

La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho¹

Luis Raúl Guillamondegui²

*"...A medida que pasan los años, la situación se hace cada vez más difícil para las personas privadas de libertad...La sociedad...demanda más castigo, sin detenerse a cuestionar si es positivo o negativo para la prevención de la delincuencia...El poder político cree que tiene la legitimidad para endurecer las leyes penales.... Y lo hace sin un debate social real y sincero...
A cada noticia sensacionalista, nuevo cambio legal...
Mientras tanto, principios preciosos del humanitarismo penal...se ha ido escondiendo vergonzantemente debajo de la alfombra del puro y duro retribucionismo.
Sólo va quedando una estructura física de hormigón, que genera indefensión jurídica, destrucción emocional y relacional; en ocasiones la muerte.
Y dentro personas..."*

Julián C. RIOS MARTÍN ³

1. Introducción.

Las palabras del jurista español, que presentan estas líneas, resultan tan descriptivas de nuestra realidad cercana y presente, las que, a la par de reconocer el contundente avance de los discursos de emergencia y su influencia en la producción y calidad legislativa -fenómeno sobre el cual, en su momento, supimos reseñarlo y valorarlo⁴-, advierten sobre el rol que le cabe a los diferentes estamentos políticos en un Estado de Derecho respecto de las personas privadas de libertad.

En efecto, como consecuencia de las reformas que *sufriera* nuestro digesto punitivo, principalmente el pasado año, podemos observar la tipificación de nuevas conductas delictivas y el endurecimiento de las sanciones penales, a lo que se suma la eliminación de determinados derechos penitenciarios para ciertos delincuentes, sin siquiera detenerse el legislador a correlacionar la nueva oferta legislativa con las normas y principios penales y constitucionales existentes.

Ante esta situación, reflexionaremos sobre ciertos aspectos de la reciente reforma de la ejecución penal, a la par de interrogarnos sobre las herramientas que puede prever

¹ Ponencia presentada en el Vº Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y Jornadas Argentinas de Derecho Penal, San Miguel de Tucumán, Octubre del 2005. Especialmente, para mis amigos de Pensamiento Penal.

² Doctorando en Derecho Penal y Criminología (U.P.O. - Sevilla - España). Docente de la Cátedra de Derecho Penal II (U.N.Ca.). Juez de Ejecución Penal (Poder Judicial de la Provincia de Catamarca). Dirección electrónica: guilla70@hotmail.com .

³ RIOS MARTÍN, Julián Carlos, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 3º Edición, Colex, Madrid, 2004, pp. 5-6.

⁴ El título de nuestro trabajo es bastante ilustrativo y en esas líneas, escritas en los primeros días de Abril del año 2004, sentamos nuestra postura respecto de la "calidad" de la propuesta política-legislativa que desencadenara el desgraciado suceso del homicidio del joven Axel Blumberg. Cfr. GUILLAMONDEGUI, Luis, *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo*, disponible en <http://www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc>. También en *La Ley Actualidad*, 19 y 21 de Julio de 2005.

un Estado de Derecho para continuar respetando al ser humano y procurar su superación en el ámbito de las penas privativas de libertad.

2. La nueva regulación de la Libertad Condicional y de derechos penitenciarios de egreso anticipado.

Con la sanción de las Leyes N° 25.892 (B.O.: 26/05/2004) y N° 25.948 (B.O.: 12/11/2004), el legislador establece un nuevo régimen para la libertad condicional y discrimina a determinados delincuentes de la posibilidad de una flexibilización de las condiciones cualitativas de la pena y de un egreso anticipado a su condena, desvirtuando el principio directriz de la progresividad del régimen penitenciario y volviendo ilusorio el anhelo de la resocialización del condenado.

Así, dentro de los nuevos presupuestos de procedencia de la libertad condicional, y en lo que a nuestro trabajo interesa, vale destacar el aumento del tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de encierro en los supuestos de penas perpetuas a 35 años (Art. 13 C.P.); y la exclusión lisa y llana de la expectativa al mismo a los condenados por *delitos aberrantes* -según terminología utilizada en los debates parlamentarios⁵-, tales como homicidio criminis causa, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad agravada por muerte intencional de la víctima, homicidio cometido con motivo o en ocasión de robo y secuestro extorsivo agravado por muerte intencional de la víctima (Art. 14 in fine C.P.).

