipo de opinión tiene que expedirse porque la ley lo requiere y para eso está además"<sup>[533]</sup>. La doctrina de este precedente es invocada por juezas y jueces de ejecución penal y representantes del Ministerio Público Fiscal para fundar sus requerimientos, exigiendo que las y los profesionales se expidan sobre el pronóstico de reinserción social de una persona condenada.

Sin desconocer lo dispuesto en el CP y en las normas pertinentes de la Ley N° 24.660, no debieran soslayarse los límites que las competencias de los/las profesionales que conforman los equipos interdisciplinarios imponen, los que se encuentran contemplados en los distintos códigos de ética de sus disciplinas. Esto es, pueden expedirse sobre la probabilidad de que un sujeto afectado por un padecimiento mental presente riesgo cierto e inminente de daño para sí mismo y/o terceros en un momento determinado conforme el art. 20 del Decreto N° 603/13<sup>[534]</sup> (peligrosidad psiquiátrica<sup>[535]</sup>); mas no

pueden hacerlo (con el grado de certeza y contundencia que la ley y las juezas y jueces parecen exigir) sobre la probabilidad de reincidencia futura, es decir, sobre la posibilidad de que un individuo cometa o vuelva a cometer un delito (peligrosidad criminal o estado peligroso [\[536\]](#)) debido a que no solo se incurriría en un reduccionismo del problema traído a estudio, sino en una situación rayana con la arbitrariedad al carecer de un adecuado fundamento técnico-científico.

Por otro lado, promover esa clase de pronóstico implica basarse en su potencial “peligrosidad” como criterio para fundar su favorable o desfavorable reinserción social, lo cual significa que el sujeto podría ser evaluado en función de su aptitud potencial para actuar determinadas conductas ilícitas y no de sus actos, fruto histórico de un derecho antiguo e inadecuado, arraigado en el positivismo criminológico que adolece de las perspectivas actuales de la concepción del sujeto de derechos.

En el citado fallo, también se exige a las y los profesionales de los equipos interdisciplinarios la confección de un informe en el que se realice un pronóstico de reinserción social, omitiendo consignaciones de tendencias y/o probabilidades. Es dable destacar que dichas valoraciones son propias del discurso de las ciencias fácticas debido a que no existen en las disciplinas sociales/humanistas herramientas que puedan predecir conductas humanas futuras por lo que no resulta posible afirmar o descartar categóricamente que puedan repetirse, o no, en un futuro indefinido conductas similares a aquellas por las que una persona se encuentra condenada. En tal sentido, bajo la concepción planteada, tal exigencia implicaría pretender que las y los profesionales se aparten de los límites que imponen las reglas técnicas de sus disciplinas y especialidades.

Al mismo tiempo, considero que se incurre en la falsa creencia de que el problema de la delincuencia se agota en

la existencia de la persona que delinque, perdiendo de vista que el delito es un fenómeno multicausal que requiere de una visión y un abordaje integral, por lo que son múltiples las variables que inciden en la integración al medio libre de una persona condenada, teniendo en cuenta la variabilidad inherente a cada subjetividad en su retorno y reencuentro con los avatares de la vida en el medio libre. Muchos de estos factores son analizados y descritos en los informes interdisciplinarios, entre ellos los que tienen que ver con aspectos personales, familiares, escolares, laborales, culturales, sociales y ambientales, resultando algunos factores de riesgo estáticos (que no pueden ser modificados) y otros dinámicos (cambiantes). No obstante, aun cuando se realiza una ponderación razonada de los diversos factores de riesgo existentes, ello parece ser insuficiente para algunos/as magistrados/as que insisten en la formulación de un pronóstico de reinserción social que contemple únicamente dos opciones: “favorable” o “desfavorable”.

En definitiva, el fallo deja en evidencia la necesidad de deconstruir ciertas prácticas forenses y/o estipulaciones legales obsoletas como la exigencia a los y las profesionales de las disciplinas auxiliares de que se expidan sobre el pronóstico de reinserción social mediante el uso de una definición categórica y a su vez sin fundamento técnico-científico, por la cual su evaluación resultaría por lo menos arbitraria, y promotora de una sustitución de roles dentro del proceso penal.

En otras palabras, soslaya que el objeto de estudio de ambos discursos converge en la persona, entendida como un todo indivisible, cuya dualidad oscila entre lo objetivo y lo subjetivo, cuya personalidad se moviliza con el devenir de la existencia, por lo que su variabilidad es inherente y por ello también los factores de riesgo que inciden en su integración social.

Considero por último, que debe abandonarse el argumento simplista que piensa al individuo como portador de todos

los males y comprender el problema estructural del delito, el conjunto de factores que lo determina, que exceden al individuo, para resolver los casos judiciales desde el paradigma de la complejidad.



---

\* Presidente AMFJN.

\* Comisión de Ejecución Penal.

\*\* Comisión de Revista y Biblioteca.

\* Secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Docente universitaria.

\*\* Jueza Nacional de Ejecución Penal. Docente universitaria.

[1] MATTHEWS, R. New, *Times, New Crimes: Notes on the Depillarization of the Criminal Justice System*. Consultado en [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-020-09489-2#ref-CR8:] Springer Open Access; 2020.

[2] Este término, tributario de la criminología holandesa que refiere al socavamiento o debilitamiento de las bases sobre las que se construye un modelo (Bryant C. Depillarisation in the Netherlands: *The British Journal of Sociology*, 32(1); 1981. Págs. 56-74).

[3] Conf. MATTHEWS, ob. cit; BOSWORTH M., Hoyle C, ZEDNER L. *Changing Contours of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press; 2016, MATTHEWS R. *Pagando Tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona, Bellaterra; 2003.

[4] BAUMAN, Z. (1992). *Intimations of postmodernity*. London; New York, Routledge, Giddens, A. (1990). *The consequences of modernity*. Cambridge, Polity in association with Blackwell, Young, J. (1999). *The exclusive society: social exclusion, crime and difference in late modernity*. London, Sage.

[5] MATTHEWS, R. (2009). *Doing time: an introduction to the sociology of imprisonment*. Basingstoke, Palgrave Macmillan.

[6] GARLAND, D. (2001). *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. London, Sage Publisher.

[7] BROWN, D. (2005). Continuity, rupture, or just more of the 'volatile and contradictory? Glimpses of New South Weles'penal practice behind and through the discursive. *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*. J. Pratt, D. Brown, M. Brown, S. Hallsworth and W. Morrison. Devon, William Publishing.

[8] Esta afirmación debe leerse con sentido relativo porque en los últimos años se dio el fenómeno de que aun cuando las tasas de delitos en algunos países se mantuvieron o decrecieron la tasa de encarcelamiento aumento.

[9] GARLAND, D. (1996). "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society". *British Journal of Criminology* 36(4): 445-471.

[10] Ibid., GARLAND, D. (2001). "Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences". London, *Sage Publisher*.



- [11] GARLAND, D. (1996). "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society". *British Journal of Criminology* 36(4): 445-471.
- [12] O' MALLEY, P. (1999). "Volatile and Contradictory Punishment". *Theoretical Criminology* 3.
- [13] YOUNG, J. (1999). *The exclusive society: social exclusion, crime and difference in late modernity*. London, *Sage Publisher*.
- [14] WACQUANT, 2001 en BROWN, 2005 ob. cit.
- [15] PRATT (2000). "The Return of the Wheelbarrow men: Or, the arrival of postmodern penalty". *British Journal of Criminology* 40: 127-145.
- [16] GARLAND and D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa., pág. 291.
- [17] FEELEY, M. and J. Simon (1992). "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy for Corrections." *Criminology* 30(4): 449-475., Feeley, M. and J. Simon (1994). *Actuarial Justice: The Emerging of New Criminal Law. The futures of criminology*. D. Nelken. London, Sage: 250p.
- [18] O'MALLEY se refiere a etiquetas vinculadas con la "nueva" penalidad posmoderna, "la muerte de lo social", "la sociedad del riesgo" entre otras. O'Malley, P. (2000). "Criminologies of Catastrophe? Understanding criminology on the edge of the new millennium". *Australian and New Zealand Journal of Criminology* 33 (2): 153-167.
- [19] ZEDNER, L. (2002). "Danger of Dystopias in Penal Theory." *Oxford Journal of Legal Studies* 32.
- [20] SOZZO en introducción al texto de Garland, D. (2018). *Castigar y Asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- [21] SOZZO, M., "Populismo Punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina" en *Jura Gentium*, 2008.
- [22] FRASER, N. (2003). "From Discipline to Flexibilization? Rereading Foucault in the Shadow of Globalization"; en *Constellations* 10(2).
- [23] FOUCAULT, M. (1971). "Madness and civilization: a history of insanity in the Age of Reason". London, Tavistock Publications.
- [24] MATTHEWS, ob. Cit. 2003, pág. 22.
- [25] FOUCAULT, M. (1975). *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI.
- [26] RUSCHE, G. y O. KIRCHHEIMER (1939 (2004)). *Pena y Estructura Social*. Bogotá, Temis., FOUCAULT, M. (1975). *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI, IGNATIEFF, M. (1978). *A Just Measure of Pain. The*

*Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*. London, Penguin Books, IGNATIEFF, M. (1981). *State, Civil Society and total institutions: a critique of recent social histories of punishment* *Crime and Justice*, The University of Chicago Press. 3: 153-192.

[27]

Estos autores coinciden, aunque con marcadas diferencias de perspectivas, en que el castigo está determinado por la forma de las relaciones productivas y que existían sistemas concretos de castigo y prácticas delictivas específicas. Así la prisión se conformaba en un sistema disciplinario que buscaba contener a los pobres e imponerles disciplina MELOSSI, D. y M. PAVARINI (2005). *Cárcel y Fábrica. Orígenes del Sistema Penitenciario*, Siglo XXI.

[28]

MATTHEWS, R. (2003). *Pagando Tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona, Bellaterra.

[29]

MATTHEWS, ob. cit. pág. 26.

[30]

Uno de los principales exponentes fue Cesar Beccaria Beccaria, C. (1764 (2014)). *De los Delitos y de las Penas*, Alianza Editorial.

[31]

Aparece la preocupación por el vagabundeo y el incremento de delitos contra la propiedad privada.

[32]

Incorregibles en buenos ciudadanos.

[33]

Corresponde notar, como refiere Matthews que la cárcel tal como se terminó conformado a mediados del S. XIX es la conjunción de un buen número de instituciones diferentes tales como las antiguas cárceles regionales (S. XIV), los asilos (siglo XVII) y las casas de corrección que databan del S. XVI.

[34]

Entre ellos se destaca el modelo panóptico de Bentham Bentham, J. (1791 (2011)). *El Panóptico*, Círculo de la Artes. Como cárcel estructurada del S. XIX aparece en Inglaterra el modelo Pentonville (1840).

[35]

Las nociones de éxito o fracaso en vínculo con el correccionalismo en general y la cárcel en particular va a tomar diversos enfoques según nos refiramos a la construcción del trabajador en los términos de Melossi/Pavarini, a sus funciones latentes en la lógica de Foucault o a sus funciones explícitas en términos de afirmación de la pena.

[36]

MATTHEWS, ob. cit.

[37]

Ignatieff y Foucault se preguntan si su fracaso y persistencia se debió a buenas intenciones equivocadas o a que el establecimiento estaban llevando a cabo otras funciones para responder en el primer caso que se conformaba parte de una estrategia más amplia de reforma legal, política y social para restaurar el orden de una nueva fundación (Ignatieff en Matthews, 2003, pág. 44). Por su parte, Foucault sostiene que la penalidad aparecería como un modo de manipular/administrar ilegalidades, de dar rienda suelta a algunos y de ejercer presión sobre otros, como mecanismo de dominación (ídem).

[38] GARLAND and D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa.

[39] Los no delincuentes no resultaban seleccionados por la criminología y podían ser gestionados con mínimas intervenciones o penalidades disuacivas (Garland, 2001, pág. 92).

[40] GARLAND and D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa.

[41] MATTHEWS, 2003, pág. 45, ob. cit.

[42] MATTHEWS, R. (2003). *Pagando Tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona, Bellaterra, YOUNG, J. (2003). *La Sociedad 'Excluyente'. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Madrid, Marcial Pons.

[43] Lea 1979, en Matthews, ob. cit.

[44] IGNATIEFF 1978, ob. cit.

[45] La noción de “justa medida del castigo” mutó había la habilitación de penas -eventualmente- indeterminadas.

[46] COHEN, S. (1985). *Visions of social control: crime, punishment, and classification*. Cambridge, Polity., GARLAND, D. (1990). *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford, Clarendon Press, GARLAND, D. (1995). *Penal Modernism and postmodernism. Punishment and Social Control: Essay in Honor of Sheldon Messinger*. T. G. Blomberg and S. Cohen. New York, Aldine de Gruyter.

[47] CHRISTIE, N. (1977) *Los conflictos como pertenencia. Pensamiento Penal*, Hulsman, L. (1989). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires, Ediar, Mathiesen, T. (1990). *Prison on trial: a critical assessment*. London, Sage, CHRISTIE, N. (1994). *Crime control as industry: towards GULAGS, western style*. London, Routledge.

[48] GARLAND and D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa.

[49] Varios autores han advertido sobre la consideración de los Gulag en este periodo así como la omisión de evaluar los genocidios y campos de concentración en el campo de la criminología.

[50] MATTHEWS, 2003, 309.

[51] MATTHEWS, 2003.

[52] La población carcelaria de EEUU se triplicó en tamaño en los últimos 15 años y la población superaba 1.6 millones en 1996.

[53] MATTHEWS, 2005, pág. 311.

[54] FRASER, Nancy. "¿De la disciplina hacia la flexibilización? Releyendo a Foucault bajo la sombra de la globalización"; consultado en [www.revistas.unam.mx].

[55] FRASER, N. (2003). "From Discipline to Flexibilization? Rereading Foucault in the Shadow of Globalization" en *Constellations* 10(2).

[56] KOSACOFF, Bernardo. "La industria argentina. un proceso de reestructuración desarticulada", publicado en octubre/93 por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe; consultado en [www.cepal.org].

[57] "Caminos alternativos en materia penitenciaria: revisitando el principio de Justicia Social", Natalia Ojeda, Andrea Lombraña, Carolina DI PRÓSPERO y María Belén PEPE, del Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI-IDAES - UNSAM) Newsletter N° 43: Cuarentena en el encierro: Centro Universitario San Martín (UNSAM); consultado en [www.noticias.unsam.edu.ar].

[58] CAIMARI, Lila "Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina. 1927-1930". Consultado en [www.historiapolitica.com].

[59] CAIMARI, Lila. "Que la revolución llegue a las cárceles"; consultado en [www.academia.edu].

[60] MATTHEWS, Roger. "Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latiamérica" Política Criminal. Vol. 6, N° 12 (Diciembre 2011), publicado en [http://www.politicacriminal.com].

[61] CESANO, José Daniel. "La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946 -1955)". Consultado en [www.academia.edu].

[62] El reciente informe sobre Punitivismo en Argentina publicado por el equipo de investigación Decyt liderado por los profesores Ciafardini y Olaeta da cuenta del aumento en la cantidad de conductas tipificada, las definiciones de mayores rangos punitivos, la exclusión de beneficios carcelarios tendientes a la liberación anticipada o sustitución de penas de efectivo cumplimiento entre los años 2004 y 2016: Ley N° 25.882 agravante respecto del robo, Ley N° 25.886 define nuevos tipos penales, agravantes y aumento de escalas, Ley N° 25.892 restringió el acceso al instituto de la libertad condicional, Ley N° 25.893 aumento del máximo de ciertos delitos, Ley N° 25.928 aumento de la pena máxima en el cómputo del art. 55, Ley N° 25.948 exclusión de beneficio liberatorios en la ejecución, Ley N° 26.388 tipificación delito, Ley N° 26.705 extensión de la prescripción, Ley N° 26.791, Ley N° 26.904, Ley N° 27.206, Ley N° 27.330 y Ley 27.347, sancionada en 2016 Ciafardini, M. and H. Olaeta (2020). Punitivismo en Argentina. Un abordaje del sistema penal 2006-2016. SB.

[62] Ciafardini y Olaeta observaron un número decreciente en la reducción de penas se registra entre 2004-2016. Así refieren a un 6% entre 2002 y 2009, a un 2% a partir de 2010.

[63]

Mayor cuantía punitiva, mayor número de sentencias y menor un número de reducción de penas (entre 2002-2009 se registró un 6%, en tanto que a partir de 2010 se registró un 2% Ibid.

[64]

Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

[65]

“La información recopilada describe cómo se encontraba el escenario del archipiélago carcelario local al 31 de diciembre de 2018. Para esa fecha, en Argentina había 94.883 personas privadas de su libertad (PPL) en prisiones. Si se le agregan las alojadas en comisarías y otros espacios de encierro, el número alcanza un total de 103.209 personas presas a lo largo y a lo ancho del territorio nacional”. Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). En la Argentina ya hay más de 100.000 personas presas; consultado en [www.ppn.gov.ar].

[66]

FEELEY, M. and J. Simon (1992). "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy for Corrections." *Criminology* 30(4): 449-475. Garland and D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa. Sozzo, M. (2008) *Populismo Punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina*. *Jura Gentium* Pitlevnik, L. (2019) *La salud de los enfermos: discurso y realidad en las decisiones en torno a la ejecución de la pena*.

[67]

Matthews indicó que durante la última década más o menos ha habido una especie de renacimiento de la rehabilitación, aunque ha tomado nuevas formas (Robinson 2008). Han crecido los programas de tratamiento con énfasis especial en el desarrollo de las habilidades cognitivas de los delincuentes. Estas intervenciones, que con frecuencia se vinculan con las nociones de riesgo, apuntan a las "necesidades criminógenas" de los delincuentes. El modelo de riesgo-necesidad-responsabilización (RNR) desarrollado por Andrews y Bonta ha sido especialmente influyente; (2010) este modelo afirma reducir las tasas de reincidencia de manera significativa al ayudar a los delincuentes a “pensar claro”. Sin embargo, el modelo RNR, a su vez, ha sido objeto de críticas, particularmente en relación con sus procedimientos de predicción de riesgos, y aún quedan cuestiones sobre el tipo de necesidades que deben abordarse (Ward y Maruna 2008). Los críticos argumentan que es poco probable que centrarse en la reducción del riesgo motive a los delincuentes a realizar los cambios principales necesarios para reducir sus posibilidades de reincidencia y que el modelo RNR se debe reemplazar, o al menos complementar, con un "Modelo de buenas vidas" en función de las fortalezas, que se centre primariamente en los "déficits" de los delincuentes; su objetivo es proporcionar un enfoque orientado al futuro con el propósito de construir sobre los atributos positivos y las capacidades de los delincuentes Matthews, R. (2020). *New Times, New Crimes: Notes on the Depillarization of the Criminal Justice System*. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-020-09489-2#ref-CR8>, Springer Open Access. .

[68]

Ibíd.

[69]

FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar : el nacimiento de la prisión*. Madrid, Siglo XXI. Ignatieff, M. (1978). *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the*

Industrial Revolution 1750-1850. London, Penguin Books.

[70] ALAGIA, A., *Hacer Sufrir*, Buenos Aires, Ediar, 2013.

[71] PRATT, J. (2002). *Punishment & Civilization*. London, Sage.

[72] ZAFFARONI, E. R., et al. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires, EDIAR.

[73] MATTHEWS, R. (2015). *Criminología Realista*. Buenos Aires, Ediciones Didot.

[74] ZEDNER, L. (2002). "Danger of Dystopias in Penal Theory"; en *Oxford Journal of Legal Studies* 32.

[75] Clear and Frost [2014](#) en Matthews, 2020.

[76] El autor alerta sobre el avance del nuevo modelo de mercado, sobre la nueva gobernabilidad que llena aceleradamente las cárceles: en particular se ocupa del estado de sobrepoblación y deterioro edilicio de las cárceles en Latinoamérica, en las que visualiza crudamente la ausencia de programas enrolados en la consecución del bienestar social y colectivo, donde la urgencia es tal que ya no se puede esperar la mano del mercado.

[77] MATTHEWS, R. (2010) "Una Propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica", en *Political Criminal* 6 (12), 296-338

[78] SOZZO, M. (2008), "Populismo Punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina", en *Jura Gentium*, GARLAND, D. (2018). *Castigar y Asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*. Buenos Aires, Siglo XXI.

\*  
— *Abogada, Especialista en Magistratura-Área Penal, Maestranda en Antropología Social. Actualmente Directora de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (PJN).*

[79] En Antropología Social en la UNAM, aun en elaboración.

[80] Sobre la temática hay trabajos muy interesantes de Marta Monclús Masó e Indiana Guerreño. Ver por ejemplo: GUERREÑO, Indiana, "Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres", en: *Ejemplar Temático: Derecho de Ejecución Penal, Revista Derecho Penal y Criminología*, N<sup>o</sup> 11 (Año IX), Buenos Aires, La Ley, 2019. Págs. 158-163. Y MONCLÚS MASO, Marta, "El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as", en DI CORLETO, Julieta, *Genero y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, 2017. Págs. 371-395.

[81] Ver sobre el rol y funcionamiento de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal: BARREYRO, María Virginia, "Asistencia Postpenitenciaria" en De la Fuente, Javier et al. (Dir.) *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la Ley n° 24.660, reformada por la Ley n° 27.375*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, págs. 517-525.

[82] Según está establecido en el art. 3 de la Ley N° 27.080, la Dirección supervisa los siguientes institutos: a) libertad condicional; b) libertad asistida; c) pena de ejecución condicional; c) suspensión de juicio a prueba; d) detención o pena con la modalidad de alojamiento domiciliario; e) ejecución de todo sistema sustitutivo de la pena que se cumpla en libertad; f) excarcelación.

