

Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375 (B.O. 28/07/2017)

Por Rubén E. Figari y Hernán D. Herrera

Sumario: § I.- Introducción. § II.- Reinserción social. § III.- Tratamiento. §IV.- Características régimen del progresivo. §V.- Promoción. § VI.- Igualdad y no discriminación. § VII.- Aplicación a los procesados. § VIII.- Derechos de la víctima. § IX.- Periodo de observación. § X.- Recaudos. § XI.- Periodo de tratamiento. § XII.- Trámite § XIII.- Periodo de prueba. § XIV.- Salidas transitorias. § XV.- Requisitos para acceder al régimen de salidas transitorias y de semilibertad. § XVI.- Modalidades § XVII.- Incumplimiento. § XVIII.- Supervisión. § XIX.- Semilibertad. § XX.- Requisitos. §XXI.- Evolución del tratamiento. §XXII.- Periodo de libertad condicional. §XXIII.- Trámite. § XXIV.- Tuición. § XXV.- Competencia. § XXVI.- Revocación. § XXVII.- Prisión discontinua y semidetención. § XXVIII.- Implementación. § XXIX.- Impedimentos al acceso de la libertad asistida. § XXX.- Listado. § XXXI.- Delitos Excluidos. § XXXII.- Derivación. § XXXIII.- Régimen preparatorio para la liberación en los casos previstos en el art. 56 bis. § XXXIV.- Remisión de datos al Renabem. § XXXV.- Traslado de los internos. § XXXVI.- Recepción de visitas, correspondencia y comunicaciones telefónicas. § XXXVII.- Autorización en caso de enfermedad, accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita. § XXXVIII.- Recursos y medios de los establecimientos. § XXXIX.- Reforma al art. 14 del C.P. § XL.- Registro de datos (Renabem). § XLI.- Revisión de la legislación y reglamentación penitenciaria e invitación a la CABA y las provincias para los mismos fines § XLII.- Complementaridad. § XLIII.- Sobre la vigencia temporal de la reforma. § XLIV.- Conclusiones.

§ I.- Introducción.

Solía decir Bidart Campos que la ejecución de la pena no puede conceptuarse como un simple problema de política criminal, en razón de que la Constitución – y a partir de 1994 los Tratados Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la C.N – imponen pautas muy claras y además, porque todo el sistema de Derechos Humanos que contienen la ley suprema y los Tratados prohija estrecha relación con todas la modalidades de cumplimiento de la sanción penal. En ello está sobre el tapete la dignidad personal del delincuente, muchos derechos suyos –por ejemplo el derechos a la

intimidad, a la libertad religiosa, a la vida, a la salud, a casarse, expresar sus ideas, etc.—. “Se comprende fácilmente que el cumplimiento de la condena no provoca solamente una cuestión penitenciaria que, como tal, se recluya en el derecho administrativo; el tribunal cuya sentencia aplica la pena —u otro competente— debe retener o asumir en plenitud el control judicial necesario, tanto a los fines de la eficaz defensa social y de la seguridad, cuanto a los de tutela de la dignidad y los derechos del condenado, y a los de vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, del trato a los reclusos, de su reeducación para la reinserción social, etc.”⁽¹⁾.-

Al hablar de los Tratados Internacionales con respecto a este tema —y que posiblemente su mención se va a reiterar *ut-retro*— no se puede soslayar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece en el art. 25 “todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que su art. 10 indica que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el art. 5 establece — “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.-

Hay otros instrumentos que si bien no tienen una categoría de tratados se han convertido en reglas insoslayables a tener en cuenta: a) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas que establecen: “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles”. b) Los principios básicos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el

¹ BIDART CAMPOS Germán “*Manual de la Constitución reformada*” t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 317.

tratamiento de reclusos expresan que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...”. c) Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. d) La regla 13 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: “No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”. e) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores disponen que “Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – social, educacional, profesional, psicológica, médica y física – que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”. f) Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. g) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes.-