Mientras que con la segunda norma -modificatoria de la Ley de Ejecución Penitenciaria- y a tono con la regulación precedente, también se excluye a los internos condenados por los *delitos aberrantes* del usufructo de las modalidades comprendidas en el período de prueba del régimen penitenciario: incorporación a un establecimiento abierto o basado en el principio de autodisciplina, salidas transitorias y semilibertad (Art. 15 Ley 24.660). Y para reafirmar la rígida postura de la orientación político-criminal de la reforma, también se excluye a dichos condenados de los derechos de prisión discontinua (Art. 36 Ley 24.660), semidetención (Art. 39 Ley 24.660) y libertad asistida (Art. 54 Ley 24.660), conforme prescripciones del nuevo Art. 56 bis Ley 24.660.

Antes de reflexionar sobre las consecuencias de dichas reformas, no podemos dejar de criticar la terminología utilizada por el legislador en la Ley 25.948, ya que el mismo hace referencia a la exclusión de "*beneficios*" penitenciarios para los destinatarios de la norma, cuando podemos concluir que, de conformidad a los lineamientos de un Estado de Derecho, corresponde hablar de "*derechos*" penitenciarios, dejando de lado la vieja dicotomía entre dichos términos y a la que creíamos superada.

Desde hace tiempo la mejor doctrina penal-penitenciaria es conteste en sostener la naturaleza de "derechos" respecto de determinadas cuestiones surgidas de la relación jurídica Estado-Preso, desde el derecho a la preservación de la integridad física -psíquica

⁵ Puede profundizarse sobre el tema en LASCANO, Carlos J. (h), "*El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892*", *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - N° 9 - 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 153-159.

del privado de libertad durante el encierro hasta las modalidades que permiten su egreso anticipado al medio social en procura de su resocialización.

Por ello, reafirmamos la naturaleza de "derechos penitenciarios" de los institutos excluidos por el legislador respecto de determinados delincuentes, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado. Simplemente, ante la concurrencia de las exigencias legales, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional a acordarlo⁶. Y en ese sentido, el legislador debería haber colaborado para que, desde la norma estatal, el reconocimiento se encuentre plasmado en palabras claras.

3. Algunos aspectos criticables de la reforma de la ejecución penal.

Las Leyes N° 25.892 y N° 25.948 impactan profundamente en el campo del Derecho de la Ejecución Penal y contra principios penales y supraconstitucionales que sirven de bases para nuestro Estado de Derecho.

En este acápite, efectuaremos algunas observaciones a la oferta legislativa, sin que por ello el tema pueda resultar agotado.

3.1. Vulneración del Principio de Progresividad del Régimen Penitenciario.

De la lectura de la Ley Penitenciaria podemos concluir que la ejecución de la pena privativa de la libertad persigue un fin de prevención especial de cara a la reinserción social del condenado (Art. 1 Ley 24.660).

El principio rector de progresividad, receptado en los Arts. 6 y 12 Ley 24.660, establece que en pro de la resocialización del condenado, el Estado deberá utilizar dentro del régimen penitenciario todos los medios necesarios y adecuados a dicha finalidad (entre ellos, el ofrecimiento al penado de un tratamiento interdisciplinario), y que dicho régimen se basará en la progresividad⁷, esto es, que la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos⁸, etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo a su evolución en el régimen (y en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido) y procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados en el principio de autodisciplina y, en su momento, su egreso

⁶ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 715-716.

⁷ Acerca de las características del régimen progresivo, GARCIA BASALO, Juan Carlos, *El régimen penitenciario argentino*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975, pp. 31-32.

⁸ El régimen penitenciario adoptado por nuestra legislación -Ley 24.660- se encuentra fraccionado en cuatro etapas o períodos (Art. 12): Período de Observación, que consiste en un estudio interdisciplinario preliminar del interno por parte del organismo técnico criminológico (Art. 185 Inc. b)) que servirá para formular un diagnóstico y pronóstico criminológicos para determinar la sección del establecimiento en que se lo alojará y el programa de tratamiento a aplicarse, procurando su cooperación en este aspecto (Art. 13); Período de Tratamiento, durante el cual se produce el abordaje terapéutico en busca de asentar y fortalecer el principio de autogobierno en el interno y el respeto por las normas de convivencias sociales (Art. 14); Período de Prueba, comprende sucesivamente para el condenado la incorporación a un establecimiento abierto o a una sección basada en el principio de autodisciplina, la posibilidad de usufructuar de salidas transitorias y el acceso al régimen de semilibertad (Art. 15); y Período de Libertad Condicional, que implica el egreso del condenado del establecimiento penitenciario, gozando una suerte de "libertad bajo condiciones" en razón de las normas de conducta y restricciones que debe cumplir para su conservación, las cuales regirán hasta el cumplimiento total de la pena (Art. 28).

anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.)⁹.