[83] El art. 10° del Código Penal prevé la posibilidad de aplicar este instituto a personas enfermas -cuando no puedan tratarse adecuadamente en sistema penitenciario o se trate de un estadio terminal-; a personas mayores de 70 años; a personas con discapacidad; a mujeres embarazadas o con hijes menores a cinco años de edad y a personas que estén a cargo exclusivo de familiares con discapacidad. Y art. 32 de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (T.O. 26.472).

[84] Sigla para Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal.

[85][85] Art. 3 de la ya citada Ley N° 27.080, conforme Reglamento homologado por la Corte Suprema de Justicia de Nación, mediante Acordada CSJN N° 30/17.

[86] Esto se logra priorizando su supervisión en un contexto general de desproporción entre magros recursos y creciente cantidad de trabajo.

[87] Ver también: SLOKAR, Alejandro W., *“La ley de los sin Ley”*, en Zaffaroni, Eugenio Raul, *La medida del castigo*, Buenos Aires, EDIAR, 2012, Págs. 93-94: “Las llaves para el candado. (...) en la incidencia sobre la cuantificación de la pena la culpabilidad importa un proceso valorativo dialectico. Si **el estatus criminal no se aplica por igual a todos los sujetos (labelling approach), la selectividad del sistema penal pasa a conformar el esquema de la vulnerabilidad (o riesgo de selección)** lo que permite deducir la posición o estado de vulnerabilidad y sólo computar el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que nunca podrá ser superior a la culpabilidad por el acto...”. (el destacado me pertenece).

[88] GUERREÑO, Indiana, ob. cit. Pág. 162.

[89] Ver, por ejemplo, el trabajo etnográfico sobre mujeres que cometen micro contrabando como práctica de supervivencia, conocidas popularmente como *paseras*, en la Región conocida como *Triple Frontera* (entre Argentina, Brasil y Paraguay) en: SCHIAVONI, Lidia, *Frágiles pasos, pesadas cargas: transacciones comerciales en un mercado de frontera*, Asunción, Editorial Universitaria/Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos, 1993, 117 págs.

[90] Ver también: BARREYRO, María Virginia, “Entre víctimas y prostitutas: una reflexión acerca del poder de nombrar”, en: MOREIRA, Manuel, et al. (comp.) *Género, Violencia y Derechos Humanos*, Posadas, CEDEAD, 2016. Págs. 131-145.

[91] AYNAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología Axiológica Como Política Criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, Pág. 205.

[92] Ver también, HOPP, Cecilia Marcela, “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DÍ CORLETO, Julieta, *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, 2017. Págs.15-45.

[93] CSJN “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156, rta. 18/6/2013. Citado en MONCLÚS MASO, Marta, ob. cit. Pág. 379.

[94] SEGATO, Rita Laura, *Las Estructuras Elementales de la Violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010 (2da. Ed.), pág. 135.

\* *Defensores Públicos Coadyuvantes de la Defensoría General de la Nación con funciones en la Unidad de Letrados Móviles n° 2 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.*

[95] Al referirnos al concepto “penas cortas”, estamos haciendo alusión aquellas condenas inferiores a los tres años de prisión de efectivo cumplimiento. Sin embargo, dentro de ese universo, pudimos identificar tres supuestos con distinto grado de problematicidad. El primero, aquel en el que la persona condenada a una pena de tres años o menos es incorporada al tratamiento progresivo y logra desarrollarlo (aunque sea modo incipiente) de modo tal que, al cumplir los plazos previstos para los institutos liberatorios, la administración penitenciaria tiene la posibilidad de ponderar, aunque sea mínimamente, su evolución. En el segundo, la persona condenada es incorporada al régimen progresivo muy cerca de la fecha en la que podría acceder a alguna libertad anticipada y, por ello, la administración no cuenta con elementos para llevar a cabo una ponderación (seria) de su tránsito intramuros. El tercer caso, es el que incluye a aquellos condenados/as que son incorporados/as al régimen de progresividad cuando ya han superado el requisito temporal para acceder a alguno de los egresos anticipados, por lo que su tránsito intramuros es nulo y la administración tampoco puede emitir una conclusión (fundada) respecto a su desempeño o sus perspectivas de cara a su posible egreso anticipado. Estos dos últimos son, sin dudas, los supuestos más problemáticos con los que nos encontramos en la práctica cotidiana y, por ello, son la materia principal sobre la que discurrirá el artículo.

[96] Ley N° 24.660, según texto de la Ley N° 27.375, del 5 de julio de 2017 (B.O. 28 de julio de 2017).

[97] Ley N° 27.272, del 7 de septiembre de 2016 (B.O. 1 de diciembre de 2016).

[98] Ley N° 27.375, del 5 de julio de 2017 (B.O. 28 de julio de 2017).

[99] Conforme enseña Gustavo Arocena dos son los principales modelos de readaptación social que se presentan, según la intensidad de la resocialización: programas de resocialización máximo y mínimo. En los primeros el objetivo es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad que ha de integrarse pues la “regeneración moral” es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos. Por el contrario en los paradigmas resocializadores mínimos, la ejecución de la pena, en un Estado de Derecho, debe orientarse solo a lograr que el delincuente



adecue su comportamiento externo al marco de la ley. Consultado en [<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v41n122/v41n122a1.pdf>]

[100]

Ley N° 24.660, art 5: “El tratamiento del condenado deberá ser programa e individualizado (...) Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso”.

[101]

Esto también aparece cristalizado en el “Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución, aprobado por Decreto 396/99, art. 1: “La progresividad del régimen penitenciario consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad...”.

[102]

La administración penitenciaria tiene a su cargo la elaboración de los informes que se encuentran previstos en los art. 28 y 54 de la Ley N° 24.660, según se trate de libertad condicional o asistida respectivamente. Los detalles de su confección, se encuentran previsto en el Dto. 396/99, arts. 40 y ss.; 101, 102, entre otros.

[103]

Lo cual no es un dato menor si tenemos en cuenta que según el art. 101 de la Ley N° 24.660 “...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 si bien la nota conceptual por sí sola no excluye a los condenados del acceso a los diferentes institutos liberatorios, la experiencia nos indica que es el dato de mayor relevancia a la hora de resolver un egreso anticipado.

[104]

En el caso de las libertades condicionales, esa opinión aparece englobada detrás de la afirmación de que no existe “pronóstico de reinserción social favorable” (tal como lo demanda el art. 13), mientras que en las libertades asistidas, conduce a la aseveración de que la soltura anticipada “puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad”.

[105]

C.N.C.C.C, Sala 1, CCC 59321/2005/1/CNC1, caratulada “Arévalo Bastía Guillermo Roberto s/violación...”, Reg. n° 334/2016, rta. el 4 de mayo de 2016.

[106]

Ley N° 24.660, art. 3, “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley. Art. 4: Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”.

[107]

C.N.C.C.C., Sala 2, CCC 30803/2014/TO1/4/CNC 1, caratulada “López Maximiliano Gastón”, Reg. n° 244/2015, rta. el 15 de julio de 2015.

[108]

C.N.C.C.C., Sala 3, CCC 76519/2019EP1/CNC1, caratulada “Kopalex, Lionel Oscar s/legajo de casación”, Reg. n° 1184/2020, rta. el 2 de junio de

2020.

[109]

C.N.C.C.C., Sala 3, “Urueña, Silva”, Reg. n° 1460/2020, rta. el 16 de junio de 2020; “Segovia Daniel Alejandro”, Reg. n° 1609/2020, rta. el 23 de junio 2020; “Alderete, Julio Alberto”. Reg. n° 1606/2020, rta. el 23 de junio de 2020; “Méndez Rubén Héctor”, Reg. n° 2109/2020, rta. el 21 de julio de 2020.

[110]

C.N.C.C.C., Sala 3, CCC 47031/2018/TO1/EP1/2/CNC1, caratulada “Duarte, Mariano...”, Reg. n° 454/2020, rta. el 28 de abril de 2020. En relación al caso, vale señalar que se trató de un supuesto en el que el Juez de ejecución había rechazado la libertad condicional, exclusivamente, a partir de un análisis textual del art. 28. Frente a eso, los Jueces Magariños y Huarte Petite, entre otras cosas, señalaron: “...el a quo adoptó ese temperamento a partir de una interpretación meramente literal de esa disposición, sin ingresar en el análisis, evidentemente necesario, de la relación intersistemática que esa norma posee respecto del artículo 13 del Código Penal. En el caso, esto se presentaba como un requisito ineludible para que su decisión pueda ser considerada como ajustada a derecho, pues no explica de qué modo el juego armónico de esas disposiciones permitiría convalidar su temperamento y, además, dada la particularidad de que, en el sub lite, se trata de un interno condenado a una sanción de 3 años de prisión, de manera tal que no tomó a su cargo explicar cómo, en este grupo de casos -penas iguales o menores a 3 años de prisión- podría encontrarse configurado un pronóstico de reinserción social favorable”.

[111]

Según ALDERETE LOBO, Rubén (2017), en “*Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina*”. Consultado en: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2017.12.%20Reforma%20de%20la%20ley%2024.660.%20El%20fin%20del%20derecho%20de%20ejecuci%C3%B3n%20penal%20en%20Argentina.pdf]

[112]

Sobre este punto resulta interesante el artículo realizado por Ximena Figueroa y Martina Gómez Romero “*Las penas cortas y el fin de su conversión en trabajos para la comunidad*” publicado en Estudios sobre Jurisprudencia de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

[113]

SNEEP, Informes 2015, 2016, 2017 y 2018. Consultado en [https://www.argentina.gob.ar/justicia/estadisticas-informes#sneep].

[114]

S.P.F. Memorandum sobre “Lineamientos para las Calificaciones de Junio 2020”. Publicado en Publicado el 5 de junio de 2020.

[115]

C.F.C.P., Acordada 9/20, del 13 de abril de 2020.

[116]

C.N.C.C.C., Acordada 5/20, del 23 de abril de 2020.

[117]

Creado por Ley N° 24.050 -art 29- con los cargos especificados en Ley N° 24.121 -art. 77, segundo párrafo y concretados en la Resolución n° 2410/15 de la CSJN. El aludido equipo se rige por el Protocolo de actuación aprobado por la Cámara Federal de Casación Penal por Res. 380/17.

\*

– Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal.

[118] cfr. ALDERETE LOBO, Rubén, *“Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”*, artículo publicado en LEDESMA, Angela (dir.) y LOPARDO, Mauro (coord.), *“El debido proceso penal”*, tomo 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

[119] Causa CCC 2268/2018/TO1/EP1/1/CNC1 del registro de la Sala 2 de la C.N.C.C.C., “Fontán”, Reg. Nro. 170/20, rta. el 17/02/20.

[120] cfr. causa FSA 16350/2017/TO1/1/CFC1 del registro de la Sala II de la C.F.C.P., “Bogado”, Reg. Nro. 78/20, rta. el 20/02/20.

[121] CSJN Fallos 337:3279.

[122] CSJN Fallos 327:3279.

[123] cfr. Cámara de Diputados de la Nación, expediente 6064-D-2010, Trámite Parlamentario 116, del 20 de agosto de 2012.

[124] cfr. CSJN Fallos 328:1146.

[125] cfr. CSJN Fallos: 310:849; 320:305; 322:2346; 329:5567 y 332:1039, entre muchos otros.

[126] CSJN Fallos 311:1451.

[127] cfr. LÓPEZ, Axel - MACHADO, Ricardo, *“Análisis del Régimen de Ejecución Penal”*, Buenos Aires, ed. Di Plácido, 2014, pág. 154.

[128] cfr. CSJN Fallos 335:38.

\*  
– *Defensor Público Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.*

[129] Cfr. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura primer Ciclo de Conferencias “Del Hacinamiento a la Reinserción. Reflexiones sobre la Ejecución Penal”, 4/6/2020; en [<https://cnpt.gob.ar/el-cnpt-dio-inicio-al-ciclo-de-conferencias-del-hacinamiento-a-la-reinsercion-reflexiones-sobre-la-ejecucion-penal/>], puede verse la exposición completa del autor citado.

[130] Cfr. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura primer Ciclo de Conferencias “Del Hacinamiento a la Reinserción. Reflexiones sobre la Ejecución Penal”, 4/6/2020; en [<https://cnpt.gob.ar/el-cnpt-dio-inicio-al-ciclo-de-conferencias-del-hacinamiento-a-la-reinsercion-reflexiones-sobre-la-ejecucion-penal/>], exposición completa de la Dra. Stella Maris Martínez.

[131] Cfr. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura tercer Ciclo de Conferencias “Del Hacinamiento a la Reinserción. Reflexiones sobre la Ejecución Penal”, en [<https://www.youtube.com/channel/UC22-Bw6pks5R1reBfX6RsZA>], exposición completa del autor citado.

[132] Cfr. CSJN “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, considerandos nro. 59) y 60) del voto de la mayoría, rta. el 3/05/2005.

[133] Corbo, Pablo, *Las vías de hecho de la administración penitenciaria. El problema más relevante de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 4, Bs. As., Ed. Lexis-Nexis, 2006, págs. 690/698.

[134] Corbo, Pablo, *Ideas para la implementación de una estrategia integral que optimice la intervención de la defensa pública oficial en la etapa de ejecución penal*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 10, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, págs. 1912/1918.

[135] Así fue definido en el Documento Marco denominado “Principios y Líneas de Acción Necesarias para el diseño de una Política Penitenciaria para la Ciudad de Buenos Aires”, aprobado mediante Resolución del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Res. CM N°161/2009, consultado en [<https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/FBB6CD095EF1C03C2A5F2F71267D7921>].

[136] Lo acontecido a partir del caso “Blumberg” y las reformas legislativas que fueron su directa consecuencia; cfr. Corbo, Pablo, *Leyes ‘Ad Hoc’ que contradicen el programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y comprometen la responsabilidad internacional del estado argentino*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 7, Bs. As., Ed. Lexis-Nexis, 2005, págs. 208/214.

[137] Cfr., Corbo, Pablo y FUSCO, Lorena; Divito, Mauro (coord.), D’Alessio, Andrés (dir.); *Ley de Ejecución Penal -24.660- Comentada. Tomo de Leyes Penales Especiales*, Bs. As., Editorial La Ley, 2010, comentario art. 229.

[138] Fallo “Verbistky” ya citado, considerandos 59) y 60) del voto de la mayoría. En punto a lo comentado del proceso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su proceso de autonomía (129 CN) y en orden al diseño de una política penitenciaria propia, desde un inicio a partir de la creación de la Comisión Ad hoc para la implementación de políticas penitenciarias para la CABA, espacio institucional creado por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Caba, mediante Resolución 365/2007 [<https://consejo.jusbaires.gob.ar/comisiones/fortalecimiento/comision-ad-hoc-para-la-implementacion-de-politicas-penitenciarias-para-la-ciudad-de-buenos-aires>], en el que me desempeñé como Secretario de dicha comisión (2007-2011) se fueron generando distintas líneas de acción en la materia hasta que se plasmó el Documento Marco denominado “Principios y Líneas de Acción Necesarias para el diseño de una Política Penitenciaria para la Ciudad de Buenos Aires”, aprobado mediante Resolución del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Res. CM N°161/2009, consultado en [<https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/FBB6CD095EF1C03C2A5F2F71267D7921>]; Corbo, Pablo, Moya Domínguez, María Teresa (coord. y comp.), *Hacia una política penitenciaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se oriente a los estándares constitucionales. Un contexto inmejorable para su desarrollo*, en *Justicia en la Ciudad. Un modelo en construcción*; Editorial IBAPE, año 2008.

[139] Así fue plasmado en el Documento Marco de políticas penitenciarias para la CABA (para profundizar, ver notas 7 y 10).

[140] Estas dos cuestiones fueron abordadas en el fallo de la CIDH, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22/11/2018, en el que se entendió que debía compensarse el hacinamiento estimado en un 200 por ciento, computando con dos días por cada día de detención: “Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que nunca debió existir pero existe, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducir-las en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado (...) ”formular un distinto tratamiento para el caso de presos condenados o imputados por delitos o supuestos delitos contra la vida, la integridad física o de naturaleza sexual, si bien tomando en cuenta que esas desviaciones secundarias de conducta no se producen inexorablemente, lo que requiere un tratamiento particularizado en cada caso” (párr. 128); “[L]a reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, conforme al cómputo antes señalado para la población penal del IPPSC en general, en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales, deberá quedar supeditada en cada caso a un examen o peritaje técnico criminológico que indique, según el pronóstico de conducta resultante y, en particular, con base a indicadores de agresividad de la persona, si corresponde la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50 %, si éste no es aconsejable en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo o si debe abreviarse en menor medida que el 50 %” (párr. 129).

[141] Cfr. art. 34 de la Ley N° 20416: “Estado penitenciario es la condición creada por el conjunto de derechos y obligaciones que esta Ley y sus reglamentaciones establecen para los agentes del Servicio Penitenciario Federal”.

[142] Cfr. Salinas, Raúl; *El Problema Carcelario. Límites del Castigo*, colección Claves para todos, en Capital Intelectual, 2006, página 45 y ss.

[143] Ob. cit., página 45 y ss.

[144] “El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos”.

[145] El principio XVII, medidas contra el hacinamiento, establece: “La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia

habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes” ya asumimos que “La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos”.

[146]

Incluso este trabajo podría articularse convocando a la Comisión Nacional para la Prevención de la Tortura, que en términos del art. 50 de la Ley N° 26.827 (sancionada 28/22/2012), trabaja activamente por este inconcluso tópico. “Del cupo carcelario. Para el mejor cumplimiento de las obligaciones emanadas del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, las autoridades competentes deberán regular un mecanismo que permita determinar la capacidad de alojamiento de los centros de detención conforme a los estándares constitucionales e internacionales en la materia, y las herramientas específicas para proceder ante los casos de alojamiento de personas por encima del cupo legal fijado para cada establecimiento”.

[147]

Aspecto reconocido por la CIDH, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22/11/2018, ver nota 12.

[148]

Solo por graficar la idea, con estándares ya fijados por la CSJN en distintos tópicos de la ejecución penal servirían como líneas de acción para corregir y alinear las prácticas: en materia correspondencia e intimidad, “Dessy s/ hábeas corpus”, rta. 19/10/1995; en materia de derecho al voto de los detenidos no condenados, “Mignone, Emilio F.”, rta. 9/04/2002; en materia de reglas básicas para el control judicial, principio de legalidad ejecutiva y principio de judicialización en la etapa de ejecución, “Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal”, rta. el 9/03/2003; Derecho del detenido a ser alojado en un establecimiento cercano al del lugar en que juzga el caso, como integrante del derecho de defensa en juicio, Fallos 242:112.

[149] CORBO, Pablo, *Mediación carcelaria en la etapa de ejecución penal. Ideas para pacificar institucionalmente un espacio sin ley*, en suplemento editorial la ley, 2 de agosto de 2007.; Corbo, Pablo y Carrere, Gastón, *Mediación carcelaria en la Provincia de Buenos Aires. Hacia un cambio de paradigma para construir la reinserción social*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo-Perrot., N° 11, noviembre 2009.

[150] El *Patronato de Liberados* del Poder Judicial de la CABA mediante Resolución del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la CABA, Res. CM N°171/2010, consultado en [https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/921481BDF3FE4617E239594F23954EEF].

[151] Acordada N° 39/06.- Expte. N° 3299/04 CSJN. En 2016, el Máximo Tribunal amplió las funciones de la Oficina -a través de la acordada 21/2016-, y comenzó a atender casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución.

\* - *Presidenta del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba. Especialista en Derecho Penal.*

[152] Ferrajoli, Luigi; *Escritos sobre derecho penal-Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*; Guzmán, Nicolás (coord.), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2013, Tomo 1, pág. 194.

[153] Consultado en [https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral\_info\_parlamentaria/dip/debates/Leyes\_27000.html].

[154] Garrido Guzmán, Luis; *Manual de Ciencia Penitenciaria*; Madrid; Edersa; 1983; pág. 134.

[155] En 1907 se crea el Instituto de Criminología de los que participaron profesionales de la talla de Joaquín V. González, Antonio Ballvé y José Ingenieros. En 1933, se sanciona la Ley N° 11.833, de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, crea el Instituto de Clasificación. Posteriormente, Argentina tuvo una intervención destacada en la redacción de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1955.

[156] García Basalo, Juan Carlos; *El Régimen Penitenciario Argentino*; Buenos Aires: Ediciones, 1975; pág. 32.

[157] Cfr. Fundamentos del Proyecto original presentado por el Diputado Luis Alfonso Petri, que luego fue tratado en el expediente 4829-d-2016, pág. 13, publicado en [https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral\_info\_parlamentaria/dip/debates/Leyes\_27000.html].-

[158] GARCÍA BASALO, Juan Carlos, ob. cit., pág. 32.

\* - *Juez ante Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la CABA. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid (UNED). Profesor adjunto regular en la Facultad de Derecho de la UBA.*

<sup>\*\*</sup> *Defensora Oficial del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas a cargo de la Secretaría Letrada de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad.*

[159]

El art. 11 de la LEP establece que “Esta ley es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente”.

[160]

La Ley N° 24.660 y el Decreto N° 18/97 establecen expresamente la vigencia de los principios fundamentales del derecho penal y procesal penal. Especialmente se declaran aplicables los principios de legalidad (art. 84, LEP y 7, Decreto 18/97), *ne bis in idem* (art. 92, LEP y 10, Decreto 18/97), culpabilidad y responsabilidad subjetiva, al prohibirse las sanciones de carácter colectivo (art. 94, LEP y 12, Decreto 18/97), estado de inocencia y principio de la *in dubio pro reo* (art. 93, LEP y 8 y 11 Decreto 18/97), debido proceso legal y defensa en juicio (arts. 91, 95 y 96, LEP y 29, 31, 40, 44, 46 y 47, Decreto 18/97).