En fin, se trata de la instrumentación mediante tratados y otros documentos donde se plasman principios inherentes a la cuestión relativa a las personas privadas de la libertad en establecimientos erigidos a tales efectos y que deben respetarse por tener carácter operativo – en el caso de los tratados – y en los otros supuestos por cuestiones humanitarias que priman sobre otras de carácter de política criminal.-

Lo que se tratará de ver en una apretada síntesis –pues la reforma es muy extensa– es si se está dando un paso adelante en lo referente a la ejecución de la pena privativa de la libertad o si de lo contrario la cuestión se pone más rígida y por ende se involuciona. Adelantamos nuestra opinión –como se verá en los distintos artículos– que lamentablemente se erige la segunda secuencia.-

La ley 27.375 (B.O 28/07/2017) efectuó varias modificaciones sustanciales a la ley 24.660 (B.O 16/07/1996) referida a la ejecución de la pena privativa de la libertad la

que a su vez recibió modificaciones por los decretos 1058/1997, 1136/1997, 396/1997, 1139/2000, 18/1997 y 72/2006.-

§ II.- Reinserción social.

En efecto el art. 1º dice: *“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”*.-

Al principio la norma guarda identidad con la legislada con el art. 1 de la 24.660 sólo que se altera el orden de las palabras “respetar” y “comprender la ley” y se le agrega la frase “así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta”, asimismo, se agrega la frase “que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto” referido a la sociedad. El último párrafo simplemente altera el orden de las palabras, pero no el concepto.-

Está fuera de discusión que este primer artículo, tanto en su anterior redacción como en la actual, está diseñado con el objetivo de lograr la reinserción social del condenado que en realidad es un principio que tiene un rango constitucional y no es una mera declaración de principios, pues toda la estructura de la ejecución de la pena se basa justamente en este principio. Por otra parte se refleja en el art. 18 de la C.N. –“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella 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...”– los arts. 5º.6 de la CADH –“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados...”– y 10.3 de la PIDCP –“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”–, pactos incluidos en el art. 75 inc. 22 de la C.N..-

Se podría decir que lo que refleja esta primera norma es la piedra angular para la posterior interpretación de todos los preceptos que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad. “Cualquier precepto contenido en las leyes relativas a la

ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo considerado “esencial” (2).-

No obstante, la aceptación de la finalidad resocializadora que tuvo su auge en la década del 70 no ha determinado un concepto con precisión de su contenido y alcance. Por el contrario, la amplia variedad de los sustantivos que se emplean –reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, readaptación social– delata la formulación de la vaguedad del término. Es así que, son varias las cuestiones que el concepto resocializador trae aparejado, pues van desde su ámbito de actuación –teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de la libertad, teoría de la ejecución– hasta la finalidad última –teoría individual o defensa social–. Existen varias teorías en cuanto a la naturaleza del proceso resocializador.-

Para la tesis de la teoría de la socialización, el acto delictivo ejecutado por parte de la persona condenada encuentra su explicación en la deficiente socialización de aquél, de manera que la ejecución de la pena debe aprovecharse para lograr una forma que se denomina “socialización en reemplazo”, que está orientada a corregir esa ausencia o defecto de socialización. Esta hipótesis plantea algunos problemas que se reducen a lo siguiente: más allá que una socialización totalmente conseguida aparece como “antropológicamente imposible” ya que en la realidad se puede demostrar que no son pocos los delincuentes “normales”, sin importantes defectos de socialización. También resulta cuestionable que la institución penitenciaria sea el ámbito adecuado para la alteración de dichos déficits y hay que hacer una distinción entre las carencias de socialización primaria y secundaria y no debe pasarse por alto que una adaptación coactiva en el ámbito penitenciario puede llevar a un proceso de socialización negativa.-

Las teorías mixtas se fundan en dos opciones: la resocialización para la moralidad o para la legalidad. La primera, se basa en que la intervención resocializadora debe estar dirigida a que el individuo internalice criterios valorativos dominantes en la sociedad a la que debe integrarse. Es decir, que sólo regenerado moralmente su inserción tendrá lugar de una manera segura, sin riesgo de la comisión de futuros delitos. Desde luego que esta teoría ha recibido múltiples críticas, básicamente fincadas en la independencia del Derecho y la Moral. La llamada resocialización para la legalidad debe perseguir un fin más modesto de resocialización mínima. Esto también ha merecido sus críticas.-

²ALDERETE LOBO Rubén en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad” Nueva serie, t. 15, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 189.