El aumento del presupuesto temporal para la penas perpetuas respecto de la libertad condicional y la exclusión de determinados delincuentes de derechos penitenciarios de egreso importan un significativo desmedro del sistema de ejecución de pena privativa de libertad establecido por la ley, el de la progresividad del régimen penitenciario, más la modalidad excepcional de individualización científica (Arts. 1, 6, 7 y 12 Ley 24.660) -sistema que en su momento representó un avance dentro de los sistemas penitenciarios-, ya que ahora la misma ley priva al condenado del estímulo que representaba esa posibilidad de “diseñar” voluntariamente la forma como cumpliría su encierro y a “interpretar” esa oferta estatal de la “resocialización”, procurando evolucionar positivamente en su tratamiento penitenciario.

Estimamos que la ley y la reglamentación penitenciarias ya contaban con instrumentos de control suficientes para prevenir accesos a egresos anticipados de condenados a penas graves o por delitos que lastiman la sensibilidad social -en caso que ello haya inspirado la reforma-, en la medida que los mismos no hayan alcanzado un pronóstico objetivo y fundado de no reincidencia, a ser valorado jurisdiccionalmente (Arts. 3, 28 y 104 Ley 24.660 respecto de la libertad condicional y Arts. 3, 17 Num IV cc. 104 y 19 Ley 24.660 respecto de salidas anticipadas).

Las variables criminológicas utilizadas por el equipo profesional del establecimiento penitenciario y valoradas por el Tribunal competente de ejecución penal son las que deben otorgar el fundamento del pronóstico favorable de resocialización que permita la reincorporación social del peticionante.

Admitir lo contrario, significaría sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios, posición incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria, de conformidad a pautas supraconstitucionales¹⁰.

3.2. Exclusión de ciertos condenados de la finalidad resocializadora de la ejecución penal.

El Art. 1 Ley 24.660 en consonancia con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados (Art. 75 Inc. 22 C.N. cc. Art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH)¹¹ establece que la finalidad de la ejecución penal será “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”, estableciéndose así cuáles son los objetivos

⁹ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “Los principios rectores de la ejecución penal”, *Pensamiento penal y criminológico*, Año VI, N° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, pp. 114-115. También en *Revista de derecho penal y procesal penal*, N° 12, Agosto 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 1109.

¹⁰ CESANO, José Daniel, “El nuevo régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)”, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2005, p. 323.

¹¹ Sobre el alcance del concepto “readaptación social” de conformidad a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, Cfr. CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997, pp. 112-118.

que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales¹².

La palabra "reinserción" representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad, es favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad¹³, lo que significa que los operadores penitenciarios deben iniciar con la condena un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso y procurar atenuar los efectos negativos de la prisionización¹⁴, permitiendo que la interacción del interno en el establecimiento penal se asemeje lo más posible a la vida en libertad y, en la medida de su ubicación dentro del régimen y tratamiento penitenciarios, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad¹⁵.

La elevación del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de encierro perpetua para acceder a la libertad condicional (Art. 13 C.P.) y la discriminación de condenados por delitos aberrantes a los derechos de libertad condicional y a las modalidades de la etapa de prueba del régimen penitenciario son algunas de las nuevas reglas presentadas por el legislador para enviar un mensaje a la delincuencia grave y a tono con el clamor popular, y más allá de que estemos de acuerdo de combatir dichos crímenes, creemos que ello no debe ser a costa de nuestras garantías constitucionales, sino dentro de una política criminal diseñada según parámetros científicos y no por razones de urgencia o de oportunismo político.