[161]

Ver De La Fuente, Javier y SALDUNA, Mariana, *El régimen disciplinario en las cárceles*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 57 y ss.

[162]

Es claro que se ha tomado en cuenta lo dispuesto en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos -ONU, 1955-, cuyo art. 30.2 dispone que “...2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. 3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete”. También el Principio 30.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a detención o prisión de la ONU (1988) establece que “La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas a autoridades superiores para su examen”. Mas recientemente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela, ONU, 2015) establecen que: “...2. Los reclusos serán informados, sin dilación y en un idioma que comprendan, de la naturaleza de los cargos que se les imputen, y dispondrán del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. 3. Los reclusos estarán autorizados 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. Si no comprenden o no hablan el idioma utilizado en la audiencia disciplinaria, contarán con la asistencia gratuita de un intérprete. 4. Los reclusos tendrán la posibilidad de solicitar una revisión judicial de las sanciones disciplinarias que se les hayan impuesto. 5. Cuando una falta disciplinaria se persiga como delito, el recluso tendrá derecho a todas las garantías procesales aplicables a las actuaciones penales, incluido el libre acceso a un asesor jurídico”.

[163]

En lo que sigue, nos hemos basado en la explicación que, sobre el derecho de defensa se efectúa en Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, 2ª ed. act. por Santiago Martínez, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pág. 120 y ss.



[164]

Interesante resulta la sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 91/2004, 19-5-2004, en la que se sostuvo que el Tribunal ha declarado reiteradamente que entre las garantías indudablemente aplicables a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario se encuentra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (por todas, SSTC 27/2001, del 29 de enero, FJ 8; y 9/2003, del 20 de enero, FJ 3). Este derecho es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos. Siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, es decir, potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, el derecho a utilizar los medios de prueba resultará vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de las diligencias interesadas carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, del 21 de enero, FJ 6; 195/1995, del 19 de diciembre, FJ 7; y 181/1999, del 11 de octubre, FJ 3). La reseña de este fallo ha sido realizada por DÍAS, Horacio L., "Jurisprudencia española", en DONNA, Edgardo A. (Dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2009-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 643 y ss.

[165]

En este sentido, se ha sostenido que, en la práctica, los hechos imputados "son descriptos en forma genérica, con abstracción incluso de fecha, hora y lugar en que se habrían producido, lo que, sin lugar a dudas, genera indefensión, no sólo de que estos datos no consten, sino porque privan de la posibilidad de argumentar y probar en contrario. La no indicación al preso imputado de las pruebas en que se basa la acusación no sólo constituye una indefensión, sino que también representa una clara desigualdad entre las partes que no debería darse ya que el hecho de estar en prisión constituye, por sí mismo, una relación de especial sujeción que no necesita de esta adicional desigualdad" (Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario, Universidad Complutense de Madrid, [www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/sanciones.htm](http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/sanciones.htm), pág. 2). Sobre el conocimiento de la imputación el Tribunal Constitucional Español ha entendido que "la puesta en conocimiento de la imputación en el procedimiento administrativo sancionador se realiza normalmente a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objetos de la imputación... (lo que incluye) una relación circunstanciada de los hechos objeto del procedimiento disciplinario y su respectiva calificación legal. Debe entenderse que esta relación, como consecuencia del principio de información derivado del art. 24.2 de la Constitución, habrá de contener todos los datos necesarios para permitir al interno obtener un exacto conocimiento de los hechos imputados y poder defenderse de los mismos" (TC España, sentencia 297/93. En el mismo sentido, sentencia 195/95, 19-12-1995). Por su parte, sobre la necesidad de conocer acabadamente la imputación que se formula, la jurisprudencia local ha sostenido que: "Corresponde declarar la nulidad del acta de notificación y descargo efectuada al interno si, al no haberse especificado cuáles fueron los hechos, los sucesos y los dichos o las

palabras concretas que habrían motivado el reproche penitenciario, o sea, en qué consistieron las supuestas resistencias a órdenes impartidas o las alteraciones al orden imperante, al incuso sólo le quedaba o le era posible afirmar o negar calidades o calificativos, mas no hechos y realidades, impidiendo el ejercicio de la defensa en juicio” (CFCP, Sala IV, c. N° 14.485, reg. N° 16141.4, “Rossi, Franco s/recurso de casación”, 29-12-2011).

[166]

Si luego de la incorporación de nuevos elementos a la investigación se torna necesario modificar el hecho imputado originalmente (por ejemplo, para ampliarlo, para incorporar circunstancias agravantes, etc.), siempre debe garantizarse el derecho de defensa, a cuyo fin deberán intimarse debidamente los nuevos hechos a la persona detenida y brindarle la posibilidad de defensa.

[167]

Recordemos que el art. 91, LEP dispone que la resolución del/de la directora/a, “en todos los casos deberá ser fundada”. Con relación a la necesidad de que las resoluciones que adopta la autoridad administrativa se hallen debidamente fundamentadas, la jurisprudencia ha sostenido que: “La sanción disciplinaria impuesta a un interno alojado en una unidad penitenciaria es nula, toda vez que, si bien se notificó a la defensa del inicio del sumario e intervino la Defensoría General, se lo privó de la efectiva posibilidad del ejercicio de la defensa, al no brindarse los fundamentos para no producir las pruebas sugeridas y descartar el descargo del imputado” (Cám. Nac. de Apel. en lo Crim. y Correc., Sala V, “M., G. A. s/ sanción disciplinaria”, 12-6-2014, La Ley Online AR/JUR/32155/2014).

[168]

Señala Malarino que “la administración penitenciaria contribuye a agravar los defectos de la ley de ejecución al implementar un sistema de ‘modelos de actas de sanción’, que viola la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, al no permitir al interno obtener una resolución ‘verdaderamente’ fundada” (Malarino, J. Ezequiel, “Sanciones penitenciarias, legalidad ejecutiva, y su contralor judicial. A propósito de la entrada en vigencia de la nueva ley de ejecución de penas privativas de la libertad”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 6, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, pág. 849). Por su parte, Ramos apuntaba que resultaba llamativo que “todas las sanciones aplicadas dentro del régimen federal son exactas, excepto los espacios rellenos a mano. Ello, sin distinción de unidad, ni de infracción. Resulta claro que este modelo ‘cliché’, efectuado por la propia Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, carece de casi todos los requisitos para que la resolución sea válida: nada dice sobre los hechos probados, su calificación o autor, ni mucho menos mérita el descargo del imputado. Si nos atenemos al concepto de resolución supra indicado, sumado a la imposibilidad de agregar cualquier cuestión de hecho o derecho en el acta respectiva, es indudable la imposibilidad de cumplir con las exigencias para que la sanción sea válida” (RAMOS, Federico Horacio, *Régimen disciplinario penitenciario. Teoría y práctica*, consultado en [www.derechopenalonline.com.ar]). Respecto de esta crítica, véase también Cesano, José Daniel, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias. Control jurisdiccional e impugnación de los actos administrativos sancionatorios en la Ley N° 24.660 y su reglamentación*, Córdoba, Alveroni, 2002, pág. 64 y Bolotnikoff, Pablo, “Sanciones disciplinarias penitenciarias impuestas a los presos preventivos y su forma de impugnación”,

en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 9, N° 17, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pág. 164.

[169]

Sobre esta cuestión la jurisprudencia ha entendido que resulta “nula la resolución que declaró abstracto el tratamiento de las impugnaciones efectuadas respecto de las sanciones disciplinarias aplicadas al encartado por el Servicio Penitenciario, en tanto omitió analizar los diversos planteos que la defensa razonablemente introdujo en sus presentaciones lo que implica no haber dado fundamento acabado a la resolución adoptada, lo que en definitiva se traduce en arbitrariedad” (Cám. Nac. de Apel. en lo Crim. y Correc., Sala V, “A. S., R. J. s/ robo en grado de tentativa”, 15-6-2012, La Ley Online AR/JUR/27797/2012).

[170]

Lógicamente, este derecho supone también que la asistencia letrada con la que la persona detenida cuenta es una asistencia *efectiva*. Sobre ello, la jurisprudencia ha señalado que: “Corresponde declarar la nulidad del acta que impuso una sanción disciplinaria a un interno, pues la actuación del ‘Defensor de los Derechos de los Internos’ asignado en el marco de la actuación administrativa resulta deficitaria, en tanto el imputado negó el hecho endilgado y reclamó la presencia de su abogado, mientras que el defensor lo admitió, sin haber siquiera incorporado alguna circunstancia defensiva que justifique la petición de aplicación de una sanción menor y desconociendo específicamente la infracción endilgada, violentando así el derecho de defensa del encartado” (Cam. de Apel, en lo Crim. de Mendoza, “Kastelic Beaz, Daniel Antonio”, 6-12-2010, La Ley Online AR/JUR/92136/2010).

[171]

Con relación a la necesidad de asistencia técnica en el marco de procedimientos administrativos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “...en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique deportación, expulsión o privación de la libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso” (Corte IDH, caso “Vélez Loor vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23-11-2010, párr. 146)

[172]

En España, el art. 242.2, inc. i, del Reglamento Penitenciario establece que el/la instructor/a debe hacer constar la “Indicación de que el interno puede asesorarse por letrado, funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos”. Respecto de esta cuestión, véase la sentencia del STC 74/1985, del 18-6-1985, en la que se sostuvo que la persona detenida siempre debe contar con la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente, pero ello no supone la exigencia de que el/la defensor/a se encuentre presente y asista en las audiencias (ver Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pág. 304).

[173]

Debe tenerse en cuenta el caso Penitenciarías de Mendoza de la Corte IDH, en el que, mediante acta suscripta por los representantes de la Comisión IDH, los beneficiarios de las medidas provisionales y el Estado, manifestaron su conformidad de “adoptar las medidas que fueran necesarias a efectos de que, a la mayor brevedad, se notifique a la defensa de toda persona que sea objeto de

un sumario administrativo tendiente a aplicarle una sanción, con el objeto de garantizar que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa”; y “adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para establecer un régimen disciplinario conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables”.

[174]

En los fundamentos de la resolución se indicó que “el aseguramiento del derecho de defensa de las personas privadas de la libertad respecto de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa penitenciaria, resulta relevante para la vigencia del control judicial amplio y eficiente de esas decisiones, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo ‘Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución’ (Fallos 327:388)”.

[175]

Coincidimos en este punto con lo que ya advertía Daniel Cesano cuando afirmaba que “el resguardo del derecho de defensa sería más efectivo si a través de la norma reglamentaria se le hiciera conocer al interno el derecho de hacerse asistir por un letrado durante el procedimiento disciplinario. Tal letrado podría ser el mismo defensor oficial que lo ha venido asistiendo a lo largo del proceso y en los incidentes de ejecución, o, si sus medios económicos lo permiten, un defensor particular” (Cesano, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias...*, pág. 58). En su opinión, la necesidad de resguardar el derecho de defensa en esta clase de procedimientos es una consecuencia de normas de jerarquía política superior (art. 75, inc. 22, CN), dadas las imposiciones de los arts. 8.2.e), CADH y 14.3.d), PIDCP. En tal sentido señala el autor que “Si bien es cierto que la ley ha diseñado un procedimiento administrativo para la imposición de la sanción disciplinaria, no lo es menos que ese procedimiento está inserto dentro de una etapa del proceso penal, como es la ejecución” (op. cit., p 59/60). Salt, alude también a la necesidad de la defensa técnica, a cuyo fin destaca que la situación de desigualdad que existe entre la persona privada de libertad y las instituciones estatales. En su opinión, “no garantizar la defensa técnica en los casos en que los internos no están capacitados para defenderse por sí mismos significa desvirtuar el derecho de defensa tornándolo de imposible cumplimiento” (Rivera Beiras, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto, 1999, pág. 212). También Bolotnikoff afirma que “el reconocimiento del derecho de defensa sin la posibilidad de recurrir a asistencia letrada para ejercerlo, es tan sólo un reconocimiento formal del derecho de defensa, ya que en la práctica significa la indefensión del imputado” (Bolotnikoff, “Sanciones disciplinarias penitenciarias...”, pág. 161). En sentido similar, Garrigós señala que “La legislación y la reglamentación no hacen ninguna referencia a la facultad del interno de ser asesorado por un letrado; sin embargo, es obvio que esta facultad no podría negársele, teniendo en cuenta que, en cualquier otro régimen disciplinario, el afectado por la medida cuenta con asesoramiento letrado” (Garrigós, María Laura, “Régimen disciplinario en el marco de la ejecución penal: discrecionalidad administrativa”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 9, N° 17, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pág. 122). Por ello, concluye acertadamente que “Cuando un derecho no puede hacerse efectivo, no es tal” (op. cit., pág. 124). Por su parte, Perano considera que la asistencia técnica de los/as internos/as puede estar a cargo del “ombudsman de

penados”, esto es una especie de “defensor del pueblo para penados” cuya finalidad sea la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales en el interior de los penales (PERANO, Jorge, “Incidencia del régimen disciplinario en el tratamiento penitenciario”, en *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal integrado*, Volumen V-8, Córdoba, Mediterránea, pág. 217). Considera también que la asistencia técnica debe ser obligatoria, no sólo en la cuestión disciplinaria, sino en la ejecución toda, Cuenca, Daniel O., “Garantías y Ejecución Penal. Pautas de aplicación en el régimen disciplinario”, en DONNA, Edgardo A. (Dir.), *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 131.

[176]

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que si de la lectura de las actuaciones llevadas adelante en el Servicio Penitenciario, no surgía que se le haya notificado al defensor del imputado de las circunstancias de hecho que motivaron las sanciones que le fueran impuestas, ni de la resolución, por lo que no pudo proponer prueba útil para apoyar su posición, de ello puede concluirse que no había existido una defensa efectiva ante la autoridad penitenciaria (del voto de la jueza Ledesma, en disidencia parcial en CFCP, Sala III, c. N° 5.637, reg. N° 431.05.3, “Rodríguez, Jorge Nicolás s/recurso de casación”, 30-5-2005, PJN Intranet). Al mismo tiempo, se ha sostenido que: “La sanción disciplinaria impuesta al interno debe invalidarse, toda vez que no fue asistido por un letrado defensor durante la audiencia, viéndose impedido de ejercer de modo efectivo las defensas materiales en relación con los hechos que dieron origen al procedimiento sancionatorio” (CFCP, Sala I, “I., H. A. s/ recurso de casación”, 27-9-2018, La Ley Online AR/JUR/53249/2018. Ver en sentido concordante el voto de la jueza Ledesma en CFCP, Sala II, “M., J. O. s/ recurso de casación”, 11-9-2018, La Ley Online AR/JUR/86901/2018. También se ha afirmado que “Lo actuado en el expediente disciplinario que concluyó con la imposición de una sanción a un interno debe anularse, pues se omitió dar intervención a la defensa de aquel en el trámite administrativo con la debida antelación, especialmente en la audiencia que prevé el art. 40 del Decreto 18/97, que es el momento en el que el sancionado toma conocimiento de la infracción atribuida y tiene la posibilidad de ofrecer su descargo” (Cám. Nac. de Apel. en lo Crim. y Correc., Sala IV, “L., J. L. s/ sanción disciplinaria”, 1-7-2014, La Ley Online AR/JUR/33839/2014). Y que: “La sanción disciplinaria aplicada a un recluso es nula si se advierte del expediente administrativo que fue privado de la efectiva posibilidad de contar con el asesoramiento de un letrado, vulnerándose así su derecho de defensa -art. 18, Constitución Nacional-” (Cám. Nac. de Apel. en lo Crim. y Correc., Sala V, “V., J. G. s/ robo”, 21-4-2014, La Ley Online AR/JUR/10535/2014). En sentido análogo ver también de la misma Cámara el fallo de la Sala V, “Sánchez, Rodrigo Gastón s/ inconstitucionalidad”, 28-10-2013, La Ley Online AR/JUR/74504/2013; de la Sala de FERIA B, “V., C. D. s/ robo tentado”, 18-7-2013, La Ley Online AR/JUR/68676/2013 y de la Sala VI, “P. H., R. R.”, 9-11-2012, La Ley Online AP/JUR/4453/2012. Finalmente, se ha argumentado que: “[E]l núcleo central para la vigencia del derecho de defensa es la posibilidad cierta de consultar con un abogado, pues no resulta legítimo que el Estado se beneficie del error o de la ignorancia de una persona para imponerle una sanción. El consejo que brinda un abogado permite conocer al asesorado los límites de las atribuciones estatales y los alcances de los derechos individuales, y contribuye a una correcta administración de justicia” y que “[E]n el caso concreto esta falta de asistencia letrada se tradujo en un

perjuicio específico para (el imputado); su voluntad de contradecir la imputación que se le formulaba (volcada en el acta analizada) y el ejercicio de su posibilidad de recurrir, recién se concretaron en la práctica cuando intervinieron sus defensores, al ser anoticiados de la existencia de la sanción, que por lo demás ya estaba cumplida. [...] [Esto] demuestra [...] cómo la asistencia del defensor resulta fundamental para el debido proceso. Como dijimos, la revisión judicial del procedimiento recién se activó cuando los asistentes letrados lo solicitaron. De allí que el derecho del interno a ofrecer su descargo, solicitar las pruebas oportunas o recurrir la sanción son meras expresiones de deseo si no interviene un abogado defensor” (del voto del juez Sarrabayrouse en Cám. Nac. de Casación en lo Crim. y Correc., Sala I, CCC, reg. N° 100/2015, “Altamirano, Héctor Daniel”, 25-5-2015).

[177]

También se instruía a los/as defensores/as a que soliciten judicialmente tanto la suspensión de la ejecución de la medida, como la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 18/97.

[178]

Por su parte, en la órbita de la Procuración General de la Nación, con fecha 28 de abril de 2014, mediante resolución PGN N° 737/14, se dispuso aprobar el documento elaborado por la Unidad Fiscal de Ejecución Penal que se acompañó como Anexo I de la resolución y se recomendó a los/as fiscales con competencia en los casos aludidos en el documento aprobado que adecuen su actuación a las pautas que de allí surgen. Entre otros puntos, en el Anexo I mencionado se destacó que “...resulta categórico e incontrastable el deber de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa mediante la concreta intervención de un abogado defensor que asista a la persona sujeta al procedimiento sancionatorio en tiempo oportuno. El conocimiento integral de los hechos atribuidos y de las consecuencias de las sanciones, la organización de la estrategia defensiva, la posibilidad de proponer prueba de descargo, alegar y en su caso recurrir la sanción integran el concepto de derecho de defensa en juicio consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art 8.2 incs. c), d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De manera tal que la ausencia de una efectiva defensa durante el procedimiento sancionatorio supone un vicio grave de imposible subsanación que hace inevitable la declaración de nulidad absoluta de las sanciones impuestas”. Desde esta óptica se entendió que “el Ministerio Público Fiscal debe garantizar de manera uniforme, a través de todos los magistrados con competencia penal, que el procedimiento de sanciones disciplinarias, tal como rige hoy en día, sea desarrollado en la práctica dentro de los parámetros constitucionales”. En función de ello fue que, en definitiva, se postuló que “los fiscales de instrucción y de tribunales orales a quienes les corresponda intervenir en los procesos penales que involucren a una persona detenida o condenada: a) Procuren el cumplimiento de lo dispuesto en la Recomendación II del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial, en punto a la notificación oportuna a la defensa, tanto de la fijación de la audiencia como de la aplicación de la sanción, y a la imposición de ésta con efecto suspensivo. b) Cuestionen la validez o recurran, según lo consideren pertinente, aquellas decisiones que no se adecúen a estos lineamientos”.

[179]

Respecto de esta cuestión, Axel López había cuestionado en su oportunidad que “durante el trámite del expediente disciplinario el interno no

cuent(e) con el asesoramiento de un letrado que pueda, desde lo técnico, suplir su voluntad en beneficio de su interés. Efectivamente, no se encuentra prevista la posibilidad de que un letrado defensor intervenga en el expediente disciplinario en representación del interno” (López, Axel, “Sanciones disciplinarias y derecho de defensa”, en *Ley, Razón y Justicia, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 10, Neuquén, Alveroni, 2006, pág. 207). Por otra parte, luego de señalar que la defensa técnica se encuentra habilitada para intervenir ante la autoridad jurisdiccional, por imperio de lo dispuesto en el art. 491 CPPN, indicaba el autor que “La experiencia acumulada me permite establecer que los actos procesales realizados por la autoridad administrativa acarrearán, por lo general, consecuencias irreparables para el interés del interno ya que, en virtud de los condicionamientos propios del sistema de control judicial, resulta sumamente dificultoso para la defensa técnica lograr una decisión revocatoria. En efecto, salvo cuestiones que tengan que ver con la torpeza o la desidia y que tiendan a generar la nulidad del acto, la intervención de la defensa técnica en sede judicial aparece como inoperante y tardía” (op. cit., pág. 209). En virtud de ello, el autor proponía, ya en ese momento, la creación de “un cuerpo especial del Ministerio Público Pupilar, provisto de una dotación de defensores oficiales que, de manera rotativa, asistan a los internos en los establecimientos carcelarios” (op. cit., pág. 210).

[180]

La notificación al defensor o defensora interviniente puede ser realizada por el mismo funcionario o funcionaria a cargo de la tramitación del sumario o por el juez o jueza competente. En cualquier caso, si el letrado o letrada tomaron conocimiento y tuvieron posibilidad de intervención, las exigencias relativas a la garantía aquí estudiada deben considerarse cumplidas.