Ahora bien, si se considera que todas estas teorías tienen sus falencias, la meta resocializadora no sirve para prevenir el delito que obedece a otro tipo de factores que no tienen que ver con los individuales y las condiciones de vida en prisión, son incompatibles con un acertado tratamiento penitenciario, además de erigirse en un factor vulnerante para los derechos individuales de los internos. Esto lleva al siguiente cuestionamiento que consiste en sostener que la resocialización se trata de un mito que está dirigido a ocultar una realidad de intervención penal cada vez mas represiva y que sobre la base del discurso resocializador o terapéutico legitima el castigo. Las críticas contra el ideal resocializador en ningún caso merecen ser consideradas como definitivas y suficientes para el rechazo de la resocialización. “El abandono de la resocialización llevará, por tanto, a una focalización exclusiva de la intervención penitenciaria en los aspectos custodiales y represivos con graves riesgos de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos” (3).-

Pero sí fuera así –un mito– se debe acordar que no se trata de único mito y no por ello se debe abandonar o simplemente soslayar. La vida está llena de mitos o ideales que la sociedad impone como básicos para su existencia y desarrollo, por ejemplo, la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad, el amor, la belleza, etc. que sustentan a la naturaleza humana y el deseo de alcanzarlos para tratar de lograr un mundo mejor, de lo contrario, muerta la esperanza, no queda nada. De allí que, la resocialización como mito no deja de ser una de esas “ideas fuerza” esenciales para el funcionamiento de nuestra sociedad, no obstante, susceptible como la justicia, la libertad o la belleza, de interpretaciones diversas, según el modelo o la ideología social preferida.-

En cuanto a la resocialización, si se asume que es un mito o un ideal, aunque se logre un mínimo saldo positivo en ello, ya constituye un logro. Por otra parte, si se ha dicho que ello se erige en un imperativo constitucional y supralegal, una visión absolutamente pesimista llevaría a revisar estos postulados y por lo tanto, parece absolutamente necesario que presida los objetivos de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y como una obligación impuesta al Estado de posibilitarle al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que facilite su integración a la vida en sociedad, luego de recobrar su libertad.-

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI José “*La resocialización: objetivo de la penitenciaria*” en “Papers D’ Estudis i Formació” num. 12, diciembre 1993. Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; MUÑOZ CONDE Francisco “*La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*” en “*Cuadernos de política criminal*” número 7, España, 1979, ps. 93 y sgtes.

Bien lo señalan De La Fuente - Salduna que a través de la idea de resocialización no se trata de imponer un determinado sistema de valores o un modo de pensar al condenado, transformándolo en un mero objeto despojado de dignidad. Es menester que el condenado debe conservar, pese a su condena, todos los derechos inherentes al ser humano, de modo que hay que reconocer que resulta plenamente libre para tener sus propias convicciones y sistema de valores. “En definitiva, no debe buscarse a través del fin de prevención especial de la pena una especie de “lavado de cerebro” o “tratamiento compulsivo” del condenado, sino algo mucho más moderado”. Desde luego, que dado el principio de progresividad que propone la ley depende no solamente del establecimiento carcelario sino también del condenado un pronóstico de reinserción social. En ese aspecto se habla del “concepto” –el art. 101 establece que “el interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social” y el art. 104 consigna: “la calificación de concepto servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de tareas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto”–.-