Estas mayores exigencias legales o la supresión lisa y llana a determinados delincuentes para la obtención de derechos penitenciarios, son posturas que implican cercenarles la propuesta de resocialización que debe ofrecer todo Estado de Derecho a las personas privadas de libertad, y nos dejan un sabor de discriminación, ya que dicha aspiración supraconstitucional "*no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respeto de todos los condenados*"¹⁶, afectándose el principio de igualdad (Art. 16 C.N.) y creando una verdadera pena perpetua, incompatible con nuestro sistema constitucional.

Con acierto Lascano (h), señala que frente a esta nueva legislación de emergencia asentada en criterios peligrosistas propios de un Derecho Penal de autor, se está procurando sacar de circulación de por vida a determinados delincuentes, lo que representa un regreso a políticas inocuidadoras, como aquellas que había postulado Von Liszt en su Programa de Marburgo respecto de los delincuentes peligrosos incorregibles:

¹² Compartimos la postura del Tribunal Constitucional español en cuanto a la significación del precepto en el sentido que el mismo debe interpretarse como un mandato del constituyente supranacional al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo alguno (STC 2/1987, Auto TC 486/1985 y Auto TC 1112/1988). En contra parece manifestarse Marcos SALT, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p.177, con Iñaki RIVERA BEIRAS.

¹³ FERNÁNDEZ GARCIA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, Coordinadores Berdugo Gómez de la Torre - Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001, p. 131.

¹⁴ Esto es la repercusión de la subcultura carcelaria y de las condiciones de vida institucional en la personalidad de los penados. Sobre los factores de incidencia e investigaciones realizadas, KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Trad. Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp.119-129.

¹⁵ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *op. cit.*, pp. 117-119 y p. 1110, respectivamente.

¹⁶ DE LA FUENTE, Javier E y SALDUNA, Mariana, *"Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal"*, AA.VV., *Reformas penales*, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 42.

la pena indeterminada. Y el profesor mediterráneo profundiza más aún al sostener que, con esta sanción eliminadora o segregatoria también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena¹⁷.

Así, compartimos la postura de que *“Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir...”*¹⁸, o cual fuere la modalidad de pena privativa de libertad impuesta, ya que *“Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren”*¹⁹.

En su momento y respecto de la cercana realidad española²⁰, habíamos sostenido que determinadas modalidades delictivas no podían *condicionar* la totalidad del sistema penal, procesal penal y penitenciario²¹, en aras de que la pretendida orientación resocializadora propugnada por el constituyente se vea desplazada por *“exigencias preventivo generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad”*²².

Por ello, hacemos nuestras las palabras de Schall-Schreibauer cuando expresan que *“una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”*²³.

3.3. Afectación del Principio de Humanidad de la Pena: previsión de una pena perpetua.

Otro de los principios rectores de la ejecución penitenciaria es el de Humanidad de la Pena, derivado del Art. 18 C.N. en concordancia con los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados con la reforma de 1994 (Arts. 25 y 26 DADDH, Art. 5 DUDH, Art. 5.2 CADH y Art. 10.1 PIDCP) y receptado por los Arts. 3, 2º parte y 9 Ley 24.660, mediante los cuales se pone de resalto la obligación *erga omnes* de respetar la dignidad humana del penado y promover una política penitenciaria humanista

¹⁷ LASCANO, Carlos J. (h), *“El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892”*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - Nº 9 - 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 166-167.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 125.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7º Edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 132.

²⁰ La L.O. 7/2003, conocida como la *“Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”*, modifica los Arts. 76 y 78 del C.P. español estableciendo la elevación del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión y el endurecimiento de las condiciones para el acceso al tercer grado (similar a nuestro régimen de semilibertad) y a la libertad condicional a los reclusos condenados por terrorismo o por crimen organizado.

²¹ GUILLAMONDEGUI, Luis, *“La reforma de la ejecución penal y el tercer grado penitenciario”*, monografía presentada en el Programa de Doctorado *“Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología”*, Director: Francisco Muñoz Conde, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Febrero 2004.

²² GARCIA ALBERO, Ramón-TAMARIT SUMALLA, Josep-María, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 34.

²³ Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *“El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”*, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 710.

que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, estableciéndose la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características²⁴.