[181]

Según el art. 96 de la Ley N° 24.660, “Las sanciones serán recurribles ante el juez de ejecución o juez competente dentro de los cinco días hábiles, derecho del que deberá ser informado el interno al notificársele la resolución. La interposición del recurso no tendrá efecto suspensivo, a menos que así lo disponga el magistrado interviniente. Si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme”. Por otra parte, según el reglamento, “El recurso interpuesto deberá ser remitido al Juez competente por el Director por la vía más rápida disponible dentro de las seis horas subsiguientes a su interposición” (art. 47, Decreto 18/97). “Tanto el recurso verbal, asentado en acta, como el escrito que presente el sancionado, serán agregados a las actuaciones y elevados al Juez competente, previo asiento en el ‘Registro de Sanciones’ y en el Libro de Mesa de Entradas del establecimiento, dejando copia autenticada en el Legajo del interno recurrente” (art. 48, Decreto 18/97). La operatividad del derecho al recurso durante la etapa de ejecución ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema en el precedente “Romero Cacharane” en el que se sostuvo que “la ley establece un continuo sistema de control judicial de la ejecución de la pena a fin de salvaguardar garantías de rango constitucional. En consecuencia, le asiste al condenado el derecho de recurrir cualquier acto lesivo de tales garantías (art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica), pues ellas no se reducen al proceso previo a la imposición de la pena, sino que se extienden al cumplimiento de ésta” (voto del juez Boggiano en CSJN, “Romero Cacharane”, consid. 6º). En el mismo precedente se afirmó, además, que si bien es posible sostener que el

objeto mismo de las decisiones de los/as jueces/zas de ejecución hace que éstas tengan carácter administrativo, dicho carácter no significa “que se trate de una categoría `menor´, que no merece ser casada. Pues el hecho de que muchas de las disposiciones de la ley 24.660 puedan ser calificadas de ´administrativas´ no constituye, sin más ni más, un argumento para excluirlas del ámbito de control del recurso casatorio, en la medida en que se encuentran afectados los derechos de los condenados amparados no sólo por la Ley N° 24.660 -que complementa las disposiciones del Código Penal- sino también por la Constitución Nacional” (voto del juez Petracchi en CSJN, “Romero Cacharane”, consid. 9º). Un elogio a la doctrina sentada en este fallo puede verse en Devoto, Eleonora y VEGA, Flavia, *Pena de prisión: ¿supuesto de excepción a la vigencia de derechos humanos básicos? “Romero Cacharane” ... ¿Una vuelta de página?*, consultado en [www.pensamientopenal.com.ar].

[182]

Afirma Arocena que “el recurso podrá ser deducido ante la administración penitenciaria por medio de *un acto verbal y actuado* -o sea, de una exposición oral que se consigna en un acta- o de un *acto escrito*” (Arocena, Gustavo A., “El recurso de los internos contra las sanciones disciplinarias”, en *Suplemento Extraordinario Penal y Procesal Penal 75 Aniversario*, septiembre 2010, Buenos Aires, La Ley, 2010, pág. 221. La cursiva está en el original).

[183]

Véase Bolotnikoff, “Sanciones disciplinarias penitenciarias...”, pág. 176.

[184]

Respecto del principio *reformatio in peius*, véase ampliamente MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 1999, pág. 590 y ss.

[185]

Véase Arocena, “El recurso de los internos...”, pág. 219.

[186]

En este norte, en la Recomendación N° II/2013 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, se destacó “que los datos de la realidad recabados por los diferentes integrantes del Sistema revelan que, en la mayoría de los casos..., las sanciones que en definitiva se imponen no son notificadas oportunamente a los jueces y defensores, es decir, que comienzan a ejecutarse antes de controlarse judicialmente”. Por ello, en el punto 3 de la resolución se recomendó “a los señores jueces a cargo de la ejecución de la pena o jueces competentes, que arbitren los medios necesarios a fin de hacer uso, con carácter de regla general sujeta a excepciones fundadas, de la facultad que les otorga el art. 96 de la Ley N° 24.660, de disponer efectos suspensivos de las sanciones hasta que ellos resuelvan acerca de su validez”.

[187]

Afirma Malarino que “este ‘efecto devolutivo’ no viene a implicar más que un particularísimo *solve et repete* en materia penal; y hace que la posterior revisión judicial llegue tarde, en caso que se revierta la medida, a efectos de subsanar las alteraciones en las condiciones de detención ya producidas” (Malarino, “Sanciones penitenciarias...”, pág. 845). También Bolotnikoff señala que “En la práctica, el efecto devolutivo del recurso previsto en el art. 96, Ley N° 24.660 implicará que se ejecute una sanción impuesta por la Administración sin que haya ningún tipo de control judicial, ya que en caso de existir éste, será tardío, y, por lo tanto, ineficiente y abstracto en cuanto al daño ya producido por la sanción” (Bolotnikoff, “Sanciones disciplinarias penitenciarias...”, pág.



180). Han criticado que la ley establezca que el recurso del interno se concede con efecto devolutivo, Garrigós, “Régimen disciplinario...”, pág. 127 y PERANO, “Incidencia del régimen disciplinario...”, pág. 217, quien señala que esto tiene como consecuencia “que los internos vean como innecesario recurrir las resoluciones de la administración penitenciaria” pues, aún cuando el/la juez/a pueda declarar que ha sido mal aplicada una sanción, la persona detenida para ese momento ya la habrá cumplido. En cambio, Tarditti entiende que “Como regla no es objetable el efecto devolutivo, por la presunción de validez que conllevan los actos administrativos y el principio de ejecutividad propio de ese ámbito. Claro que siempre con la posibilidad de que el juez o propio interno solicite la suspensión del acto, tal como ocurre en materia contencioso-administrativa” (Tarditti, Aída, “La revisión judicial de las sanciones disciplinarias impuestas a los penados”, en *Suplemento Extraordinario Penal y Procesal Penal 75 Aniversario*, septiembre 2010, Buenos Aires, La Ley, 2010, pág. 215).

[188]

Es claro que, para disponer la suspensión de la ejecución del correctivo disciplinario, resulta competente el juez o jueza a cuya disposición se encuentra la persona detenida. Excepcionalmente, se ha admitido, sin embargo, que esta facultad sea ejercida por un juez distinto si en una visita o inspección efectuada en una unidad, éste advierte la violación de garantías constitucionales con respecto a algún/a interno/a, supuesto en el cual “debe tomar las medidas urgentes y necesarias que correspondan según el caso, sin que pueda dudarse de la legitimidad de su actuación”, aún cuando tales internos/as no se hallen anotados/as a su disposición. Por ello, se concluyó que “si el Juez de Ejecución observó que un grupo de internos se hallaba aislado por sanciones disciplinarias que no habían sido asentadas en el correspondiente libro de Registro de Sanciones, tal como exige el art. 99 de la ley 24.660, denunciando además ciertas anomalías en dicho documento, la suspensión de la ejecución de los correctivos disciplinarios, hasta tanto cada Tribunal adopte una resolución definitiva, resulta legítima” (JNEjec.Pen. N° 1, “Orellano, Raúl Antonio”, 12-6-2003, citado en De La Fuente y Salduna, *El régimen disciplinario*, págs. 188/189).

[189]

Interesante resulta la regulación española respecto de los efectos del recurso. El art. 252 del Reglamento dispone que “1. Los acuerdos sancionadores no serán ejecutivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto por el interno ante el Juez de Vigilancia o, en caso de que no se haya interpuesto, hasta que haya transcurrido el plazo para su impugnación. 2. No obstante, conforme a lo establecido en el art. 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando se trate de actos de indisciplina grave y la Comisión Disciplinaria estime que el cumplimiento de la sanción no puede demorarse, las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutadas, siempre que correspondan a los actos de indisciplina grave tipificados en las letras a, b, c, d, e y f del art. 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo. 3. Contra el acuerdo de ejecución inmediata de la sanción, el interno podrá acudir en vía de queja ante el Juez de Vigilancia, con independencia de la tramitación del recurso interpuesto. La tramitación de la queja y del recurso tendrá carácter urgente y preferente cuando la sanción de ejecución inmediata impuesta sea la de aislamiento en celda, en cuyo caso se procederá a su notificación inmediata al Juez de Vigilancia”. Por otra parte, el

art. 253 establece que “1. Las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días no serán en ningún caso ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de Vigilancia. 2. No obstante, en los supuestos previstos en el art. 236.3, la Comisión Disciplinaria podrá acordar la ejecución inmediata de las sanciones de aislamiento en celda, cuya duración acumulada no supere los catorce días, siempre que concurren los requisitos establecidos en el apartado 2 del art. anterior y sin perjuicio de que todas las sanciones impuestas deban ser aprobadas por el Juez de Vigilancia”.

[190]

Arocena afirma que “el magistrado interviniente no podrá decidir antojadizamente respecto del eventual carácter suspensivo del recurso, sino que deberá *apreciar discrecionalmente* si la presentación de la impugnación *pone en evidencia* -por la verosimilitud de la pretensión esgrimida por el interno, del apriorístico valor decisivo de la prueba ofrecida por el recluso o por cualquier otra circunstancia- *la aparente falta de fundamento fáctico o jurídico* del reproche disciplinario dirigido en contra del quejoso” (Arocena, “El recurso de los internos...”, pág. 220. La cursiva está en el original).

[191]

Respecto de esta cuestión, expresa Malarino que la última parte de la norma “prevé la firmeza *ipso iure* de la resolución sancionadora tan solo por el mero paso del tiempo. Pero ¿soluciona el paso del tiempo el agravio expresado por el condenado al recurrir? La obviedad de la respuesta nos evita muchos comentarios. Igualmente, queremos remarcar lo desafortunado de una disposición que hace recaer sobre el recluso imputado (y en su perjuicio) las consecuencias de la inacción judicial” (Malarino, “Sanciones penitenciarias...”, pág. 845). Cesano destaca que “una norma como la transcripta, tensiona, abiertamente, garantías constitucionales elementales al configurar una suerte de denegación de justicia” (Cesano, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, pág. 75). Bolotnikoff señala por su parte que “El plazo de sesenta días previsto en la ley 24.660 no es más que una muy atractiva invitación a los jueces para que ‘cajoneen’ los expedientes motivados por los recursos interpuestos por los presos” (Bolotnikoff, “Sanciones disciplinarias penitenciarias...”, pág. 181). Con razón agrega que “el plazo de sesenta días previsto en la norma analizada podría hacer pensar a los jueces que pueden tomarse este tiempo para expedirse, en caso de querer hacerlo”, interpretación que “también causaría graves perjuicios al interno sancionado” (op. cit., pág. 183). En sentido crítico respecto de la disposición analizada, ver también Garrigós, María Laura, “Régimen disciplinario...”, pág. 127; Arocena, “El recurso de los internos...”, pág. 223 y Tarditti, “La revisión judicial de las sanciones...”, pág. 215. Se ha sostenido la inconstitucionalidad de esta disposición en Jdo. Ejec. Penal N° 1 de Córdoba, Res. Interlocutoria N° 44/2009, “Churquina, Javier Alejandro s/ ejecución de pena privativa de libertad”, 30-4-2009, elDial - AA5223, citado en De La Fuente y Salduna, *El régimen disciplinario...*, pág. 235. También se ha señalado que resulta “... inaplicable la disposición del art. 96 de la Ley N° 24.660 [firmeza de la sanción si el órgano judicial no se expide dentro de los 60 días] al no resultar razonable hacer caer la jurisdicción del tribunal por el mero transcurso del plazo allí establecido, con la consecuencia gravosa de perjudicar a quien se le confiere justamente el derecho al control judicial de una sanción administrativa sólo porque el órgano encargado de analizar la impugnación -sobrecargado de múltiples actividades- no se expide en un término que si bien no puede

tacharse de irracional resulta en cambio, y la práctica así lo demuestra, de casi imposible cumplimiento. Ello, claro está, en modo alguno puede recaer sobre quien pretende la revisión de la sanción” (Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 24 de la Capital Federal, causa N° 41911.13, 16-9-2004, consultado en [<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia>]).

\* *Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente universitario.*

[192]

La felicidad de las mujeres, debe decirse, sería consecuencia indirecta de la valoración dada a los varones de sus familias, ya no más súbditos, sino ciudadanos, dado que no concitó la directa atención que le es deparada actualmente. También el carácter “burgués” de esta declaración, debe ser admitido. Ni el sufragio universal ni la democracia social fueron entonces el objetivo.

[193]

*The Bill of Rights* 1689, también conocida como *The Bill of Rights* 1688, fue aprobada por el Parlamento resultante de La Gloriosa Revolución de 1688 en febrero de 1689 que invitó a suscribirla a los reyes Guillermo III y María II. Recibió sanción regia el 16 de diciembre de 1689 y consagró los derechos civiles básicos, entre ellos la prohibición de penas crueles e inusuales, al tiempo que clarificó sus derechos a la sucesión de la corona, limitando sus poderes y garantizando los del Parlamento, en especial el de sesionar con regularidad, en base a elecciones libres, así como la libertad de expresión de los parlamentarios.

[194]

En francés *Comité de Salut Public*.

[195]

Desde el 14 de abril de 1993, en que se sancionó la ley federal de educación (Ley N° 24.195), al día de hoy, no ha sido posible en la Argentina contar con la infraestructura necesaria para que se dicten adecuadamente los ciclos de Educación Inicial, General Básica y Polimodal. No hay aulas suficientes ni docentes calificados. La educación superior, profesional y académica de grado sigue siendo deficitaria en nuestro país, en el que no logran graduarse ni la cuarta parte de los profesionales que se gradúan en los países desarrollados.

[196]

Los condenados están sujetos a un régimen progresivo, en el cual avanzan hacia fases de autodisciplina, en las que la vigilancia es menor y las condiciones de vida menos rigurosas. Los procesados no. Se destinan a los condenados, principalmente y no a los procesados, los recursos escasos dedicados a las codiciadas plazas laborales y de estudio. Por ello, en las cárceles federales la mayoría de los condenados trabaja y estudia y, en cambio, la mayoría de los procesados ni trabaja, ni estudia, con lo que se los debe excluir de los pabellones destinados a los internos con buena conducta trabajadores y estudiantes.

[197]

Al cual el art. 9 de la Ley N° 24.390 en su actual redacción asigna la tarea de elaborar un registro anual de los casos de prisiones preventivas prolongadas.

[198]

Lo informó la Interventora en el Servicio Penitenciario Federal en una audiencia virtual que ha mantenido el 31 de julio de 2020 con los integrantes

de la Comisión de Ejecución Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

[199]

Según el informe estadístico que publica el 2 de agosto de 2020 el Servicio Penitenciario Federal en su página web. Había, además, 213 casos confirmados, de los cuales 141 todavía estaban activos y había ya 59 pacientes recuperados.

[200]

Véase al respecto el comunicado completo en el sitio web de este organismo:

<https://reddejueces.com/varios-miles-de-detenedos-en-las-comisarias-bonaerenses-una-realidad-que-debera-revertirse/> y, también, este completo informe de la Televisión Pública disponible en Facebook:

<https://www.facebook.com/TVPublica/videos/1301735783330005/?vh=e&extid=d68xtDhQy8Yra5uP&d=n>

[201]

Puede verse la grabación obtenida en el sitio web del Comité: [www.cnpt.gob.ar](http://www.cnpt.gob.ar).

[202]

Me permito adjetivar dicho crecimiento como brutal porque imprimió una velocidad de vértigo a lo que ya había sido, durante los gobiernos anteriores, una pésima política de constante incremento de la población carcelaria dado que, también se había incrementado en un 40 % la población presa, de los 51.988 internos que había alojados el 31 de diciembre de 2003 a los 72.693 que ya hacinaban las cárceles, pero doce años después, es decir el 31 de diciembre de 2015, según informa en la web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena sobre en la Argentina. De allí que se triplicó la velocidad a la que ya se venía incrementando la población carcelaria.

[203]

Conforme la fundamentación dada a la Emergencia Penitenciaria en la Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia de la Nación firmada por el Dr. Garavano el 25 de marzo de 2019.

[204]

Sobre esta decisión y sobre la equivocada decisión que, al respecto adoptó la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires me he ocupado en el artículo “Cárceles y Pandemia” publicado en Erreius online, junio 2020, IUSDC3287495A

[205]

Se redujeron un 30 % según los datos preliminares que suministra la prensa, aunque afirmando, erróneamente, que crece lo que decrece comparado con el año anterior (Ámbito Financiero, 24/07/20, Información General en edición digital).

[206]

Según lo informa el 3/08/20 la página web del Servicio Penitenciario Federal.

[207]

Fallo “Verbitsky, H. s/ Habeas Corpus” resuelto por la Corte el 3 de mayo de 2005 (Fallos: 328:1146).

\* *Abogada (UBA), “Magister en Derecho Penal” (Universidad Austral, Promoción 2012), Prosecretaria Administrativa del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4.*

*\*\* Abogada (UBA), Secretaria Letrada de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[208]

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (Sección 2ª). Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

[209]

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, “Exposición de motivos”, página 4.

[210]

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, causas CPN N° 168615/2017/EP1, caratulada “S.T., Pablo Emanuel s/ejecución penal”, resuelta el 29 de abril de 2019; CCC N° 71446/2014/TO1/EP1/2, caratulada “L., A. N. s/ejecución penal”, resuelta el 10 de junio de 2020; CPN 108125/2008/EP1/1, caratulada “G.M., C.A. s/ejecución penal”, resuelta el 22 de abril de 2019.

[211]

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, causa CCC N° 18.148/2015/TO1/EP1, caratulada “T., D. H. s/ ejecución penal”, resuelta 18 de junio de 2020.

[212]

Walker, Leonor, *The Battered Woman* (Las mujeres agredidas/golpeadas), Nueva York, Harper and Row Publisher, Inc., 1979, pág. 55, donde describe el llamado “círculo de la violencia”.

[213]

La mujer se encontraba en ese régimen desde la etapa de instrucción y continuó en él durante el trámite ante el tribunal oral. En relación con su historia de vida, del legajo de ejecución surge que la condenada interrumpió sus estudios por cuestiones de salud relacionadas al consumo problemático de sustancias psicoactivas en el que se inició a los 13 años, y por el cual estuvo en tratamiento de rehabilitación en dos oportunidades. También a temprana edad -14 años- tuvo su primer hijo y un año más tarde, una hija. Asimismo, se dejó constancia de que la mujer nunca accedió al mercado laboral y que dependía de los ingresos que otras personas podían brindarle (primero su madre, luego su pareja) como así también lo que percibe mediante la Asignación Universal por su hijo e hija. A partir de la información biográfica descripta, el contexto social en el cual se inscribe, sumado a las condiciones de pobreza urbana, es posible afirmar que integraba un núcleo familiar sumamente vulnerable.

[214]

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, “R., G. K. s/ ejecución penal”, Legajo N° CPN 162688/2016/EP1, resuelta el 11/01/2017.

[215] Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, “R. G. K. s/ejecución penal”, Legajo N° CPN 162688/2016/EP1, resuelta el 21/02/2018.

[216] Art. 32, inciso “f” de la Ley N° 24.660.

[217] <http://www.desarrollosocial.gob.ar/ellashacen>

[218] Art. 195 de la Ley N° 24.660. “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”

[219] Art. 12 del Código Penal. “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

[220] Art. 639 del Código Civil y Comercial de la Nación. “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

[221] Art. 648 del Código Civil y Comercial de la Nación. “Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”. Es interesante hacer notar, aunque no es el objetivo específico de este trabajo, que la legislación eligió a la madre como beneficiaria de esta disposición, reforzando los estereotipos de género vinculados a las tareas de cuidado como atributo exclusivo de las mujeres. Sin perjuicio de eventuales incorporaciones a la modalidad de prisión domiciliaria, en los términos del Art. 32, inciso “f” de la Ley N° 24.660 “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...”.

[222] Un debate más extenso y profundo nos llevaría analizar esta misma situación también para los varones padres que cumplen penas privativas de libertad.

[223] Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, “P., C. N. s/ ejecución penal”, legajo N° 124.792, resuelta el 05/11/2012. En idéntico sentido, se puede referenciar: Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, “Z., J. B. s/ ejecución penal”, legajo N° 117.948, resuelta el 19/11/2012.

[224] Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, “B., D. L. s/ ejecución penal”, legajo N° 134.223, resuelta el día 11/07/2013.

[225] Es importante señalar que al hacer referencia al término “violencia” se abarcan todos los tipos de violencia previstos en la ley.

[226] Boletín Público Normativo N° 631 del Servicio Penitenciario Federal, del 30 de mayo de 2017. Este programa resulta complementario con el “*Programa específico de tratamiento para agresores de violencia de género en contexto de encierro bajo la órbita del S.P.F*”, destinado a detenidos con causa de homicidio, cuya víctima sea una mujer, trata de personas, prostitución forzada, violencia doméstica, violencia hacia niñas y niños y todo delito que tenga como base la violencia de género.

[227] Se informará sobre la “Línea Telefónica Nacional 144” destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento a las mujeres y niñas en situación de violencia de género.

[228] La educación a niñas y niños libre de estereotipos; ayuda económica y habitacional a víctimas; medidas de acción positiva, etc.

[229] Recomendación General N° 35 Comité CEDAW, consultado en [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>] (párrafo 31, inciso a, apartado iv).

[230] Recomendación General N° 35 Comité CEDAW, consultado en [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>].

[231] No abordaremos las discusiones actuales vinculadas con la clasificación en diferentes géneros o las que intentan borrar directamente cualquier clasificación. Mencionamos este programa por considerar que se refiere a un colectivo dentro de las diversidades de las personas LGTBIQ+ que padece discriminación.