Derivado de esto se proponen dos objetivos bien precisos: a) Que el condenado comprenda la obligación y conveniencia de respetar la ley. O sea, que aún cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de la pena se debe procurar que el interno conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad de convivencia social; b) proporcionarle al condenado alternativas superadoras y lícitas de comportamiento lo que conlleva a procurar que la ejecución de la pena contribuya a que el condenado cuente con mayores posibilidades para llevar una vida conforme a derecho. Es manifiestamente de trascendencia que cuando el servicio penitenciario le brinda al interno una capacitación, algún oficio –arts. 114/116 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad–, actividades laborales –art. 106–, educativas –art. 133– complementadas con aquellas que fomenten las relaciones familiares y sociales –art. 168– (4).-

Qué le agrega la frase “así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta”, añadida a comprender y respetar la ley?. Esto implica reflexionar sobre la

⁴ DE LA FUENTE Javier-SALDUNA Mariana “*El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad*” en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 335/337)

gravedad del ilícito cometido y la consiguiente sanción aplicada?. Es un mea culpa?. En realidad no se alcanza a comprender el verdadero sentido de la frase.-

Asimismo, se le adosa a la oración “promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” el párrafo “que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”. Pone, en una forma un tanto imprecisa, en manos de “la sociedad” el control directo e indirecto y vigilancia el cumplimiento efectivo de las penas, lo que implica volver al rótulo del “derecho penal de autor”. También se lo critica porque no se define de qué tipo de control se trataría y eso probablemente deja las puertas abiertas para aplicar cualquier forma de “control social”.-

En este sentido, las reformas introducidas por la ley 27.375 darían cuenta de un cambio de paradigma en materia de resocialización pues se dejan de lado aquellos programas de readaptación mínimos – propios de la resocialización para la legalidad –, disponiéndose la aplicación de programas de readaptación máximos – de resocialización para la moralidad – en los que se exige que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad, a fin de incidir en su conducta y en su personalidad. Esta cuestión no resulta menor, pues la legislación penitenciaria nacional se apartaría de las propuestas formuladas por las corrientes criminológicas que abordan el fenómeno del delito desde ópticas diferentes a la psicológica.-

§ III.- Tratamiento.

El art. 5° especifica: *“El tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso. El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación”*. Se observa que la primera parte del artículo es idéntica al anterior perteneciente a la ley 24.660. Se agrega un último párrafo que dice: *“El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación”*.-

Se ha considerado a esta norma como una de las más importantes de la ley 24.660 y por ende, al no sufrir cambios por la nueva ley, básicamente establece los límites y sentido de la intervención estatal en la aplicación del régimen penitenciario, en su configuración y puesta en marcha de los programas de tratamiento. Se separa el conjunto de actividades que no son obligatorias – las terapéuticas que están diseñadas a colaborar

en el proceso de resocialización – de las que sí lo son ⁽⁵⁾. De esta manera se distingue el conjunto de normas que regulan al régimen penitenciario en todos sus aspectos, del tratamiento de actividades terapéutico - asistenciales que están orientadas a colaborar en el proceso de resocialización del condenado.-

La ley consigna que toda otra actividad que integre al condenado es de carácter voluntario, lo cual implica garantizar la libertad de decisión del interno de aceptarla o rechazarla. Pero esto es relativo, pues la perspectiva de voluntariedad se encuentra en cierta forma jaqueada, pues la aceptación o no está relacionada con el aceleramiento o postergación de su liberación en cuanto a las calificaciones de lo que se denomina “concepto”. El art. 5 es muy específico en cuanto a que el tratamiento de los condenados debe ser programado e individualizado y obligatorio en cuanto a lo que respecta a las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo – el no acatamiento constituye una infracción disciplinaria de acuerdo a los arts. 79, 80, 85 y 110 en función del art. 17 inc. k) del decreto 18/97 – y toda otra actividad – como ya se dijo – es de carácter voluntario.-

El último párrafo determina que este desempeño del condenado que sea de interés respecto a la ejecución de la pena constará en un registro y será informado para su oportuna evaluación.-

Se ha efectuado la crítica que se finca en la insistencia del uso del concepto clínico de internación, calificado como una “tecnología punitiva”. La última frase: “El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación.” El término “relevante” denota ambigüedad y la evaluación y consideración respecto del “desempeño relevante” queda al arbitrio de los operadores del Servicio Penitenciario. Se puede confundir el objetivo propio de la pena con los objetivos del periodo de tratamiento ⁽⁶⁾. Conuerdo con dichas apreciaciones pues provienen de un trabajo serio – en el marco de discusión del proyecto, que luego se convierte en ley – de investigación de campo y no solamente de especulaciones teóricas.-

§ IV.- Características del régimen progresivo.