Al respecto, representa una relevante cimentación del Estado de Derecho²⁵, lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa V. 856. XXXVIII "Recurso de hecho. Verbitsky, Horacio S/habeas corpus", en relación a la obligación estatal de cumplimentar lo prescripto por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas respecto del tratamiento digno que se debe conceder a toda persona privada de libertad, a la par de exhortar a los poderes políticos a *adecuar* su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal y penitenciaria a los mandamientos constitucionales e internacionales ratificados por nuestro país.

Con los aspectos de la reforma penal analizada, creemos que se han legislado modalidades de ejecución de penas privativas de libertad que atentan contra el Principio de Humanidad de Pena, ya que por un lado pretender que luego de, prácticamente, media vida una persona condenada a pena perpetua pueda reinsertarse en la sociedad nos parece ilusorio; mientras que por otra parte, aprovechándose de una coyuntura social, se haya tipificado *por la ventana* una verdadera *pena perpetua* para determinados delincuentes, la vigencia de ciertos viejos y sabios postulados del Derecho Penal Liberal tienen en nuestro presente su partida de defunción firmada y protocolizada.

Tanto una como otra previsión legal visualizan en la práctica una *pena capital*, ya que el encierro prolongado o a perpetuidad representan una aniquilación física, psíquica, civil y social de la persona, tiñendo de inhumana esta modalidad de ejecución del encierro de contenido segregatorio²⁶.

Cesano, profundiza aún más, y en forma coincidente con De la Fuente y Salduna concluye *"como una apreciación general respecto a todas las exclusiones, producto de la reforma- consideramos que la modificación en cuestión no supera el test de razonabilidad, que viene impuesto por aplicación directa del art. 28 de la Constitución Nacional"* ²⁷. Conforme tal principio, *"las leyes penales, para ser válidas, deben tener una explicación racional. De ello se sigue que si bien el legislador puede hacer diferencias entre situaciones distintas (ej., entre diferentes delitos), ello será lícito y constitucional sólo en la medida en que la distinción resulte "razonable", y por los motivos antes expuestos es más que dudoso que pueda considerarse "razonable" excluir a ciertos condenados, por la*

²⁴ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *op. cit.*, pp. 111-113 y 1107, respectivamente.

²⁵ Así la CSJN, en un pasaje del fallo, recuerda pasos precedentes al sostener: *"...Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, 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 de la comunidad jurídica internacional...(Fallos: 318:2002)".*

²⁶ MAHIQUES, Carlos A., *Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2002, p. 293.

²⁷ CESANO, José Daniel, *"El nuevo régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)"*, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2005, p. 324.

naturaleza del delito, de principios expresamente reconocidos por la Constitución"²⁸. Y la irrazonabilidad se acentúa más cuando se advierte que el legislador previó para todos los casos una conclusión idéntica, a pesar que en ciertos delitos excluidos (Arts. 124 y 165 C.P.) el resultado muerte de la víctima es una consecuencia no buscada intencionalmente por el autor²⁹.

4. La necesidad del control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad: el Juez de Ejecución Penal.

Más allá del olvido casi histórico que significó el tratamiento de la ejecución de la sentencia penal³⁰, hoy debido a la influencia de la normativa supraconstitucional y el aporte de corrientes penológicas, se destaca la importancia de la fase ejecutiva dentro del proceso penal como otra de sus etapas³¹, y representa el verdadero momento de obrar de la jurisdicción³², ya que permite la actuación en concreto del Derecho Penal en busca del reestablecimiento del orden jurídico vulnerado por el delito³³.

Como decíamos, y a pesar de la errónea creencia generalizada de que la participación jurisdiccional termina con el dictado de la sentencia condenatoria, lo real es que a partir de ese momento es cuando comienza lo *"más traumático para el condenado"*³⁴, que es cumplir su condena. Y si la misma se trata de una pena privativa de libertad, resulta más que justificada la continuación y actuación preponderante del Poder Judicial, a través del órgano competente (Tribunal de Sentencia o Juez de Ejecución Penal), puesto que *"Allí donde el Estado ejerce de manera más violenta su poder, confiscando la libertad de un ciudadano, el control jurisdiccional es ineludible"*³⁵, en busca de "equilibrar" la situación de inferioridad en la que se encuentra el "preso"³⁶.

²⁸ DE LA FUENTE, Javier E y SALDUNA, Mariana, *"Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal"*, AA.VV., *Reformas penales*, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 42.