[232] Las destinatarias del programa son todas aquellas personas trans, con identidad de género femenina auto percibida, de conformidad con el Art. 2 de Ley N° 26.743.

[233] Para alcanzar el objetivo general se fijan los siguientes objetivos específicos “1. Brindar herramientas al personal penitenciario, a través de programas de capacitación y sensibilización referente a normativas vigentes en materia de diversidad sexual, derechos humanos, principios de igualdad y no discriminación. 2. Generar igualdad de oportunidades y condiciones con relación a la población general alojada en el Complejo Penitenciario Federal IV, tanto en materia tratamental como de seguridad. 3. Ofrecer herramientas laborales, educativas y sociales que permitan disminuir la vulnerabilidad en materia social, para facilitar un adecuado retorno al medio libre. 4. Proveer a las mujeres trans detenidas, un acceso adecuado a atención médica y psicológica, atendiendo cualquier necesidad particular con base en su identidad de género, garantizando el acceso a terapia hormonal o de otro tipo como también los relacionados a su reasignación de género, si ellas así lo solicitaran” (Boletín Público Normativo N° 613, cuarto párrafo).

[234]

Muchas de ellas sufren la discriminación de su grupo primario de origen desde temprana edad y luego la estigmatización social. Esa discriminación impide el pleno uso y goce de sus derechos. El acceso a la salud en forma integral también se convierte en un obstáculo que -en cierta medida- se ha correspondido con la falta de una infraestructura y profesionales médicos, acordes a sus necesidades (Ver al respecto el Informe sobre el *Primer Relevamiento sobre las condiciones de vida de la población trans/travesti de la Provincia de Buenos Aires* de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, realizado sobre la base de una muestra de febrero-abril 2019, en el que -por ejemplo- surge que "...de las personas entrevistadas más del 50 % indicó haber identificado y referido más de un elemento como barrera para la accesibilidad al sistema de salud...").

[235]

Entendemos que ello, se debió principalmente al cambio de paradigma estatuido a partir de la mencionada legislación, lo que -inexorablemente- implicó la adopción de medidas para capacitar al personal que se desempeña en los sectores de alojamiento destinado al colectivo, quienes debieron y deben ser instruidos en materia de género y diversidad sexual. También debió implementarse allí un "Sistema de Seguridad Dinámica", el que consiste en una fluida interacción entre las internas trans y los funcionarios penitenciarios, cuyo resultado se evidenció en la reducción de la violencia, dado que el personal ha podido anticiparse a los conflictos, favoreciendo un abordaje preventivo y otorgamiento de respuesta en tiempo y forma a las necesidades planteadas (Boletín Público Normativo N° 613 "Desarrollo y abordaje temático del programa personal penitenciario y trato").

[236]

Recordamos que nos referimos a la experiencia de la justicia nacional.

[237]

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, "R., L. s/ ejecución penal", Legajo N° CPN 153844/2015/EP1, resuelta en fecha 23 de noviembre y 1° de diciembre, ambas de 2017.

[238]

El magistrado interviniente, con fundamento en proteger la salud física de la requirente y teniendo en consideración el avance en la progresividad del régimen penitenciario, encomendó a la administración penitenciaria que -previa y urgente intervención de la División Trabajo- se readecuaran la asignación de tareas laborales en función de las capacidades con las que cuenta la nombrada y en el afán de favorecer su formación, capacitación y el mejoramiento de hábitos laborales, de conformidad con lo previsto en los Arts. 106, 107 y 108 de la Ley N° 24.660. Posteriormente, se requirió la emisión de un informe que diera cuenta de cuáles fueron las labores asignadas, sí al momento de su estipulación resultaron consideradas las características personales de la interna, sus capacidades para adquirir un oficio, como así también sí resultó valorada la situación de que estaba recibiendo un tratamiento hormonal. Debemos señalar que la condición de mujer trans por sí misma no debiera implicar la realización de tareas consideradas livianas si con ello se intenta establecer que las mujeres no pueden tener a su cargo determinadas actividades.

[239]

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, "R., L. s/ ejecución penal", Legajo N° CPN 153844/2015/EP1, resuelta en fecha 20 de marzo de 2018.



[240] Recomendación General N° 19 Comité CEDAW.

[241] Ver informes de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, consultado en [<http://www.ovd.gov.ar/ovd/noticias.do?method=iniciar&idTema=114>].

[242] Consultado en [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>].

[243] Caso Penal Miguel Castro-Castro vs Perú, (Fondo, reparaciones y costas), 25 de noviembre de 2006, párr. 276.

[244] Recomendación General N° 33.

[245] Recomendación General N° 33. Las características propias de la etapa de la ejecución de la pena y de las condiciones de detención respecto de las mujeres, deben ser examinadas bajo las recomendaciones del Comité CEDAW a los Estados parte: "...m) Vigilen de cerca los procedimientos de sentencia y eliminen cualquier discriminación contra la mujer en las sanciones prescritas para delitos particulares, graves o leves, y cuando se determine la posibilidad de aplicar la libertad bajo fianza o la liberación temprana de la detención; n) Aseguren que haya mecanismos vigentes para vigilar lugares de detención; presten especial atención a la situación de las mujeres reclusas; y apliquen normas y orientaciones internacionales sobre el tratamiento de las mujeres detenidas<sup>16</sup>; o) Mantengan datos y estadísticas precisos acerca del número de mujeres en cada lugar de detención, las razones y la duración de su detención, el tiempo que llevan detenidas, si están embarazadas o acompañadas de un lactante o niño, su acceso a servicios jurídicos, de salud y sociales, si pueden recurrir, y lo hacen, a procesos de revisión del caso que tengan disponibles, las alternativas a la privación de la libertad y las posibilidades de capacitación; y p) Usen la detención preventiva como último recurso y por el período más corto posible, y eviten la detención preventiva y posterior al juicio, por delitos leves, y por la falta de medios para pagar el derecho de fianza en esos casos..."

[246] AMJA (2003). El tratamiento de la "violencia doméstica" en la justicia ordinaria de la Capital Federal [en línea]. Buenos Aires, consultado en: [<http://www.amja.org.ar/files/EltratamientodelaviolenciadomesticaenlajusticiaordinariadelaCapitalFederal.pdf>].

[247] La Corte Suprema de Justicia de la Nación puso en funcionamiento la Oficina de Violencia Doméstica (2008) y la Oficina de la Mujer (2009).

[248] Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33.

\* *Fiscal ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, Tribunales Orales en lo Criminal Federal y Tribunales Orales en lo Penal Económico de la Capital Federal.*

\*\* *CNCP, Sala 1, causa N° 50310/2007, caratulada "Losio, Leandro", Reg. N° 200/2018 del 14/3/2018, voto del Dr. Luis García.*

[249] Procuración Penitenciaria de la Nación. *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2019,*

consultado en [https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2019.pdf].

[250] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Servicio penitenciario censo (series)*, “consultado en [http://datos.jus.gob.ar/dataset/sneep/archivo/f01c9492-943c-454d-a0d8-6d2e0e10c1b0]”.

[251] CNCCC, Sala I, causa N° 31.813/2013/TO1/3/CNC2, “Ottaviano, Ulises Jesús s/ libertad condicional”, rta. 21/09/2017, Reg. N° 884/2017.

[252] OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José*, consultado en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\_b-32\_convencion\_americana\_sobre\_derechos\_humanos.htm].

[253] ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, consultado en [https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx].

[254] ONUDC. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, consultado en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\_Mandela\_Rules-S-ebook.pdf].

[255] ONUDC. *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*, consultado en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\_Rules\_ESP\_24032015.pdf].

[256] Salt, Marcos “et al.”, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005, pág. 232.

[257] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Decreto 396/99*, consultado en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/57365/texact.htm].

[258] Mapelli Caffarena, Borja, “Et Al.”, *Manual Regional De Buenas Prácticas Penitenciarias*, Madrid, Aided-Eurosocial Ii, 2015, pág. 99.

[259] Petrone, Daniel, *Cárceles sanas y limpias*, Buenos Aires, Unidos por la Justicia - Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pág. 86/7.

[260] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Ley N° 24.660*, consultado en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm].

[261] De La Fuente, Javier (dir.) “et al.”, *Ejecución de la pena privativa de la libertad - Comentario a la Ley N° 24.660 reformada por la Ley N° 27.375*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, Barreyro, María Virginia, Comentarios Capítulos XI a XIV, pág. 522.

[262] Dictadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución 1995/9 y señaladas por la Oficina de las

Naciones Unidas contra la Droga y el Delito como pauta interpretativa para el diseño de programas para la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes. Nueva York, 2013.

[263]

ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, consultado en [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>].

[264]

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Constitución de la Nación Argentina*, consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>].

[265]

Procuración General de la Nación, *Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación*, consultado en [[https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley\\_organica\\_2018.pdf](https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf)].

[266]

Procuración General de la Nación, *Resolución PGN 1779/2013*, consultado en [<https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-1779-2013-001.pdf>].

[267]

Procuración General de la Nación, *Mesa interinstitucional por la integración social*, consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/ufep/mesa-interinstitucional-por-la-integracion-social/>].

[268]

Procuración General de la Nación, *Resolución PGN 2636/2015*, consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2015/PGN-2636-2015-001.pdf>].

[269]

Procuración General de la Nación, *Marcos Paz - Módulo 5 - Volver a empezar. Somos más futuro que presente*, consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/ufep/files/2020/09/MARCOS-PAZ-MODULO-5.-VOLVER-A-EMPEZAR.-SOMOS-MAS-FUTURO-QUE-PRESENTE-min.pdf>].

[270]

Procuración General de la Nación, *Convenio. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) - Resolución PGN 2686/2014*, consultado en [<https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2014/PGN-2686-2014-001.pdf>].

[271]

Procuración General de la Nación, *ILANUD - Informe Programa*, consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/ufep/files/2020/09/ILANUD.INFORME-PROGRAMA.pdf>].

\* *Subsecretaria de Asuntos Penitenciarios de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.*

[272]

Debo aclarar que antes de ahora no había desempeñado funciones de gestión en el ámbito del Poder Administrador, ya que mi carrera profesional se desarrolló íntegramente en el ámbito del Poder Judicial, del que me retiré luego de haber trabajado 25 años como jueza penal. Es por esto que considero un honor el haber sido convocada por el Presidente de la Nación para atender esta tarea.

[273]

*Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (B.O. 26/3/2019).*

*ART. 1º. -Declárase la “emergencia en materia penitenciaria” por el término de TRES (3) años a partir de la publicación de la presente.*

ART. 2º. -Confórmase, en el ámbito de la Secretaría de Justicia una Comisión de Emergencia en Materia Penitenciaria, que una vez constituida deberá reunirse quincenalmente desde la entrada en vigencia de la presente, durante el período establecido en el Art. 1º.

A los fines expresados en el primer párrafo de este Art., se dispone que integrarán la Comisión, por este Ministerio, UN (1) representante de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y La Comunidad Académica, dependiente de la Secretaría de Justicia, y UN (1) representante de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Con la misma finalidad, se invita al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, al Ministerio de Hacienda y al Ministerio de Seguridad a participar en dicha Comisión, mediante la designación de UN (1) representante cada una. La Comisión se constituirá de inmediato una vez recibidas las comunicaciones correspondientes a la designación de uno o sendos representantes de los Ministerios invitados de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo de este art.

La Comisión tendrá por objetivo analizar la situación actual y facilitar la coordinación entre los diferentes órganos del Estado Nacional intervinientes en la materia penitenciaria federal para la elaboración de propuestas de políticas públicas tendientes a:

- a) resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal;
- b) mejorar las condiciones de privación de la libertad;
- c) promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

ART. 3º. -Invítase a la Corte Suprema De Justicia de la Nación, a la Cámara Federal De Casación Penal, a la Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Criminal Y Correccional de la Capital Federal, a la Procuración Penitenciaria de la Nación, a la Comisión De Cárceles Del Ministerio Público de la Defensa y a La Procuración General de la Nación a designar UN (1) representante cada uno para integrar la Comisión referida en el Art. 2º.

ART. 4º. -El señor Subsecretario de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y la Comunidad Académica cursará las comunicaciones correspondientes a las invitaciones dispuestas en los Art. 2º, segundo párrafo in fine, y 3º del presente acto.

ART. 5º. -Instrúyese a la Subsecretaría De Asuntos Penitenciarios Y Relaciones Con El Poder Judicial Y La Comunidad Académica, de este Ministerio, para llevar a cabo, en el marco de sus competencias, las acciones necesarias para hacer frente a la emergencia que se declara por el Art. 1º. A dicho fin se faculta al señor Subsecretario de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y la Comunidad Académica para que, en el marco del Sistema de Cooperación reglado por las Leyes N° 23.412 y N° 23.283, autorice el inicio de los procedimientos de contratación que resulten pertinentes y los gastos que de ello se deriven.

Art. 6º. - Encomiéndase a la Subsecretaría De Asuntos Penitenciarios y Relaciones con El Poder Judicial y la Comunidad Académica la realización de las gestiones necesarias ante la Provincia de Mendoza para la culminación total y posterior entrega de la obra Centro Federal Penitenciario de Cuyo -Luján de Cuyo- Provincia de Mendoza.

Art. 7°. - El Ministerio De Justicia y Derechos Humanos Solicitará a Los Organismos de la Administración Pública Nacional la colaboración que se estime necesaria para la implementación de las acciones que se lleven a cabo como consecuencia de la instrucción brindada en el Art. 5°, y de las propuestas que formule la Comisión convocada por el Art. 2°, ambos de la presente resolución.

Art. 8°. - Elévase copia auténtica de este acto al Poder Ejecutivo Nacional, por medio de la Secretaría Legal y Técnica de La Presidencia de La Nación.

Art. 9°. - La presente Resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 10°. - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. Germán Carlos Garavano.

[274]

Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre la COVID-19 en prisiones y otros centros de detención.

13 de mayo de 2020 Declaraciones.

Los líderes de las instituciones mundiales en el ámbito de la salud, los derechos humanos y el desarrollo nos hemos reunido para señalar urgentemente a la atención de los líderes políticos el incremento en la vulnerabilidad de la población carcelaria y de otras personas privadas de libertad durante la pandemia de COVID-19 y para instarles a que tomen todas las medidas de salud pública pertinentes en lo que respecta a esas poblaciones vulnerables, que son parte de nuestra comunidad.

Siendo conscientes de que el riesgo de que se produzca un brote de COVID-19 en centros penitenciarios y otros lugares de detención varía en función de cada país, subrayamos la necesidad de reducir al mínimo la aparición de esta enfermedad en esos entornos y de velar por que se apliquen medidas preventivas adecuadas destinadas a prevenir brotes importantes de esta enfermedad y en las que se tenga en cuenta la perspectiva de género. Subrayamos igualmente la necesidad de establecer un sistema de coordinación actualizado entre los sectores de justicia y sanidad para informar debidamente al personal de los centros de reclusión y velar por que se respeten todos los derechos humanos en esos entornos.

**...Reducir el hacinamiento... Velar por la salud, la seguridad y la dignidad humana... Velar por un acceso ininterrumpido a los servicios de salud... Respeto de los derechos humanos...**

**Respeto de las disposiciones y orientaciones de las Naciones Unidas...**

Los reclusos con síntomas de COVID-19, o aquellos que hayan dado positivo en las pruebas de esta enfermedad, deberán ser monitoreados y tratados con arreglo a las directrices y recomendaciones más recientes de la OMS. Los centros penitenciarios y otros lugares de detención deben formar parte de los planes nacionales para la COVID-19, y en ellos deberá prestarse una atención especial a las personas afectadas. Todos los casos de COVID-19 que se produzcan en entornos de reclusión deberán notificarse a las autoridades de salud pública competentes, quienes notificarán esa información a las autoridades nacionales o internacionales.

A tenor de nuestros mandatos seguiremos ofreciendo nuestro apoyo a la puesta en práctica de las anteriores recomendaciones.

**Ghada Fathi Waly**, Directora Ejecutiva de la UNODC

**Tedros Adhanom Ghebreyesus**, Director General de la OMS

**Winnie Byanyima**, Directora General y Directora Ejecutiva del ONUSIDA

**Michelle Bachelet**, Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

**Agradecemos al PNUD sus contribuciones a esta declaración.**

[275]

**La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19.** 31 de marzo de 2020. Oficina de Prensa de la CIDH.

Washington, DC - La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19), urge a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia.

En este sentido, la CIDH manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos, destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros.

Conforme con lo establecido en sus [Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas](#), la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad bajo sus jurisdicciones tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos fundamentales, en especial a la vida e integridad personal, y a sus garantías fundamentales, como lo son el acceso a las garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades. Los Estados se encuentran en una especial condición de garante frente a las personas privadas de libertad, lo cual implica que deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Así, los Estados están obligados a realizar acciones concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad, en el marco de la pandemia.

También, preocupa a la Comisión el reciente aumento de la violencia en los centros de privación de la libertad. Según información recibida por la CIDH, distintos amotinamientos habrían ocurrido como protesta contra el hacinamiento y la falta de elementos de higiene personal y protección para prevenir el contagio del nuevo coronavirus en los centros penitenciarios de algunos países de la región. En ese sentido, entre otros casos de amotinamientos observados, la CIDH destaca los registrados en las 13 cárceles de Colombia, en particular los hechos ocurridos en la cárcel La Modelo de Bogotá donde fallecieron 23 personas y más de 80 resultaron heridas el 21 de

marzo. Asimismo, la Comisión fue informada que internos del penal El Milagro en Trujillo en Perú, se amotinaron exigiendo mejores condiciones frente a la situación de emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y la falta de comida, dejando a 31 internos heridos. De igual forma, en Argentina, se registraron dos motines entre 23 y 25 de marzo que tuvieron lugar en las cárceles de Coronda y Las Flores, provincia de Santa Fe, en reclamo por las medidas sanitarias adoptadas frente a la pandemia. En estos episodios 5 personas fallecieron y otra decena resultaron heridas. También se ha dado el caso de fuga masiva de personas privadas de libertad como el caso de Venezuela el pasado 18 de marzo, en donde según la información pública a la que se tuvo acceso, se habrían fugado 84 personas. Además, se recibió noticia de que, en al menos tres centros de detención migratoria de New Jersey, Estados Unidos, se están promoviendo huelgas de hambre por parte de internos para protestar en respuesta a las medidas impulsadas por el Estado frente a la propagación del nuevo coronavirus.

En relación con las situaciones de violencia registradas, la Comisión recuerda que los Estados, como garantes de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, tienen el deber ineludible de adoptar acciones concretas para respetar y promover sus derechos a la vida e integridad personal. Debido a lo anterior, la CIDH reitera que el Estado debe ser capaz de mantener el orden y la seguridad en el interior de las cárceles y centros de detención. De este modo, debe asegurarse la adecuada implementación de protocolos para prevenir los amotinamientos y restablecer las condiciones de seguridad en los centros penitenciarios, sin incurrir en el uso excesivo de la fuerza.

La Comisión reconoce el esfuerzo que están implementando algunos los Estados de la región para contener la pandemia y evitar su propagación en los centros penitenciarios. Esta coyuntura exige a los Estados un gran esfuerzo coordinado para descongestionar tanto unidades penitenciarias como comisarías a través de criterios de excarcelación o adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad para garantizar la vigencia y goce de los derechos humanos a todas las personas. Asimismo, la CIDH insta a los Estados adoptar planes de contingencia para prevenir la propagación del virus en los centros de detención y para garantizar la atención médica adecuada a las personas privadas de libertad. Estas medidas además de atender las recomendaciones de las autoridades sanitarias y ser proporcionales al riesgo de expansión del COVID-19 en los centros de privación de la libertad, deberán respetar las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.

En particular, la Comisión saluda la iniciativa del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil para contener la pandemia y evitar su propagación en los centros penitenciarios, recomendando a los tribunales y jueces, reducir la población de personas privadas de la libertad, adoptando medidas alternativas a la prisión. Entre las medidas se destacan la revisión de casos de prisión preventiva, la adopción de la prisión domiciliaria para personas mayores y mujeres embarazadas y la progresión al régimen abierto para aquellas personas que se encontraban cerca de recibir el beneficio legal.

Asimismo, la CIDH tuvo noticia de que la Defensoría Penal Pública de Chile presentó recursos ante poderes judiciales y ejecutivos a fin de que se ordenen medidas urgentes para bajar la población carcelaria. En ese sentido, el 25 de marzo la Defensoría Penal Pública anunció que ingresarán solicitudes en los

tribunales de todo Chile con el objetivo de revisar la prisión preventiva de personas de grupos de riesgo. Estas solicitudes alcanzarán, entre otros, a personas en particular situación de riesgo ante la pandemia. Adicionalmente, la Comisión saluda la iniciativa del Presidente de Chile que ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que concede indulto general conmutativo a personas privadas de libertad a causa de la enfermedad del COVID-19. El proyecto propone conmutar la pena a personas mayores de 55 si son mujeres, y mayores de 60 años, si son varones, así como a mujeres embarazadas o que permanecen con sus hijas e hijos en los recintos penales.

Adicionalmente, la CIDH toma nota de que el Comité Nacional de Prevención de la Tortura de la Argentina viene monitoreando la situación de las personas privadas de libertad en el país y saluda las recomendaciones de dicho organismo publicadas el último 20 de marzo. La Comisión, también, toma nota del Mecanismo Local de Prevención de la Tortura de la Provincia de Buenos Aires que solicitó medidas como el arresto domiciliario para grupos vulnerables y el uso de conmutación de penas por el Poder Ejecutivo, entre otras.