⁵ SALT Marcos “*Los Derechos fundamentales de los reclusos en la Argentina*” en RIVERA BEIRAS Iñaki - SALT Marcos “*Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*” 1ª reimpresión, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 226/231.

⁶ Dictamen elaborado por el Área Cárceles de la Asociación Pensamiento Penal y en el que participaron HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa en “Observaciones y Críticas al Proyecto de Reforma de la ley 24.660” www.pensamientopenal.com.ar

En el art. 6° ha quedado diseñado de la siguiente forma: *“El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”*. La primera parte del artículo no ha recibido cambios y se agrega un último párrafo que dice: *“Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”*.-

Esta normativa es de capital importancia pues se plasma en ella la progresividad como uno de los pilares del régimen penitenciario aplicable en la ejecución de las penas privativas de la libertad. Marca su principal característica la posibilidad de menguar en forma paulatina las condiciones del encierro o su intensidad que deriva del cumplimiento por parte del interno de determinados requisitos, más o menos objetivos, que culminan con la libertad plena del condenado.-

El término “progresivo” – escalonado, paulatino, gradual – da la pauta reglamentaria de los principios constitucionales y trasnacionales de la resocialización como finalidad de la ejecución de la pena y sus aspectos característicos están dados por: a) División de tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes – por ej, cambio de lugar de alojamiento, distintos regímenes de vigilancia, mayor posibilidad de contacto con el mundo exterior, posibilidad de salidas transitorias, distinto régimen de trabajo, etc. –; b) Un sistema de avance del retroceso de los internos por las distintas fases, ya sea por criterios objetivos – el tiempo –, o valoraciones sobre la evolución de la personalidad del condenado que revela un avance hacia el proceso de resocialización; c) Un periodo de cumplimiento de la pena en libertad antes de su agotamiento, bajo algún tipo de condiciones. Faltando algunos de estos requisitos no habrá régimen progresivo ⁽⁷⁾.-

⁷ GARCIA BASALO Juan *“El régimen penitenciario argentino”* Ed. Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975, p. 32 citado por D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) *“Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”* 2ª edición actualizada y ampliada, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 1256.

Posteriormente se verá que el art. 12 establece que el régimen penitenciario contiene cuatro periodos – observación, tratamiento, prueba y libertad condicional – los cuales representan elementos de evaluación para que los internos lleguen a experimentar situaciones menos rigurosas del encierro con lo que se pueden alcanzar las salidas periódicas contempladas en el art. 16, previo a la concesión de la libertad condicional (art. 28 y 13 del C.P) o la libertad asistida (art. 54).-

Se debe coincidir con Salt en que en términos generales esta disposición consagra el principio “pro régimen abierto” basado en la idea de la mínima intervención o mínima afectación de la ejecución y que debe influir como criterio de interpretación sobre clasificación y ubicación de los internos ⁽⁸⁾.-

Se ha agregado un último párrafo que condiciona el régimen de progresividad a la comprensión y activa participación del interno, considerando que la ausencia de la misma se considerará un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda. Esto implica la falta de comprensión del interno en cuanto a las reglas impuestas, ya sea disciplinarias, de trabajo o también las voluntarias y se erigirán en una valla para la progresividad del cumplimiento de la pena.-

§V.- Promoción.