²⁹ CESANO, José Daniel, *op. cit.*, p. 325. En forma coincidente, LASCANO, Carlos J. (h), *"El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892"*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - Nº 9 - 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 166.

³⁰ *"Tradicionalmente...la actuación de los tribunales culminaba con el dictado de la sentencia habida cuenta que su consecuente ejecución competía a órganos administrativos, razón por la cual el derecho penal...se eclipsaba en las puertas de la cárcel..."*, tal lo afirma Jorge KENT, *"La magistratura de ejecución penal"*, LL, 19/05/2004, p. 2. También resulta gráfica la expresión del autor español Manzanera Samaniego cuando afirmaba que la jurisdicción *"se despedía del reo en la puerta del penal"*, citado por TAMARIT SUMALLA y otros, *Curso de derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 293.

³¹ Tal la opinión generalizada, Cfr. AA.VV., *Manual de derecho procesal penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 631.

³² CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, T. III, actualizado por Jorge R. Montero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2001, p. 241. El autor agrega: *"...la función judicial del Estado en el área de la penalidad comienza con la persecución ante los órganos jurisdiccionales y concluye con el cumplimiento de la pena impuesta."*, p. 243.

³³ El maestro Ricardo Núñez enseñaba que el Derecho Penal para realizarse en la práctica necesita del Derecho Procesal Penal y del Derecho de Ejecución Penal, ya que el primero establece *qué es lo que debe hacerse* con el responsable de la comisión del delito, mientras que los últimos expresan *cómo se debe proceder* para hacer efectivo el precepto penal. Así: *"La sentencia penal de condena es sólo declarativa, no ejecutiva. Debe ejecutarse, y esto está a cargo del derecho de ejecución penal...es este derecho el que regula, como etapa final, la efectiva realización del derecho penal"*, NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte General.*, 4º Edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999, p. 18.

³⁴ EDWARDS, Carlos E., *Régimen de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ley 24.660*, Astrea, Buenos Aires, p. 26.

³⁵ CELSI, Leonardo, *Justicia de garantías, de ejecución y ministerio público. Nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense*, con RIQUEART, Marcelo y CISTOLDI, Pablo, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 366.

³⁶ Así, BOVINO al intentar justificar la necesidad del control jurisdiccional de la pena, ha sostenido que ello se debe a *"...la especial situación que se pretende regular. Esta situación se caracteriza por: a) una*

A través de la previsión de órganos jurisdiccionales especializados y de la regulación sustantiva (Ley 24.660) y adjetiva (ordenamientos y reglamentaciones provinciales) de la ejecución penal se procura que la ejecución de la pena se desenvuelva dentro del marco que establece la Ley (tal lo prescripto por el Art. 18 C.N., que recepta el Principio de Legalidad Ejecutiva³⁷, a modo de extensión del Principio de Legalidad) y una mejor garantía al derecho del penado de “recibir un tratamiento humano durante la privación de la libertad” (Art. XXV DADH), respetuoso de la “dignidad inherente al ser humano” (Art. 10.1. PIDCP); y por la misma razón que no deben legislarse penas “cruelles, inhumanas o degradantes” (Art. 5 DUDH), debe asegurarse que la ejecución de las mismas esté exenta de dichas características.

De estas normas superiores y de la inveterada situación de inferioridad del preso respecto de la Administración Penitenciaria se ratifica la necesidad de garantizar el control jurisdiccional en la etapa de ejecución penal³⁸, surgiendo una "novedosa" figura dentro del esquema judicial: el Juez de Ejecución Penal, institución de la que insistimos en su inmediata implementación en todas las provincias³⁹, aprovechando especialmente el actual movimiento de reforma procesal penal de la mayoría de ellas, en procura de un sistema de enjuiciamiento penal cercano al acusatorio.

El Juez de Ejecución Penal es *“un órgano personal judicial especializado, con funciones de vigilancia, decisorias, y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y del control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración Penitenciaria”*⁴⁰.