A su vez, la Comisión valora las iniciativas de Colombia para contener el avance de la pandemia en los establecimientos penales, en particular las políticas adoptadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) mediante directrices y protocolos de atención para garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad.

Vinculado a lo anterior, la CIDH hace suyo el llamado de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas del último 25 de marzo por el cual exhortó a los Estados a proceder con la debida urgencia para reducir el número de personas privadas de libertad y a examinar los distintos casos para poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19, en particular a las personas que tienen más edad y aquellas aquejadas por enfermedades.

En relación con las medidas de contención y prevención dirigidas a los centros de privación de libertad, la CIDH recuerda a los Estados la necesidad de definir e informar de forma clara las razones para imponer dichas medidas restrictivas, la estimada duración inicial y el plazo para su revisión. Además, resulta indispensable aplicar las medidas de forma transparente y sin discriminación, asegurando que todas las personas detenidas tengan acceso equitativo a medidas de protección y mitigación, con atención especial a las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, la implementación de medidas de protección debe realizarse de forma diligente y adecuada para prevenir que las personas en aislamiento sufran malos tratos o cualquier tipo de estigmatización, marginalización o trato violento.

En caso de la suspensión total de visitas como medida preventiva, la CIDH recuerda que, en muchos casos, son los familiares y visitantes de las personas privadas de la libertad quienes en la práctica realizan el abastecimiento de alimentos, objetos de aseo personal e higiene, entre otros. Por tal motivo, los Estados deberán asegurar el suministro de elementos de primera necesidad, higiene y alimentación, sin los cuales no es posible garantizar condiciones de vida digna y salud para las personas detenidas. Asimismo, la CIDH advierte que la adopción de estas medidas no puede justificar bajo ningún motivo el encierro, confinamiento o la incomunicación absoluta. En tal medida, los Estados de la región deben acompañar dichas restricciones con otras políticas o programas compatibles con el derecho a la integridad personal y la salud de



las personas privadas de libertad como la ampliación de horarios al aire libre o la optimización de espacios y tiempos de esparcimiento.

Asimismo, la CIDH estima necesaria la adhesión a las normas básicas de higiene y acceso a materiales necesarios tanto para personas privadas de libertad como para el personal penitenciario. En el contexto de pandemia, los Estados deben asegurar el suministro adecuado de elementos básicos de prevención como jabones, alcohol, guantes y productos de limpieza en los centros de detención. Asimismo, la Comisión recomienda realizar los exámenes médicos sistemáticos para identificar el potencial riesgo de contagio y presuntos casos y disponer como mínimo de capacidad de aislamiento, así como de los elementos necesarios para su control y el material de prevención necesario además de los equipos de protección para el personal penitenciario. Asimismo, las autoridades penitenciarias deben prevenir el ingreso de personas externas a las unidades de detención sin el debido chequeo previo, como forma de detener la propagación del virus.

Finalmente, la Comisión ha tomado conocimiento de las medidas de aislamiento social domiciliario que varios países han adoptado y que incluye la restricción de la libertad de circulación por la vía pública de las personas y cuyo incumplimiento supone en muchos casos sanciones como la detención. Al respecto, la CIDH encomienda a los Estados adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad para hacer valer la vigencia de las medidas restrictivas a la circulación, disponiendo sanciones administrativas, como multas y/o la conducción coercitiva a los domicilios particulares, con vistas a evitar el hacinamiento en las unidades de detención. Igualmente, los Estados deben prevenir la ocurrencia de detenciones arbitrarias, en particular de personas que circulan por la vía pública para abastecerse de alimentos, medicamentos y otras necesidades básicas, además de respetar el principio de legalidad y las garantías judiciales.

En este sentido y considerando el contexto de la pandemia del virus COVID-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, la Comisión recomienda a los Estados:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.
2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.
3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.
4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de

violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia. N° 066/20.

[276]

Acordada 9/20 de la Cámara Federal de Casación Penal:

“...Acordaron:1) Recomendar el estricto cumplimiento de las Acordadas 2 y 3 de esta Cámara.

2) Recomendara los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de:

a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no

violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley N° 24390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso;

b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta;

c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión;

d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos;

e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas;

f) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades...”.

En el mismo sentido la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional dictó la acordada 5 del 2020.

[277]

Sumario 11396, causa N° 11260/20, caratulada “Ministerio Público de la Defensa s/ Habeas Corpus”, del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3.

[278]

Expte. “Presentante: Dirección Legal y Contencioso Penal de la Procuración Penitenciaria de la Nación y otros s/Habeas Corpus”, Reg. N° 2569/2020.

[279]

Expte. FGR 5079/2020, caratulado “Pesatti Pedro Oscar s/ Habeas Corpus”, de trámite por ante el Juzgado Federal de Viedma.

[280]

Expte. FCR 10435/2020, caratulado “Solicitante: Defensoría Pública oficial y otros s/Habeas Corpus”, del Juzgado Federal de Rawson n° 2.

\*

— Secretaria del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 5, especialista en derecho penal por la Universidad de Salamanca, especialista en derecho penal de la Universidad Torcuato Di Tella, socia de AAJEP.

[281] En relación a ello no puedo soslayar el análisis llevado a cabo por Böhm, María Laura (dir.) y Constanzo, Leandro (coord.) en *Implementación de la suspensión del juicio a prueba*, Buenos Aires, editorial Fabian J. Di Plácido, 2020, en cuanto al modelo burocratizado que suelen adoptar los tribunales y juzgados al momento de descomprimir el caudal de trabajo mediante la imposición de este tipo de institutos.

[282] Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 (14/12/1990).

[283] Causa N° 11.336, caratulada "*Gutiérrez Alejandro Manuel s/recurso de casación*", rta. el 3/12/2009.

[284] Sin perjuicio de lo referido, no quiero dejar de señalar que existen otras posturas que limitan la actuación del juez y que ponen la decisión en cabeza del Ministerio Público Fiscal por razones de política criminal, en ese sentido se expidió el doctor L. García, como miembro de la Sala 1 de la CNCCyC, en la causa "*Rivarola Aguilar, Roque Tadeo s/ encubrimiento*", causa N° 46.671/2012/TO1/CNC1, rta. el 1/9/16, reg. N° 676/2016.

[285] CNCCyC, Sala1, "*Moreno s/legajo de ejecución penal*", causa N° 837/2018, rta. el 12/7/2018, reg. N° 837/2018.

[286] Art. 27 *bis* del CP

[287] La reparación entendida de modo amplio, esto es, no sólo en un sentido pecuniario hacia la víctima, sino también en un sentido integral hacia la sociedad en general.

[288] En ese sentido se expidió la Sala IV de la CFCP en "*Casto, Cristian Marcelo s/ recurso de casación*", causa N° FSM 42015730/2012/TO1/3/1/CFC1, rta. el 13/6/17, reg. N° 698.17.4

[289] Romero Villanueva, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria - Anotados con Jurisprudencia*, Buenos Aires, 4ta. Edición, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pág. 99, y sus citas.

[290] De La Rúa, Jorge; *Código Penal Argentino. Parte General*, Bs. As., 2da. edición, Ed. Depalma, pág. 404/405.

[291] Fallos 314:24

[292] Yacobucci, Guillermo J. "El principio de proporcionalidad como regla fundamental de lo política criminal", *Sistema Argentino de Información Jurídica*, año 2004, consultado en [www.saij.jus.gov.ar].

[293] "*Rivarola Aguilar, Roque Tadeo s/ encubrimiento*", causa n° 46.671/2012/TO1/CNC1, rta. el 1/9/16, reg. 676/2016.

[294] Ob cit. Böhm María Laura Dir.

[295]

No quiero dejar de señalar que la descongestión pretendida por parte de los juzgados y tribunales que imponen las medidas alternativas opera en sentido opuesto en los juzgados que controlan al tratar de adecuar lo que se hizo sin seguir los principios rectores.

[296]

También se expidió en este sentido la Sala IV de la CFCP en “Casto, Cristian Marcelo s/ recurso de casación”, causa N° FSM 42015730/2012/TO1/3/1/CFC1, rta. el 13/6/17, reg. N° 698.17.4, en cuanto sostuvo que “...beneficio de la suspensión del juicio a prueba, cuya finalidad es la descongestión de los tribunales y evitar la imposición de medidas privativas de libertad.”

[297]

CNCCyC, CCC 43134/2016/TO1/EP1/1/CNC1, caratulada “Vaca Diez Supayabe, José Emilio s/recurso de casación”, rta. el 20/5/2020, reg. N°978/2020 de la Sala 2.

[298]

CNCCyC, CCC 2142/2015/TO1/EP1/CNC1, caratulada “Arteaga Siles, Gustavo s/condena”, rta. el 1/9/2020, reg. N° 2632/2020 de la Sala 3.

\* *Prosecretaria Letrada CSJN- actualmente en Cámara Federal de Casación Penal. Docente de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y del Derecho de la UNDAV.*

[299]

Así lo ha expresado la propia Corte Suprema al indicar que “[D]espués de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en materia de cárceles: art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Fallos: 328:1146).

[300]

CSJN Fallos: 318:514.

[301]

Con la reforma constitucional del año 94´ Argentina incorporó el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dándole jerarquía suprallegal a la *readaptación social de los penados* como finalidad *esencial* del régimen penitenciario o, directamente, de las *penas privativas de la libertad* a través del inciso 22° del art. 75, al declarar que “tienen jerarquía constitucional”, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de diciembre de 1969.

[302]

específicamente prevé el principio de readaptación social como fin esencial de la ejecución de la pena rezando: “Art. 10 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...] 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”.

[303]

Zaffaroni, E. R. “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”. En *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*,

115-129. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

[304] Zaffaroni, E.R, Alagia, A., SLOKAR A.W., *Tratado de Derecho Penal -Parte General-* segunda edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 55.

[305] CSJN Fallos: 328:1146.

[306] aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1990, mediante la Resolución N° 45/111.

[307] Regla 59.

[308] Regla 87.

[309] Regla 88.1 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos actualizadas como Reglas Nelson Mandela, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015, mediante la Resolución N° 70/175.

[310] En tal sentido, también fue redactado el primer art. de la Ley N° 24.660 que en su versión original rezaba: “Art. 1º - La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad[.] El régimen 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 N° 24.660 Sancionada: Junio 19 de 1996. Promulgada: Julio 8 de 1996).

[311] Sin perjuicio de que el origen del término responde a la teoría “re” consideramos fundamental la reconstitución del término en los párrafos señalados toda vez que aquél parece ser el único sentido convencional y constitucional posible, descartando que resulte un equivalente de las fundamentaciones tradicionales de las teorías de prevención especial positiva.

[312] Cfr. Alderete Lobo, Rubén A., “Comentario a los art. 1 a 11 de la Ley N° 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.) - De Langhe, Marcela - Terragni, Marco. A. (coords.), Código Penal y normas complementarias análisis doctrinal y jurisprudencial, vol. 15, Buenos Aires Ed., Hammurabi, 2016.

[313] Alderete Lobo, Rubén, *ob. cit.* págs. 191 y ss.

[314] CSJN Fallos: 318:2002.

[315] Considerando 30º del voto del Dr. Petracchi, en CSJN Fallos: 329:3680.

[316] CSJN Fallos: 328:1146.

[317] CSJN Fallos: 334:1216.

[318] B.O. 28/07/2017.

[319] En particular, establecido en el art. 56 bis *quater* de la Ley de ejecución penal reformada.

[320] CSJN Fallos: 327:388.

[321] Del presentante del proyecto Dr. Petri. Debate Parlamentario proyecto de la Ley de referencia.

[322] Para un análisis completo del sentido del debate y las restricciones a la libertad condicional, Alderete Lobo, *ob cit.*

[323] Zanjadas hace tiempo las discusiones en torno a la obligatoriedad del tratamiento penitenciario y las discusiones en torno a las medidas de sujeción, no caben dudas que la única interpretación posible dentro del marco de un Estado de Derecho es el ofrecimiento de un trato digno que brinde herramientas para elevar el estándar de invulnerabilidad contra selectiva (cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Tratado de Derecho Penal...*).

[324] Para un mayor desarrollo de la cuestión, García Basalo, Juan Carlos, “El régimen penitenciario argentino”, Ediciones Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975, pág. 32., citado por Alderete Lobo, en Alderete Lobo, Rubén, “¿Qué quedó del régimen de libertad condicional luego de la reforma de la Ley N° 27.375?”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Dir. Zaffaroni E. R., La Ley, Buenos Aires, Año IX, N°11, diciembre de 2019.

[325] *Ob.cit.*, pág. 52.

[326] Para un profundo desarrollo del instituto de la libertad condicional en el Código Penal argentino, véase Zaffaroni, Alagia, Slokar, *ob.cit.* Sin perjuicio que el instituto en su origen genealógico no se corresponde con el fin resocializador, pues responden a distintos momentos históricos, lo cierto es que se ha reorientado desde antaño la idea de que los institutos liberatorios, en especial el de la libertad condicional resultan ser válidos para el cumplimiento de dicho fin, en especial, desde la perspectiva de los derechos humanos y el principio *Pro libertatis*.

[327] En el mismo sentido se ha expedido de Corte Suprema en el fallo “Dessy” al evocar que: “...No le está permitido al legislador obrar de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener” del Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano, CSJN Fallos: 318:1894.

[328] En el mismo precedente señalaron que: “La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener”. CSJN, Fallos: 318:1894.

[329] del art. 38, Ley N° 27.375.

[330] CCPR/C/21/Rev. I/Add. 1. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos en virtud del art. 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la reunión del 21 de noviembre de 1989. Informe Anual A45/40.

[331] CSJN Fallos: 321:3630.

[332] a la vez que “[E]s violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”. En, CSJN Fallos: 321:3630.

[333] CSJN Fallos: 321:3630.

[334] La Corte, sostuvo en el antecedente mencionado que: “...el Tribunal ya señaló que la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas por más aberrantes que puedan ser como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas”. Causa n° V. 210. XLI. RECURSO DE HECHO “Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640”. Rta. 15/6/2010 CSJN.

[335] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Jenkins Vs. Argentina” rta. 26/11/2019, Apartados 90 y 91.

[336] CSJN Fallos: 123:106; 180:149.

[337] CSJN Fallos: 301:381, 1094; 304:390.

[338] CSJN Fallos: 303:694; 308:857.

[339] CSJN Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio.

[340] doctrina de CSJN Fallos: 138:313; 147:402.

[341] CSJN Fallos: 256:241. cons. 5° y sus citas.

[342] CSJN Fallos: 250:410, considerando 2°, Fallos: 321:3630, Fallos: 329:679.

[343] Se ha evidenciado que la mayoría de los casos, producto de la propia selectividad del sistema penal, son delitos de contrabando o de drogas que en general obtienen condenas de poca cuantía, y que en las modalidades resultan ser delitos con poca o nula violencia, por lo que no se entiende la correlación de estos dos incisos con referencia a la gravedad y dañosidad social e individual concreta de los otros delitos indicados en el mismo articulado. En este sentido, este planteo evidencia la irracionalidad en base a la proporcionalidad y lesividad, en particular, sobre estos dos incisos que se mencionan que, por lo demás al afectar en muchos casos bienes jurídicos generales -difusos- tampoco son equiparables al resto del articulado. Por supuesto que, por otra parte, la tarea del judicial debe circunscribirse al caso y las particularidades de la individualización del hecho y ejecución en concreto, algo que excede el análisis del presente.

[344] La Corte Suprema ha señalado que “...Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser *cruel*, en el sentido que **no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho**. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”, CSJN Fallos: 329:3680.

[345] Para un mayor desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos y prohibición de regresión, et al., *Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ejecución penal, a propósito de los principios de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos humanos*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Zaffaroni E. R Dir., Año IX N° 11, diciembre 2019 (págs. 5 a 15).

\* *Juez de la Cámara Federal de Casación Penal. Presidente del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles. Profesor Universitario.*

\*\* *Abogada (UBA). Funcionaria de la Cámara Federal de Casación Penal. Secretaria del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.*

[346] Resolución 184 del Ministro de Justicia y DD.HH. del 25 de marzo de 2019.

[347] CSJN, Fallos: 318:1984.

[348] CSJN, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus” (V. 856. XXXVIII, rta. 03/05/2005) en Fallos 328:1146.

[349] La Ley N° 26.827 (sancionada el 28/11/2012 y promulgada el 07/01/2013), establece el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objeto es el de garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consagrados por los arts. 18 y 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y demás tratados internacionales que versen sobre estos derechos.

[350] También han intervenido activamente desde la Defensoría General de la Nación, las Comisiones de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes y sobre temáticas de Género.

[351] Se incorporaron como miembros consultivos en el año 2017.

[352] Adoptadas por la Asamblea General ONU, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

[353] Se han realizado más de 70 Encuentros presenciales y por plataformas virtuales, desde junio de 2013 hasta la septiembre de 2020.



[354] Todas las recomendaciones se encuentran disponibles en:  
<http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/recomendaciones>

[355] Tanto la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata como la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza dictaron acordadas donde resaltaron la importancia de los monitoreos carcelarios y adhirieron a la Recomendación del Sistema (ver Acordada 5/16 CFALP del 28 de abril de 2016 y Acordada 9848 CFAM, del 07 de febrero de 2019).

[356] Entre otras cuestiones de similar relevancia, se señala que la cárcel tiene un impacto diferencial en varones y mujeres por motivos de género, que el sistema penitenciario potencia. Que las prisiones se construyeron teniendo en cuenta las vivencias y necesidades de los varones, que prestan escasa o nula atención a las cuestiones específicas de las mujeres, y que la falta de un enfoque de género puede tener consecuencias graves para las presas.

[357] Con el objeto de contribuir en la capacitación de los operadores, el Sistema asumió el compromiso en el marco de la Recomendación N° VI de realizar, en conjunto con la Oficina de la Mujer de la CSJN, un seguimiento de los talleres sobre perspectiva de género para todo el personal del Servicio Penitenciario Federal que cumple funciones en los establecimientos penitenciarios donde se encuentren alojadas mujeres brindados por la OM y de los impactos que pueda tener en el personal penitenciario.

[358] CSJN, Fallos: 328:1146 y 1186.

[359] CSJN, Fallos: 328:1146.

[360] En este sentido, ver fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa CFP 223/2013/TO1/2/1/CFC2 "J.P., M. s/recurso de casación" registro n° 614/20.4 del 21 de mayo de 2020.

[361] El documento fue entregado a las autoridades que se encuentran políticamente a cargo de los establecimientos carcelarios y centros de detención en el país.

[362] Comunicado de prensa disponible en:  
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2020/066.asp>

[363] Proveído de fecha 3 de abril de 2020 de la Presidencia de la Cámara Federal de Casación Penal, suscripto por la presidenta Angela E. Ledesma, previa consulta con el vicepresidente 1º, Gustavo M. Hornos y el vicepresidente 2º, Alejandro W. Slokar.

[364] <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

[365] Destacamos que se reiteró porque el Sistema ya había solicitado a las autoridades de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal que dispongan -con urgencia- las medidas de higiene y distanciamiento social mediante oficio remitido el 20 de marzo de 2020.

[366] Para la fecha del dictado de la Recomendación VIII, en el CPF CABA - Devoto- había pabellones de alojamiento colectivo con 99 personas.

[367] Se realizó por medios digitales el 26 de mayo de 2020.

[368] Recomendación III del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

[369] C.F.C.P., Sala IV causa FSM749/2006/TO1/4/3/CFC8 Reg. N° 258/18.4, rta. el 3 de abril de 2018, caratulada: "*Junco, Oscar Omar s/recurso de casación*". Si bien el condenado finalmente desistió del pedido de salidas transitorias, con el fallo, se garantiza la intervención de la víctima en la etapa de ejecución; la que, además hizo uso de ese derecho, aunque no llegó a pronunciarse sobre el instituto liberatorio con motivo de aquel desistimiento.

[370] Todos los informes se encuentran disponibles en: <http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/inspecciones/>

\* *Juez de Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia, Chaco.*

\*\* *Secretaria de Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia, Provincia del Chaco.*

[371] B.O. 18/6/2015. La Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, dispuso por Acta N° 15, de fecha 26/3/2019, publicada en el B.O. el 10/4/2019, su aplicación en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta a partir del 10/6/2019; y por Resolución N° 2, de fecha 13/11/2019, publicada en el B.O. el 19/11/2019, la implementación de los arts. 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 en el ámbito de la Justicia Federal Penal y la Justicia Nacional Penal (art. 1), y el inicio del proceso de implementación territorial del cuerpo íntegro del Código Procesal Penal Federal para las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, en el marco del cronograma fijado en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación (art. 2).

[372] B.O. 10/12/2014

[373] B.O. 1/12/2016

[374] B.O. 7/1/2019

[375] B.O. 8/2/2019

[376] A fin de precisar su definición, el proceso penal se integra a través de tres fases que posibilitan la realización de la punición: la comprobación del delito, la determinación de la pena y su ejecución, correspondiendo al proceso penal de cognición las dos primeras y, consecuentemente, al proceso penal de ejecución la última. Cfr. CARNELUTTI, Francesco, con traducción del italiano por CONDE, Víctor, *Teoría General del Delito*, Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1952, págs. 11-14. Al desarrollar el procedimiento penal común, Julio Maier refiere que éste se divide, principalmente, en dos partes: el proceso de conocimiento y el procedimiento de ejecución, siendo este de carácter eventual en orden a depender de que la primera parte finalice con una sentencia de condena firme que deba ejecutarse o con una sentencia que ordene la imposición de una medida de seguridad y corrección. Cfr. Maier, Julio

J.B., *Derecho Procesal Penal: parte general. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, t. 2, págs. 157-158 y 166-167. Rubén Alderete Lobo, por su parte, refiere que el proceso ejecutivo de la sentencia no es una etapa más integrante del proceso penal sino un procedimiento especial que posee características y finalidades propias y diferenciadas de la etapa de conocimiento. En relación a ello indica que el proceso penal, en sentido estricto, es la consecuencia de la aplicación de un conjunto de normas que regulan la incorporación de los elementos necesarios para que un tribunal decida sobre la imputación deducida, imponiendo o no una pena. Cfr. Alderete Lobo, Rubén A., *Acusatorio y ejecución penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, pág. 138.