Artículo 7º: *“Las decisiones operativas para el desarrollo de la progresividad del régimen penitenciario, reunidos todos los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, serán tomadas por: I. El responsable del organismo técnico-criminológico del establecimiento, en lo concerniente al período de observación, planificación del tratamiento, su verificación y su actualización; II. El director del establecimiento en el avance del interno en la progresividad o su eventual retroceso, en los periodos de tratamiento y de prueba; III. El director general de régimen correccional, cuando proceda el traslado del interno a otro establecimiento de su jurisdicción; IV. El juez de ejecución o competente en los siguientes casos: a) Cuando proceda el traslado del interno a un establecimiento de otra jurisdicción; b) Cuando el interno se encontrare en el período de prueba y deba resolverse la incorporación, suspensión o revocación de: 1. Salidas transitorias; 2. Régimen de semilibertad; 3. Cuando corresponda la incorporación al periodo de libertad condicional. c) Cuando, excepcionalmente, el condenado pudiera ser promovido a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor*

⁸ SALT Marcos (ob. cit. p. 234)

se adecúe a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos. Esta resolución deberá ser fundada”.-

En realidad este artículo determina en forma detallada quienes son los encargados de evaluar la actitud del interno camino a la progresividad. En primer término, le corresponde al responsable del organismo técnico-criminológico del establecimiento, luego al director del mismo, el que se atenderá al informe que presente el anterior funcionario y finalmente le compete actuar al juez de ejecución en los casos que la misma norma describe.-

La principal crítica que se hace a esta redacción consiste en que el juez recién entiende para decidir sobre cuestiones relativas al periodo de prueba, salidas y libertad condicional. a) Cuando proceda el traslado del interno a un establecimiento de otra jurisdicción; b) Cuando el interno se encontrare en el período de prueba y deba resolverse la incorporación, suspensión o revocación de: 1. Salidas transitorias; 2. Régimen de semilibertad; 3. Cuando corresponda la incorporación al periodo de libertad condicional. c) Cuando, excepcionalmente, el condenado pudiera ser promovido a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecúe a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos. Esta resolución deberá ser fundada. Todo lo anterior, queda a exclusivo cargo del Servicio Penitenciario, con lo cual se dejan de lado las garantías del proceso penal – como el derecho al recurso y al control judicial – que se extienden a la etapa de la ejecución de la condena (⁹).-

Lo cierto es que la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria, no debe parecerse a la de un invitado de piedra, sino que debe transformarse en un instrumento eficaz para acercar la justicia a los privados del libertad, de allí que los diversos momentos de la ejecución privativa de la libertad deben encontrarse sujetos al “permanente control judicial”, conforme a lo establecido por el propio art. 3 de la Ley 24.660, que a su vez se encuentra consagrado y fortalecido por la C.S.J.N. en el precedente “Romero Cacharane” (2004), tras lo cual no quedan margen de dudas acerca de que cualquier circunstancia que pueda incidir cualitativa o cuantitativamente en la ejecución de la pena habilita la intervención jurisdiccional. Asimismo, cabe referir que resulta inexorable integrar de modo adecuado la justicia de ejecución penal prácticamente en todo nuestro país, atento la escasez de juzgados

⁹ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

especializados en esta temática y su consabida interdisciplinariedad implementada por la ley 26.813, modificatoria de la ley 24.660.-

En este sentido, coincidimos con la doctrina que refiere que “la presencia de un órgano judicial en la prisión no es algo que pueda cuestionarse por razones de operatividad” ⁽¹⁰⁾, por el contrario su fundamentación constitucional no permite otras alternativas, y respecto a este tópico el debate debe situarse, en la forma de hacer compatible las necesidades del régimen penitenciario con las del control judicial.