El Juez de Ejecución Penal, dentro de su competencia derivada de los Arts. 3 y 4 Ley 24.660 -que receptan el Principio de Judicialización de la Ejecución Penal⁴¹-, tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales ratificados por la República Argentina respecto de la ejecución de la pena privativa de libertad, debiendo resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; motivo por el cual representa el instrumento necesario para garantizar un trato humanitario al privado de libertad y

estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de alguno de ellos; b) el peligro constante de afectación de derechos fundamentales, y c) la distancia entre el preso y el poder judicial, que es mucho mayor que la distancia geográfica existente entre la prisión y los tribunales”. Cfr. BOVINO, Alberto, *“Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, ¿ Más derecho ?*, Año I, N° 1, Di Plácido Editor, Buenos Aires, 200, p. 237.

³⁷ Sobre el sentido, alcance y derivaciones del Principio de Legalidad Ejecutiva, GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *“ Los principios rectores de la ejecución penal”*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año VI, N° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, 2005, pp. 108-117; y en la *Revista de derecho penal y procesal penal*, N° 12, Agosto 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1106-1110.

³⁸ AA.VV., *Manual de derecho procesal penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 632.

³⁹ En nuestro país, aparecen en la escena procesal los denominados “Jueces de Ejecución Penal” o de “Ejecución de Sentencias”, primero en el ámbito provincial (Salta, 1986), luego en el federal (1991) y extendiéndose, de a poco, en el resto de las provincias (Buenos Aires, Santa Fé, Mendoza, Chaco, Catamarca, Tierra del Fuego y recientemente en La Rioja), y ya plasmados en textos legales a la espera de su puesta en funcionamiento y en proceso de cobertura de cargos (Córdoba).

⁴⁰ PAZ RUBIO, José M. y Otros, *Legislación Penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1996, p. 259.

⁴¹ Sobre su sentido y alcance, puede consultarse GUILLAMONDEGUI, Luis R., *op. cit.*, pp. 124-129 y pp. 1112-1115, respectivamente.

procurar su resocialización, debiendo dejar sin efecto, a través de los recursos procesales existentes, las normas inferiores a nuestro Carta Magna que atentan contra sus fundamentos y fines (Arts. 28 y 31 C.N.), tales como la legislación de emergencia que hemos analizado⁴².

Así, nuestro recordado maestro Bidart Campos enfatizaba que el *"control de constitucionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto, es un **deber** (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a **todos** los **tribunales del poder judicial**, cuando ejercen su función de administrar justicia"*⁴³.

5. A modo de conclusión.

Creemos que la reforma de ejecución penal impulsada desde sectores políticos es una legislación carente de rigor técnico y apoyada en una política criminal sin bases científicas, en la que primaron pretensiones electorales.

El sistema legal vigente pone en riesgo principios sobre los que se estructura nuestro Estado de Derecho, tales como los de razonabilidad y supremacía constitucional, legalidad ejecutiva, igualdad, culpabilidad y derecho penal de acto, humanidad de la pena, progresividad del régimen penitenciario, resocialización del condenado y seguridad jurídica.

Es muy ilustrativo Lascano (h), y sirve para sintetizar nuestro pensamiento, cuando sostiene *"que al impedirle al condenado recuperar anticipadamente su libertad ambulatoria, mediante el cumplimiento de ciertas exigencias fijadas por la ley, derecho que constituye uno de los pilares de la progresividad del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad, se priva al interno de un importante estímulo para asumir voluntariamente el tratamiento penitenciario y se incurre en una racional limitación de su libertad, transformando a la reclusión y prisión perpetua (a lo que agregamos: "y a los condenados por delitos aberrantes") en sanciones de "por vida", lo que está prohibido por la antropología constitucional de respeto a la dignidad de la persona"*⁴⁴.

No existe razón lógica-científica, para que la preocupación obsesiva por determinadas formas de delincuencia *condicionen* la totalidad del sistema penal-penitenciario.

Seguimos creyendo que las leyes penales, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico.

Y en ese sentido, estimamos que el legislador debe trabajar como un *"hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener*

⁴² En su reciente obra, Zaffaroni, Alagia y Slokar, ya dudan de la constitucionalidad del presupuesto temporal de 35 años como exigencia para la libertad condicional en supuestos de penas perpetuas. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 716.

⁴³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 338.

⁴⁴ LASCANO, Carlos J. (h), *"El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892"*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - Nº 9 - 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 168.

*las que contribuyen a la fuerza del edificio*⁴⁵ -en palabras de Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria, expresadas ya en el siglo XVIII-, procurando siempre las soluciones dentro de los lineamientos que impone un Estado de Derecho.