[377]

B.O. 18/6/2015. La Ley N° 27.146 regula los principios del proceso acusatorio en los arts. 4 -oralidad y publicidad-, 5 -igualdad entre las partes, contradicción e intermediación- y 6 -simplicidad, desformalización-.

[378]

El art. 2, segundo párrafo, del C.P.P.F. establece que todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas que, en la etapa de la investigación preparatoria, se dan cuando la publicidad de las audiencias contradictorias determine la afectación del orden público, la seguridad o el éxito de la investigación -art. 233-, y en la etapa del juicio, cuando resulten necesarias para proteger la intimidad o seguridad de cualquier persona que deba tomar parte, o para evitar la divulgación de un secreto cuya revelación sea punible o afecte gravemente la seguridad del Estado -art. 285-.

[379]

Cfr. Binder, Alberto M., *Implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 2012, pág. 180.

[380]

Cfr. González Póstigo, O, Leonel et al., "Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina", en *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-1: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley N° 27.063 - I*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, págs. 171-250, para ampliar el abordaje de la oralidad en el marco de la Ley N° 27.063. Los autores, luego de consideraciones de orden general, desarrollan el funcionamiento de la oralidad en cada una de las instancias que integran el proceso. En las págs. 182-186, sin perjuicio de la catalogación de la oralidad como principio, resaltan su entidad como medio de comunicación para la eficacia de los principios enumerados en el art. 2 del C.P.P.F., indicando a título ilustrativo que la palabra hablada, en reemplazo de la escrita, determina la presencia de las partes -inmediatez- y facilita el control de su actuación -publicidad-. Al referirse a la regulación legal de la oralidad, efectúan un análisis de orden crítico indicando los inconvenientes que, según los fundamentos que desarrollan, impiden la oralización total de la actividad que se cumple en el marco del proceso.

[381]

La separación de funciones se encuentra legislada, de forma expresa, en el art. 9 del C.P.P.F. que reza: "Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de

remoción de magistrados de conformidad con los arts. 53 y 115 de la Constitución Nacional”.

[382]

Con enmarque en la Ley N° 27.146, que determina los órganos judiciales que integran la Justicia Federal y Nacional Penal, a través de los arts. 16 y 26. El primero de ellos, refiere que: “Constituyen órganos judiciales de la Justicia Federal Penal los siguientes: a) Corte Suprema de Justicia de la Nación, b) Cámara Federal de Casación Penal, c) Cámaras Federales de Apelaciones de Distrito, d) Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico, e) Tribunales Federales de Juicio de Distrito, f) Tribunales Federales de Juicio en lo Penal Económico, g) Juzgados Federales de Garantías de Distrito, h) Juzgados Federales de Garantías en lo Penal Económico”. El segundo, por su parte, refiere que “Constituyen órganos judiciales de la Justicia Nacional Penal los siguientes: a) Cámara Nacional de Casación Penal. b) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal. c) Tribunales Nacionales de Juicio. d) Tribunales Nacionales de Juicio de Adolescentes. e) Juzgados Nacionales de Garantías. f) Juzgados Nacionales de Garantías de Adolescentes. g) Juzgados Nacionales de Ejecución Penal. h) Juzgado Nacional en lo Penal de Rogatorias”.

[383]

La competencia de cada uno de ellos se encuentra regulado en los arts. 53, 54, 55, 56 y 57, a los cuales, en la ocasión, nos remitimos.

[384]

En los términos del art. 58 del C.P.P.F.: *“Los jueces serán asistidos por una oficina judicial cuya composición y funcionamiento defina la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Federal y Nacional”*.

[385]

El art. 10 de la Ley N° 27.146, prescribe que: Los jueces no deben realizar trámites ni funciones administrativas o de gestión de recursos. Las funciones administrativas y los trámites necesarios para optimizar la actividad de los jueces estarán a cargo de la Oficina Judicial, la que deberá garantizar estándares de calidad en la gestión y eficiencia en el servicio judicial. La delegación de tareas jurisdiccionales en los integrantes de la Oficina Judicial está prohibida y constituye falta grave y causal de mal desempeño”. Y el art. 39, por su parte, que: “Las Oficinas Judiciales son los órganos encargados de llevar adelante las tareas administrativas de la justicia penal, para que los jueces ejerzan la función jurisdiccional de manera exclusiva, transparente y eficiente”.

[386]

Previsiones legales que se complementan con lo dispuesto por el art. 379 del C.P.P.F., que le asigna a la oficina judicial el control de las reglas de conducta fijadas en el marco de la imposición de penas de ejecución condicional, disposición de medidas curativas o educativas, concesión de libertades condicionales o asistidas, o ejecución de toda otra forma de cumplimiento alternativo de la pena.

[387]

Cfr. González Póstigo, O, Leonel et al., ob. cit., págs. 204/205.

[388]

El penúltimo libro del C.P.P.F. regula, a través de cinco títulos, la instancia procesal correspondiente a la ejecución: 1 -Disposiciones generales-, 2- Ejecución penal-, 3 -Inhabilitación-, 4 -Ejecución civil-, 5 -Costas e indemnizaciones-.

[389] En el ámbito de la Justicia Nacional Penal determina la intervención de los Jueces Nacionales de Ejecución Penal -art. 34- para los delitos ordinarios cometidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que no hayan transferidos a la jurisdicción local -art. 1-.

[390] Realizado en la ciudad de Resistencia, Chaco, el 16 de octubre de 2016, para la presentación de sus conclusiones por ante el Honorable Consejo Directivo de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, bajo la presidencia del Dr. Marcelo Alejandro Peluzzi, Juez Nacional de Ejecución Penal N° 4, entonces director de la Escuela de Capacitación Judicial.

[391] Sin perjuicio de ello, y como antecedente de actuación en el ámbito de la Provincia del Chaco, el 23/5/2006 la doctora Ana Victoria Order, entonces Jueza de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia, con la colaboración del doctor Francisco Ceferino Rondan, Secretario de Cámara, presentó la propuesta de creación de un Juzgado de Ejecución Penal Federal para la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia - Chaco, Formosa y Reconquista-, que ingresó al Congreso de la Nación mediante la gestión del entonces Senador Nacional Jorge Milton Capitanich, hoy Gobernador de la Provincia del Chaco.

[392] En el marco de las demás cuestiones consideradas, se consignan las siguientes por continuar siendo de fundamental relevancia, a saber, la creación, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, de unidades penales en las provincias de Corrientes y Entre Ríos, dado que para la ubicación de quienes resultan condenados en la órbita de esas jurisdicciones es necesario recurrir a las existentes en las provincias de Chaco, Formosa o Misiones, que la mayoría de las veces carecen de cupo, lo que dificulta su oportuna inserción en el régimen de progresividad de la pena; la creación en el ámbito de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional de una Comisión de Ejecución Penal -concretada durante el curso del año pasado en virtud de las consideraciones tratadas mediante Actas N° 1.361, de fecha 24/6/2019 y N° 1.362, de fecha 12/8/2019-, o, su caso, de una Subcomisión de Ejecución Penal; el fortalecimiento de la estructura de las secretarías de ejecución penal en cuanto a la dotación de personal y a sus actuales condiciones de infraestructura; la gestión del cobro de un plus por acumulación de funciones, dado el rol de Juez de Ejecución Penal que cumple uno de los Jueces de Cámara integrante de cada Tribunal Oral en lo Criminal Federal; la adaptación del Sistema de Gestión Judicial Lex 100 al proceso de ejecución de la pena; la optimización de las relaciones con la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, y con las dependencias existentes en el ámbito provincial, a los fines del control post penitenciario de las personas que se reintegran al medio libre.

[393] B.O. 16/7/1996. Cfr. al efecto arts. 4, 10, 11 *bis*, 32 y 208.

[394] Función que encuentra su correlato en el art. 208 de la Ley N° 24.660 que prescribe que: “El juez de ejecución o juez competente verificará, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo. Las

observaciones y recomendaciones que resulten de esas inspecciones serán comunicadas al ministerio competente”.

[395]

González Póstigo, O, Leonel et al., ob. cit., pág. 240.

[396]

Alderete Lobo, Rubén A., ob. cit., págs. 134/135. El autor, seguidamente, marca la necesidad de reformulación conceptual del principio de judicialización de la pena para ser precisado, no a partir del traslado y/o vigencia de todas las garantías del proceso penal a la etapa de ejecución de la pena -posición unánime: doctrinaria y jurisprudencial- sino a partir de su identificación y adecuación para determinar su grado de vigencia y sus consecuencias, resultando necesaria además la incorporación de garantías específicamente orientadas a los fines del proceso de ejecución de la pena. En el marco del desarrollo de su obra, indica que en el diseño procesal actual, el juez de ejecución, en tanto titular de la iniciativa de control de ejecución de la pena y de facultades para actuar de oficio, carece de la imparcialidad propia que el principio acusatorio pretende garantizar, motivo por el cual desarrolla la necesidad de su adecuación a la etapa de ejecución de la pena, y refiere que para garantizar de forma plena las características del principio acusatorio durante ésta es necesaria la asignación al Ministerio Público Fiscal de facultades de decisión y supervisión sobre las cuestiones que rodean la ejecución de la pena, con la posibilidad de un mecanismo de control judicial amplio que garantice el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad ante la afectación de sus derechos fundamentales. Cfr. págs. 197/199 y, para ampliar el desarrollo de la adecuación del principio acusatorio a la etapa de ejecución de la pena, págs. 169/172 y 191/196. La última propuesta se condice en sus lineamientos con la intervención asignada en el marco del “Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica”, de autoría de Rubén A. Alderete Lobo y Gustavo I. Plat, al Ministerio Público Fiscal, quien ejerce el control de legalidad de la pena privativa de la libertad (arts. 8 -Ministerio Público Fiscal: función- 350 -control de legalidad: procedencia-, siguientes y concordantes). Cfr. Alderete Lobo, Rubén et al, *Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.

[397]

En el sentido indicado, la C.S.J.N. *in re: “Dessy, Gustavo G.”*, Fallos 318: 1894, de fecha 19/10/95, sienta a título de principio general que el ingreso a una prisión en calidad de condenado no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional. En igual ocasión, pero en sentido más amplio, afirma que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad.

[398]

En orden a sus alcances, la tutela judicial efectiva incluye sí el acceso a la jurisdicción, la defensa en juicio de la persona y de los derechos, y el debido proceso legal, resultando en el orden interno de los arts. citados de la Constitución Nacional, y en el externo de los arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), correspondiente a nuestro sistema regional de protección, 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), 7 de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH)

10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

[399]

El art. 56 del C.P.P.F. refiere que: *“Los jueces con funciones de garantía serán competentes para conocer: a) En el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria. b) En el procedimiento abreviado cuando se presenten acuerdos plenos. c) En la suspensión del proceso a prueba”*. El art. 35 del C.P.P.F., por su parte, establece que el control del cumplimiento de las reglas de conducta para la suspensión del proceso a prueba está a cargo de una oficina judicial específica, que dejará constancia en forma periódica sobre su cumplimiento y dará noticia a las partes de las circunstancias que pudieran originar su modificación o revocación.

[400]

En Ley N° 27.063 -art. 374-, el título reservado a la ejecución penal comienza disponiendo, en sentido coincidente con la Ley N° 23.984 -art. 492-, que la sentencia absolutoria será ejecutada, de forma inmediata, en el ámbito de la instancia en la que se dictó, con la diferencia de que las inscripciones y las comunicaciones del caso las debe practicar, en el marco del C.P.P.F., la oficina judicial. La absolución, como acto jurisdiccional en el que se determina la ausencia de la responsabilidad jurídico penal del imputado, se debe ejecutar sin solución de continuidad, incluso ante su impugnación, debiendo disponer el cese de las medidas de coerción dictadas.

[401]

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, de fecha 8/2/1999

[402]

Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, de fecha 12/6/2002 - Plenario N° 8-.

[403]

Fallos 330: 2826, de fecha 26/6/2007.

[404]

Cfr. DARAY, Roberto R. (dir.), Asturias, Miguel A. (coord.), *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2020, t. 1, pág. 51.

[405]

Cfr. PLAT, Gustavo I., *El diseño de la ejecución penal según el nuevo Código Procesal*, en *Revista de Derecho Penal 2015-10*, 7/10/2015, 2122, Buenos Aires, La Ley.

[406]

Las reglas del concurso se encuentran reguladas en los arts. 54, 55, 56 y 57 del Código Penal, y a ellas se remite el art. 58 en ocasión de regular la unificación de penas y condenas, disponiendo que: *“Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso”*.

[407] Cfr. Daray, Roberto R., ob. cit., t. 2, pág. 646.

[408] El art. 304 del C.P.P.F. dispone que en la audiencia de determinación de la pena rigen para su desarrollo y deliberación las reglas del Título 3 -Juicio-, Capítulo 2 -Debate-.

[409] Fallos 339:542, de fecha 26/4/2016.

[410] Cuando cesaren las condiciones legales previstas, se determina que la condena se debe ejecutar de inmediato, salvo que el juez disponga, sobre la base de las previsiones legales del caso, alguna forma distinta de ejecución. El diferimiento de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la alternativa de actuación prevista ante el cese de las situaciones de hecho indicadas, se deben resolver en audiencia *inter partes*, requerida por quien tenga interés en la resolución.

[411] El decreto reglamentario prevé la remisión de los informes del caso hasta diez (10) días antes como mínimo.

[412] El art. 143 de la Ley N° 24.660 refiere, como principio rector, que el interno tiene derecho a la salud, y, que, durante la ejecución de su pena privativa de la libertad, debe brindársele asistencia médica oportuna e integral, no pudiendo interferirse su accesibilidad a las consultas y los tratamientos prescriptos.

[413] Daray, Roberto R., ob. cit., t. 2, págs. 654/655.

[414] Ídem, pág. 657.

[415] Debiendo procederse a la resolución de las incidencias y excepciones que se susciten.

[416] Bustamante, Martín, *Agua Quemada*, Colección para la Libertad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Lamás Médula, 2016, pág. 62.

\* - Juez de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal.

\*\* - Prosecretario de Cámara de la Cámara Nacional de Casación Penal.

\*\*\* - Prosecretario de la Cámara Nacional de Casación Penal.

[417] C.S.J.N., Fallos: 328:4343.

[418] C.S.J.N., Fallos: 331:2691.

[419] C.S.J.N., Fallos 332:512.

[420] En este aspecto, también conviene recordar, además de la Opinión Consultiva 17, varios precedentes de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, desde “Villagrán Morales” del año 1999, el del “Instituto de Reeduación del Menor” de 2002, hasta los propios de nuestro país, como “Bulacio” de 2003 y “Mendoza” del año 2013).



[421] Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, Madrid, Ediciones Endymión, 1992, págs. 150 y ss.

[422] C.S.J.N., “Gramajo”, Fallos: 329:3680, voto del juez Petracchi, considerando 36.

[423] Lobo, Rubén Alderete y PLAT, Gustavo I., *Proyecto de ley de ejecución penal modelo para Latinoamérica*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, págs. 79 y 84.

[424] Lobo, Rubén Alderete, “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”, en Ledesma, Ángela E. (dir.) y Lopardo, Mauro (coord.), *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, tomo 5, pág. 211.

[425] PALMA, Carlos, *Derecho Penal de menores*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, pág. 46.

\* Jueza de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

[426] Boletín Oficial Número 30430 del 28/6/2004.

[427] Hoy Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal.

[428] Juliano, Mario Alberto y Villanova, Marcelo. *Oportunidad para disponer la revocación de la suspensión del proceso penal a prueba*, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43711-oportunidad-disponer-revocacion-suspension-del-proceso-penal-prueba>]. Bovino, Alberto, Lopardo, Mauro y Rovatti, Pablo. *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1º edición, 2016.

[429] CCC Sala IV, causa N° 750035924/2009, caratulada “Porcella Pinto”, rta. el 23/4/2014.

[430] Art. sustituido por art. 19 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017.

[431] La aplicación de la suspensión del procedimiento penal a prueba constituye un mecanismo dirigido a reducir la actividad procesal y a otorgar una salida alternativa a la sanción penal. Se pretende beneficiar la situación del imputado, satisfacer los intereses de la víctima, posibilitar la aplicación de medidas preventivo-especiales y, por último, reducir la carga de trabajo de la justicia penal y racionalizar la política pública de persecución penal. (Bovino-Lopardo-Rovatti. Ob. cit. pág. 41, cfr. en igual sentido D’ÁLBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, pág. 623).

[432] Consultado en [[www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar)].

[433] Creada por la Ley N° 27.080. Reglamento Acordada 30/2017 CSJN.

[434] Barreyro, María Virginia. “El rol de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal en primera persona -del plural- o el Mito de Sísifo (Feliz)”,

en *Tariwapi, Revista sobre Justicia y Sociedad*, consultado en [http://taripawi.com.ar/index.php/2018/08/14/el-rol-de-la-direccion-de-control-y-asistencia-de-ejecucion-penal-en-primera-persona-del-plural-o-el-mito-de-sisifo-feliz/#sdfootnote1sym]

[435]

Vitale, Gustavo. *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2º edición, 2004, pág. 353.

[436]

Vitale. Ob. cit. pág. 349.

[437]

10. Régimen de Vigilancia; 11. Duración; 12. Obligaciones; 13. Proceso de tratamiento; 14. Disciplina e incumplimiento de las obligaciones.

[438]

Juliano-Villanova, Ob. cit.

[439]

CCC, Sala VI, causa N° 77676/16 "*Barros, Ezequiel s/ probation*" rta. el 9/11/2018 -voto jueza Laiño- donde se citó voto del juez García en causa CCC35522/2007/TO1/CNC1 "*Ponce*", Reg. 768/2016 del 4/10/2016, CNCCC, Sala 1).

[440]

PINTO, Mónica, *El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. La Aplicación de los Tratados Sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto S.R.L., pág. 163.

[441]

CCC, Sala I, causa N° 3527/2016, caratulada "*Lizarraga, Gastón s/suspensión del juicio a prueba*", rta. el 28/10/19.

[442]

CCC, Sala I, causa N° 167728/2017, caratulada "*Chulvi, Marcelo Hugo s/suspensión del proceso a prueba*", rta. el 3/9/2020.

[443]

CCC, Sala IV, causa N° 162494/2016, caratulada "*Arce, Ary Josué s/suspensión de juicio a prueba*", rta. el 16/8/2018; causa N° 160554/2016 "*M.*", rta. el 14/2/19; causa N° 166888/2017, caratulada "*Lombardi*", rta. el 16/5/2019; causa N° 158281/16, caratulada "*O*", rta. el 30/5/2019; causa N° 9768/2018, caratulada "*Ortiz*", rta. el 11/7/2019; causa N° 28038/18, caratulada "*Sandoval*", rta. el 14/08/2019; causa N° 170317/2017, caratulada "*Piraban Muñoz*", rta. el 28/8/2019, entre otros precedentes.

[444]

CCC Sala V, causa N° 30063/2015, caratulada "*Agüero, Arcenio s/suspensión del juicio a prueba*", rta. el 6/7/2020.

[445]

CCC Sala VI, causa N° 77676/2016, caratulada "*Barros, Ezequiel*", rta. el 9/11/2018. Cfr. también causa N° 157460/2016, caratulada "*González, Romina Gisel*", rta. el 26/12/18; causa N° 168988/2017, caratulada "*Rodríguez, Nelson Gonzalo*", rta. el 5/2/19; causa N° 167460/2017, caratulada "*Farías, Gabriel Diego*", rta. el 30/10/2019. En similar sentido, Sala I en la causa N°167265/2017, caratulada "*Román, Juan Antonio*", rta. el 15/4/2019 y causa N° 164308/2017, caratulada "*Araujo, Sergio Santiago*", rta. el 7/5/2019, entre otras.

[446]

CCC Sala VI, causa N° 157985/2016, caratulada "*Tortora, Carlos Alberto*", rta. el 26/12/2018.

[447] CCC Sala VI, causa N° 22542/2016, caratulada “Vélez García, Walter Marcelo s/suspensión del juicio a prueba”, rta. el 12/9/2019. Cfr. asimismo, entre otras, causa N° 27250/2017, caratulada “Clarke, Eduardo Humberto s/suspensión de juicio a prueba”, rta. el 13/9/2019 y causa N° 164414/2017, caratulada “Fernández Zurita, Sergio s/ suspensión del juicio a prueba”, rta. el 13/5/2020.

[448] CCC Sala VI, causa N° 3875/2017, caratulada “Ocampo Zelaya, Franco Oscar s/suspensión del juicio a prueba”, rta. el 9/8/2019.

[449] CCC Sala IV, causa N° 170567/2017, caratulada “Rojas, Marcelo Fabián s/suspensión del juicio a prueba” rta. el 2/10/2019. Cfr. asimismo causa N° 160554/2016, caratulada “Moreyra”, rta. el 14/2/2019; causa N° 166888/2017, caratulada “Lombardi”, rta. el 16/5/2019; causa N° 162227/2016, caratulada “Linares Desposorio”, rta. el 19/5/2020; entre otras.