Y desde el derecho judicial, la implementación de órganos jurisdiccionales especializados en ejecución penal deben colaborar en el control de constitucionalidad de las normas inferiores, garantizando los derechos de las personas privadas de libertad.

Ante situaciones como las presentes, en nuestro país el Profesor Zaffaroni afirma que a los juristas sólo nos queda el “poder del discurso” para hacer frente a los “discursos de emergencia”, y que ello resulta suficiente⁴⁶, resaltando la tarea que le cabe a la dogmática jurídico penal como instrumento garantizador de derechos individuales. Mientras que en viejo mundo, Hassemer reclama una actitud crítica y vigilante⁴⁷ y los Profesores Muñoz Conde y García Arán resaltan que “*Sobre estas bases (en referencia a los principios de intervención mínima, legalidad, culpabilidad y certeza y seguridad jurídica, añadiendo las garantías del proceso penal)...recogidas en las Constituciones... de las sociedades civilizadas democráticas modernas, se debe elaborar el sistema de Derecho Penal del Estado de Derecho, tanto en su Parte General... como en... la Parte Especial...*”⁴⁸.

Con nuestra participación ciudadana y con la dogmática jurídico-penal como instrumento de lucha pacífica en contra de la *perversión* creada por los riesgos sociales presentes, creemos que gran parte de la batalla puede estar ganada.

⁴⁵ *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998, p. 38.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*” en *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 613-620.

⁴⁷ HASSEMER, Winfried, “*Crisis y características del Moderno Derecho Penal*” en *Actualidad Penal* Nº 43 del 28/11/1993, Madrid, p. 643-644.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 94-95.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Manual de derecho procesal penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- BOVINO, Alberto, *"Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos", ¿ Más derecho ?*, Año I, Nº 1, Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000.
- CELSI, Leonardo, *Justicia de garantías, de ejecución y ministerio público. Nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense*, con RIQUERT, Marcelo y CISTOLDI, Pablo, Ediar, Buenos Aires, 2001.
- CESANO, José Daniel, *"El nuevo régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)"*, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2005.
- CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, T. III, actualizado por Jorge R. Montero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2001.
- DE LA FUENTE, Javier E y SALDUNA, Mariana, *"Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal"*, AA.VV., *Reformas penales*, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004.
- EDWARDS, Carlos E., *Régimen de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ley 24.660*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- FERNÁNDEZ GARCIA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, Coordinadores Berdugo Gómez de la Torre - Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001.
- GARCIA ALBERO, Ramón-TAMARIT SUMALLA, Josep-María, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCIA BASALO, Juan Carlos, *El régimen penitenciario argentino*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *"Los principios rectores de la ejecución penal"*, *Pensamiento penal y criminológico*, Año VI, Nº 10, 2005, Mediterránea, Córdoba.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *"Los principios rectores de la ejecución penal"*, *Revista de derecho penal y procesal penal*, Nº 12, Agosto 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- GUILLAMONDEGUI, Luis, *"La reforma de la ejecución penal y el tercer grado penitenciario"*, monografía presentada en el Programa de Doctorado "Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología", Director: Francisco Muñoz Conde, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Febrero 2004.
- GUILLAMONDEGUI, Luis, *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo*, disponible en [http:// www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc](http://www.carlosparma.com.ar/bloomberg.doc).
- GUILLAMONDEGUI, Luis, *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo*, *La Ley Actualidad*, 19 y 21 de Julio de 2005.

- HASSEMER, Winfried, *"Crisis y características del Moderno Derecho Penal"* en *Actualidad Penal* N° 43 del 28/11/1993, Madrid.
- KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Trad. Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- KENT, Jorge, *"La magistratura de ejecución penal"*, LL, 19/05/2004.
- LASCANO, Carlos J. (h), *"El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892"*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V - N° 9 - 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004.
- MAHIQUES, Carlos A., *Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado*, Di Plácido, Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7° Edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte General.*, 4° Edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999.
- PAZ RUBIO, José M. y Otros, *Legislación Penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1996.
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 3° Edición, Colex, Madrid, 2004.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki-SALT, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *"El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos"*, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
- TAMARIT SUMALLA y otros, *Curso de derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *"La creciente legislación penal y los discursos de emergencia"* en *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.