[450] CCC, Sala V, causa N° 6193/2010, caratulada “Maldonado, Irma B. s/probation”, rta. el 28/5/2019. En similar sentido, causa N° 170502/2017, caratulada “Hardy, Matías Miguel s/ suspensión del juicio a prueba”, rta. el 14/8/2019; causa N° 159032/2016, caratulada “Coutinho Cerqueira, Darío s/suspensión del juicio a prueba”, rta. el 20/8/2019; causa N° 46/2017, caratulada “Magali, Jorge s/suspensión del juicio a prueba”, rta. el 4/9/2019; causa N° 160386/2016, caratulada “Quiroga, Yamila s/robo”, rta. el 10/9/2019. En todos estos precedentes medió por parte del probado sometimiento a la jurisdicción y demostración de voluntad de cumplir las obligaciones impuestas, más allá de su efectivo cumplimiento.

[451] CNCCC Sala I, causa N° CCC 30320/2009/TO1/CNC1, caratulada “Álvarez”, reg. N° 948/2016 del 24/11/16, causa N° 35522/2007/TO1/CNC1, caratulada “Ponce”, reg. N° 768/2016 del 4/10/2016; causa N° CCC 2294/2013/TO2/CNC1, caratulada “Domínguez”, reg. N° 173/2018 del 8/3/2018, entre otras.

[452] Consultado en  
[[https://www.mpf.gob.ar/ufep/files/2016/12/UFEP\\_Informe.pdf](https://www.mpf.gob.ar/ufep/files/2016/12/UFEP_Informe.pdf)].

[453] Informe de gestión de Juzgados Nacionales de Ejecución Penal Período 16 de marzo-8 de julio 2020. Consultado en [<http://www.consejomagistratura.gov.ar/index.php/45-informacion-general/4950-la-justicia-a-la-altura-de-estos-tiempos-juzgados-nacionales-de-ejecucion-penal>].

[454] Cfr. Informe Periódico de Gestión DCAEP (3-3-20 a 3-9-20).

\* *Defensor Público Oficial ante los Juzgados Federales de Neuquén.*

[455] Art. 72. El traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente.

[456] Circular 1981/84 de la Cámara del Crimen.

[457] No dejemos de mencionar la baja tasa de cumplimiento de la Argentina, hasta 2018, de 17 casos, aun continuaban abiertos 11.

[458] Salduna, Mariana y De la Fuente, Javier E. (dir.), *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, Ed. Del Sur, pág. 299/300.

[459] Delgado, Sergio; "La Ejecución Penal Modelo", en *Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, N° 10, Editorial Di Plácido, Año 2020.

\*  
– Jueza Nacional de Ejecución Penal, Presidenta de la Asociación Argentina de la Justicia de Ejecución Penal, Miembro fundadora de la Asociación Argentina de Justicia Terapéutica.

[460] SOZZO, Máximo, *Populismo punitivo, proyecto normalizador y "prisión-depósito" en Argentina*, 2008, en Jura Gentium, consultado en [<https://www.juragentium.org/topics/latina/es/sozzo.htm>].

[461] SIMON, Johnathan, *Juicio al encarcelamiento masivo*, Buenos Aires, Didot, 2019.

[462] Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, 2008, consultado en [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>].

[463] Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para los Delitos Relacionados con Drogas, Organización de Estados Americanos -OEA-, Secretaría de Seguridad Multidimensional -SMM- y Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas -CICAD-, 2015, p. 5.

[464] Informe Técnico sobre Alternativas al Encarcelamiento para los Delitos Relacionados con Drogas, cit. p. 23.

[465] WEXLER, David, *Justicia Terapéutica: Una visión General*, y sus citas.

[466] WEXLER, David, op.cit.

[467] PILLADO GONZÁLEZ, Esther, *Aproximación al Concepto de Justicia Terapéutica*, publicado en "Hacia un proceso penal más reparador y socializados: avances desde la justicia terapéutica", Dirección de Esther Pillado González, Madrid, Dykinson, 2019 p. 20.

[468] Manual para el Monitoreo y la Evaluación Científica, Tribunales de Tratamiento de Drogas en las Américas, OEA-CICAD, 2019, p. 16.

[469] Manual para el Monitoreo y la Evaluación Científica cit., p. 17.

[470] Ley Nacional de Ejecución Penal, Texto vigente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2012, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, publicada en [[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP\\_090518.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf)].

[471] CONTRERA OLIVARES, Roberto, *Desafíos del Sistema de Justicia. Brechas y nuevos paradigmas*, Departamento de Desarrollo Institucional, Poder Judicial de Chile, 2020, p. 45.

[472] Cobo Téllez, Sofía M., Los Tribunales de Tratamiento de Drogas. Buenas prácticas terapéuticas  
Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica - Número 1 - Septiembre 2020, 03-09-2020, consultado en [https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=2ecb23ad9d59feb430004d2133c215a7].

[473] Para un acabado e interesante desarrollo sobre el punto, recomiendo acudir a NANZER, Alberto, "The Severity of Suspended Sentences in Argentina. A Study on Offender's Experiences", Tesina para el Master's Degree in Applied Criminology, Penology and Management, University of Cambridge, Institute of Criminology", actualmente en impresión.

[474] GOLDSTEIN, Paul J., *The Drugs/Violence Nexus: a Tripartite Conceptual Framework*, *Journal of Drugs Issues*, 1985, p. 493-506, consultado en [https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002204268501500406] y también BENNET, Trevor y HOLLOWAY, Katy, *The Causal Connection between Drug Misuse and Crime*, *The British Journal of Criminology*, Centre for Crime and Justice Studies, Oxford Academic, V. 49, I. 4, julio 2009, p. 513-531, consultado en <https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/49/4/513/2747197?redirectedFrom=PDF>].

[475] Población Privada de la Libertad: un análisis comparado en perspectiva temporal 2013-2019, Informe 2020, CELIV, Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, UNTREF Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, 2020, publicado en [www.celiv.untref.edu.ar].

[476] Resolución 899/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Boletín Oficial N° 33.977, del 18 de octubre de 2018, Primera Sección, p 43 y ss.

[477] Resolución 899/2018 cit.

[478] Los Tribunales de Reinserción "apoyan a personas que salen de las cárceles y prisiones nacionales para que tengan éxito durante su período de libertad condicional y eviten recaer en el uso de drogas o involucrarse en delitos", así definidos en los "Estándares de Mejores Prácticas de Tribunales de Tratamiento de Drogas para Adultos", NADCP, Asociación Nacional de Profesionales de Tribunales de Tratamiento de Drogas, Alexandria, Virginia, junto con CICAD-OEA Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, 2020, p. viii).

[479] Creado por Ley N° 24.050, art. 29. Sus cargos fueron incorporados por la Ley N°24.121 -art. 77- pero efectivamente fueron dispuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2015, mediante la Resolución N° 2410/15. Su puesta en funcionamiento se materializó durante el año 2016, a

partir de la designación de sus primeros integrantes. La Resolución N° 380/17 de la Cámara Federal de Casación Penal aprobó el protocolo de actuación.

[480]

ASSIST (The Alcohol, Smoking and Substance Involvement Screening Test) es un test validado por la Organización Mundial de la Salud para ser utilizado como prueba de detección de consumo de alcohol, tabaco y sustancias, consultado en [<https://apps.who.int/irishandle/10665/85403>].

[481]

Agencia del Estado de carácter nacional, cuyo objeto es coordinar integralmente las políticas nacionales en materia de adicciones. Cuenta con programas específicos y nuclea prestadoras de servicios asistenciales. Depende orgánicamente de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/jefatura/sedronar>].

[482]

Cabe señalar que se llaman “reunión” en el protocolo a las instancias de audiencia. Se persiguió no utilizar el concepto procesal de “audiencia” para despegar la idea del modelo adversarial. Estamos en un paréntesis del proceso regular y para ello es bueno diferenciar con el término el propósito del encuentro.

[483]

Boletín Oficial N° 32.041, del 30 de diciembre de 2010, p. 1.

[484]

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 53/243, 13 de septiembre de 1999.

*\* Juez Nacional de Ejecución Penal n° 4 y actual Presidente de la Comisión de Ejecución Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.*

[485]

Consultado en [[https://es.wikipedia.org/wiki/Edmund\\_Pellegrino](https://es.wikipedia.org/wiki/Edmund_Pellegrino)]

[486]

Médicas integrantes del equipo interdisciplinario del fuero nacional de ejecución penal.

[487]

Consultado en [[https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)]

[488]

Consultado en [<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>]

[489]

Consultado en [[https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&view=list&slug=telemedicina-2579&Itemid=270&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&view=list&slug=telemedicina-2579&Itemid=270&lang=es)]

[490]

Nota de Diario Judicial del 2 de julio de 2020, consultada en [<https://www.diariojudicial.com/nota/86797>]

[491]

Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=19429>]

[492]

Consultado en [[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo\\_plan\\_nacional\\_de\\_tesalud\\_def.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo_plan_nacional_de_tesalud_def.pdf)]

[493]

Ley nº 26742 y Decreto nº 1089/2012 sobre historia clínica informatizada; Receta escrita, receta electrónica y proyectos de receta digital; Ley nº 25506 sobre Firma Digital vs. Firma electrónica; Resolución nº 1357/97 respecto del Plan general de Tecnología de la Información y Comunicación; Decreto nº 1552, Argentina conectada 2010 acerca de los planes institucionales de igualdad vinculados con políticas de salud y discapacidad. A cargo de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. Ley de Telecomunicaciones nº 19798/11; Ley nº 25.326 sobre Protección de datos personales. No identificación del paciente en el uso de imágenes; Ley nº 26529: ley de derechos de los pacientes, regula las interconsultas; Resolución nº 21/2019 Plan Nacional de Tele salud: cuyo objetivo es consolidar una red de colaboración entre los profesionales de la salud e instituciones públicas del país para optimizar las acciones de gestión de salud; Disposición nº 1/2019 APN-DNSIS #MSYDS sobre el uso de la Telemedicina, encuentro entre el profesional de la salud y el paciente utilizando las tecnologías de la información y comunicación en tiempo real; Anexo nº 1/2019 Recomendación para el uso de la Telemedicina. Plan Nacional de Tele salud 2018-2024 que otorga un marco institucional para el despliegue de servicios, tecnologías y procesos innovadores en el país, mediante tecnologías de la información y comunicación; Resolución nº 189/2019 del Ministerio de Salud respecto de la Estrategia Nacional de Salud Digital; Resolución nº 282/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud que busca garantizar el acceso del uso de plataformas de tele asistencia y tele consultas como herramientas idóneas para garantizar las prestaciones de demandas esenciales e impostergables en el marco de la situación epidemiológica; Resolución nº 696/2020 del Ministerio de Salud establecida por el Decreto 260/2020 que autorizó la prescripción de medicamentos con carácter excepcional en forma de mensaje de texto o vía mail o fax.

[494]

Kaiser Health News, consultado en [<https://khn.org/news/telemedicina-abre-las-puertas-para-que-presos-reciban-atencion-de-especialistas/>]

[495]

Especialista en enfermedades infecciosas y profesor asociado de medicina en la Universidad de Illinois en Chicago, quien fue el autor principal del estudio.

[496]

Teledermatología para presos y atención en salud mental vía Skype, ejemplos exitosos de telemedicina - Télam - Agencia Nacional de Noticias, y [<https://www.diariosalud.com.ar/2018/10/28/unica-mundo-mendoza-se-atiende-telemedicina-los-reclusos/>].

[497]

Consultado en [[https://www.paho.org/arg/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1291:telemedicina-herramienta-atencion-calidad-grandes-distancias&Itemid=224](https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=1291:telemedicina-herramienta-atencion-calidad-grandes-distancias&Itemid=224)].

[498]

Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/nota-11493-Realizaron-pericias-psiqui-tricas-a-detenido-a-trav-s-de-videconferencia.html>]

[499]

Consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/noticias/salud-presento-el-programa-telecovid-para-ofrecer-asistencia-distancia>]

[500] Consultado en [<https://www.garrahan.gov.ar/septiembre/septiembre/el-garrahan-inauguro-una-nueva-oficina-de-comunicacion-a-distancia-en-escobar>]

[501] Consultado en [<https://prestadores.pami.org.ar/receta-electronica.php>]

[502] Consultado en [<https://www.argentina.gob.ar/noticias/comenzaron-jornadas-de-formacion-virtual-para-equipos-de-salud-del-servicio-penitenciario>]

\* Periodista. Comunicadora social. Docente de la cátedra "Comunicación Criminología y Medios" de la FyCS de la UNLP. Secretaria académica de la Maestría en Comunicación y Criminología Mediática de la Universidad Nacional de La Plata. Coordinadora del Colectivo Radio La Cantora para la promoción y protección de las personas privadas de libertad.

[503] KRAMER, H. y SPRENGER, J.; *Malleus Maleficarum* (Floreál Mazia, trad.), Buenos Aires, Orión, 1975.

[504] CHARTIER, R.; *Escribir las prácticas. Foucault, de Certeau, Marin*; Buenos Aires, Manantial, 2006.

[505] DUCROT, V.; *Intencionalidad editorial. Una síntesis introductoria hacia una metodología propia para el análisis del discurso periodístico*. Question, 2005, 6.

[506] GOEBBELS (cit. en Doob, 1985, p. 139)

[507] RACOSTA, A. *El vivo sustento del Inquisidor* (tesis de posgrado). Universidad Nacional de La Plata. La Plata, 2018.

[508] DOMENACH, J.; *La propaganda política*. Buenos Aires; Eudeba; 1962.

[509] BAUMAN, Z. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Barcelona; Paidós; 2005.

\* Licenciado en Psicología. Integrante del equipo de coordinación del Programa Integral de Salud Mental Argentino (PRISMA).

[510] Al respecto, ya en 1972, en una entrevista, titulada, "Los intelectuales y el poder" Gilles Deleuze le reconocía a Foucault a propósito de su trabajo con el G.I.P. (Grupo de Información de las Prisiones) haber sido: (...) *el primero en enseñarnos algo fundamental, a la vez en sus libros y en un terreno práctico: la indignidad de hablar por los otros (...) que las personas concernidas hablasen al fin prácticamente por su cuenta*.

[511] En el trabajo *Tampoco son tan pobrecitos. Alternativas ético-políticas frente a la hegemonía del modelo asistencialista-peligrosista*, hemos intentado realizar una caracterización detallada de cómo entendemos que funciona el modelo tutelar en la práctico. MATTEO, F., VITALICH, P. (2013) *Tampoco son tan pobrecitos. Alternativas ético-políticas frente a la hegemonía del modelo asistencialista-peligrosista*. Revista de derecho penal. Año 2, Número 5. (pp.7-23) Buenos Aires, Infojus.

[512] Es notable que una figura como la de "peligrosidad potencial" siga siendo utilizada.



[513]

Cabe destacar que desde su creación a la actualidad la dotación de profesionales del programa disminuyó en un 30 por ciento. Lo cierto es que también faltaron políticas orientadas a sostener las conquistas y plasmarlas en reglamentaciones, protocolos que resolvieran institucionalmente lo que es resultado de la actividad y el esfuerzo diario y que tienden a perderse cuando la masa de presencia civil disminuye.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-ec84a8a0-474c-452a-86c3-f0e61ee58af1.pdf>]

\*\* Abogado UBA. Secretario del Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 4.

[514]

ABERASTURI, Martín. *Derecho Penitenciario: Vulnerabilidad del Derecho de Asistencia Técnica en Procesos Sancionatorios*. Buenos Aires. 2010. Ed. La Ley -Suplemento Actualidad- 4/2/2010.

[515]

NOTA: un largo camino orientado a lograr avances de gestión en el ámbito judicial y penitenciario, centrados en la comunicación interdependencias como idea rectora. La planificación, consenso y coordinación entre los distintos actores de la ejecución penal, tuvo como resultado la novación de condiciones inicialmente rígidas y por décadas inamovibles. El fin perseguido siempre fue la maximización de la junción judicial, con las herramientas que se hallaban disponibles.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-745d1fba-d71a-488b-bf62-3ea86ad38490.pdf>]

\*\* Abogado. Prosecretario Administrativo de la Defensoría General de la Nación.

[516]

Reg. 454/20, resuelta el 28 de abril de 2020 con el voto de los jueces Mario Magariños y Alberto Huarte Petite: <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-745d1fba-d71a-488b-bf62-3ea86ad38490.pdf>

[517]

Registro 1184/20, resuelta el 2 de junio de 2020 con el voto de los jueces Mario Magariños y Pablo Jantus. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-9026c76c-8ad2-4bc7-8911-1ea34c716ea6.pdf>

[518]

Registro 2003/20, resuelta el 14 de julio de 2020 con el voto de los tres integrantes de la Sala 3. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-828868d2-92d5-429d-b9cc-9b500d864f4a.pdf>

\* Secretario del Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

[519]

Porta, Elsa, "El trabajo de las personas privadas de la libertad en la República Argentina (primera parte)" *"La Ley, Revista Derecho del Trabajo"* año LXXII, N° 12, diciembre 2012, Derecho Individual y Colectivo, pág. 3162/3174

[520]

Causa N° 6683/I del registro de ese órgano jurisdiccional, caratulada "Kepych, Yuri Tiberiyevich s/habeas corpus".

[521] Causa N° 1318/13, caratulada “Képych, Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación”, reg. N° 2490/14, del 01/12/14.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-8bcfb78c-caf8-44b6-b137-366a637b008f.pdf>]

\*\* Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella, aspirante a Magister en la misma Universidad, investigador de la UTDT y la UBA, docente de la Universidad de Morón y Secretario del Juzgado Federal nro. 2 de Morón a cargo de la Secretaría Penal y la especial formada para la ejecución de la Sentencia “Mendoza”.

[522] FSM 8237/2014.

[523] Con fecha de 30/07/2014.

[524] 14/08/15.

[525] Cfr. causa n° FGR 83000862/2012/CFC1, caratulada: “Campos, Juan Manuel s/recurso de casación, reg. n°1760/16, rta. 15/9/2016 y causa n° CCC 34234/2010/TO1/CFC1, caratulada: “Aguilar, Héctor s/recurso de casación”, reg. n° 2647/16, rta. 27/12/2016, entre otras.

[526] SALINAS, Raúl, *Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos*, inédita, UNLP, 2013 pág. 58.

\*

— Consultado en [<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7585551&cache=1600900773378>]

\*\* Abogado. Secretario del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nro. 3 de Morón. Provincia de Buenos Aires.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-d89fda2d-0657-4adb-9e15-5f41528f44ab.pdf>]

\*\* Abogado UBA. Especialista en derecho penal por Universidad Torcuato Di Tella. Secretario Letrado en la vicepresidencia del Consejo de la Magistratura.

[527] Art. 64 inc. a) Ley N° 25.871: Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del art. 17 de la Ley N° 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente”.

[528] Ley N° 24.660. Art. 17 “Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere: I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al periodo de prueba. b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba, c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba. II. No tener

causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente.”.

[529]

Ley N° 24.660. Art. 15. “El periodo de prueba consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto 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 semilibertad. Son requisitos necesarios para el ingreso al período de prueba: 1) Que la propuesta de ingreso al mismo emane del resultado del periodo de observación y de la verificación de tratamiento. 2) Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del art. 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del Código Penal: quince (15) años; c) Accesoria del art. 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años. 3) No tener causa abierta u otra condena pendiente. 4) Poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar. El director del establecimiento resolverá en forma fundada la concesión al ingreso a período de prueba, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico. (Art. sustituido por art. 12 de la Ley N° 27.375 B.O. 28/07/2017).

[530]

Los jueces Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar, en síntesis, consideraron que la posición adoptada por el Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal Oral que postuló el extrañamiento, cubrió la exigencia de fundamentación, no entró en colisión con la Constitución, ni generó un caso de gravedad institucional o de quebrantamiento del orden público, por lo cual selló la suerte de la cuestión, conforme las reglas propias del sistema acusatorio y de simple litigación que adopta el Código Procesal Penal Federal. Todo lo cual limitó en el caso la posible decisión interpretativa a adoptar por la jurisdicción.

[531]

Ley N° 24.660. Art. 1° 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. (Art. sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.375 B.O. 28/07/2017).

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-d3306b94-b4f2-4ab0-b8aa-6e37ca3ac820.pdf>]

\*\* Abogada. Especialista en Derecho Penal UBA. Magistrando en Filosofía del Derecho UBA. Directora de la Oficina Judicial de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional.

[532]

CNCCC CCC 8911/2017/CNC1 “B., N. s/ recurso de casación” Sala 2 Reg 742/2017 resuelta el 29/08/17.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-b97a4630-bad9-49a4-859a-d136c765689b.pdf>]

\*\* Médico Psiquiatra del Equipo interdisciplinario de Ejecución Penal dependiente de la Cámara Federal de Casación Penal.

\* Consultado en [<https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-3ba7a23b-fea0-4b79-a08e-309821159e9f.pdf>]

\*\* Lic. María Noel Plo. Psicóloga MN 41636. Especialista en Psicología Forense (UBA). Especialista en Evaluación y Diagnóstico Psicológico (USAL). Integrante del Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal. 1

[533]

Cfr. CNCCC CPN 121626/2010/EP1/1/CNC1 “Palma Barrios, Gabriel s/ incidente de libertad condicional”, Sala 3ra, Reg. 717/2019”, resuelta el 04/06/19

[534]

Art. 20, Decreto N° 603/2013: “Entiéndase por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros”.

[535]

MERCURIO, E. (2013). “El estado peligroso del delincuente: 90 años después. Psiquiatría y prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena” en *Revista Derecho Penal*. Año II. Número 6, pp. 349-372.

[536]

BONNET, E. F. (1983). Libro I. Parte Especial. Capítulo III. *Psicopatología y Psiquiatría Forenses*, Buenos Aires, López Editores, pp. 963-995.