Al decir de Mafelli Caffarena - Alderete, “todas aquellas decisiones que implican la modificación sustancial de los aspectos cualitativos de la sanción penal, sin dudas, deben estar incluidas dentro de las facultades jurisdiccionales del órgano de ejecución. El avance y retroceso de los internos por los distintos períodos de atenuación de las condiciones de encierro, la concesión de salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad condicional; la sustitución de la pena por trabajos comunitarios, la revisión de sanciones disciplinarias, el contralor de las condiciones de detención y los traslados de internos de un establecimiento a otro, en tanto resultan ser cuestiones que afectan de manera directa el aspecto cualitativo de la pena, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional. Así entendida, la judicialización del proceso de ejecución no sólo implica la creación de mecanismos procesales para el control de la ejecución de la condena, sino también permitir que el interno pueda defenderse cuando la pena de prisión no se ejecute de acuerdo a su finalidad constitucional. Es el juez de ejecución, en consecuencia, quien debe actuar como *defensor* de los derechos fundamentales de todos los internos y de la Constitución Nacional, haciendo respetar las finalidades allí enunciadas y actuando también, en su caso, como órgano administrativo titular de iniciativas frente a la administración penitenciaria” ⁽¹¹⁾.-

§ VI.- Igualdad y no discriminación.

El art. 8° dice: “*Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley*”. La primera parte del artículo no registra cambio alguno con respecto a la

¹⁰ MAPELLI CAFFERANA Borja - ALDERETE LOBO Rubén, *Manual Regional de buenas prácticas Penitenciarias*, Ed. Programa EUROsociAL, Madrid, España, 2015, p. 83.

¹¹ MAPELLI CAFFERANA Borja - ALDERETE LOBO Rubén (ob. cit., p. 85 y sgtes).

anterior redacción. Se agrega el último párrafo que aclara que: “Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley”.-

El principio de igualdad no admite ninguna discusión pues está contenido en el art. 16 de la C.N. y en los tratados internacionales contenidos en el art. 75 inc. 22 de la C.N. En principio, el alcance de la norma cederá ante cualquier alternativa que resulte del tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y al resto de las disposiciones de la presente ley.-

Se ha objetado el último párrafo agregado a la norma, considerando que la desigualdad se establece en la misma norma que prevé dicho principio y se justifican de esta manera las arbitrarias diferencias que la propia ley prevé –requisitos para acceder a institutos liberatorios distintos en función del delito contra requisitos iguales para todos sin distinción por el delito– (12).-

§ VII.- Aplicación a los procesados.

Artículo 11: *“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”*. Esta norma no ha recibido mayores innovaciones salvo la supresión de la mención al art. 7, pues el mismo ha cambiado de texto.-

Claramente, se deja expresamente consolidado que la ley no sólo será aplicable a los condenados sino también a los procesados, en la medida en que las mismas normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar la personalidad del procesado. Según Alderete Lobo una de las prohibiciones que corre mayor riesgo a partir de la aplicación igualitaria ley 24.660 – idéntico texto de la actual – es el impedimento constitucional de alojar personas condenadas junto con personas procesadas (art. 5°.4° CADH). Y ello es de esa manera, por cuanto al tratar de la misma forma a unos y a otros, puede generar que la clasificación produzca el natural alojamiento conjunto de reclusos que están en diferente condición procesal (13).-

Y la cuestión no se agota en la arista normativa sino que se extiende a la faz práctica, pues esta situación trae aparejada la sobrepoblación carcelaria, muy propia de nuestro país y de varios otros del continente – téngase en cuenta que aproximadamente

¹² HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

¹³ ALDERETE LOBO Rubén en ZAFFARONI Eugenio (dirección)- DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit., t. 15, p. 214)

un setenta por ciento o más de los internos en las cárceles no tienen condena –. De modo que el hacinamiento impide la clasificación por categorías.-

Refiere Salt que “la sobrepoblación es una de las principales causas del deterioro de las condiciones de encierro y, al mismo tiempo, es el signo o indicador más fácil de comprobar el incumplimiento de la garantía por parte de los Estados. Una vez establecidos los cupos de los distintos establecimientos de acuerdo a los estándares aceptados como condiciones mínimas, el alojamiento de mayor cantidad de internos significará siempre una agravación de las condiciones de encierro admitida por el Estado en las estadísticas penitenciarias. Evitar la sobrepoblación carcelaria como factor generador de condiciones inadecuadas en el ámbito carcelario es imperativo en un Estado de Derecho. Es una consecuencia lógica de la obligación del Estado de brindar condiciones carcelarias dignas y evitar que el encierro se traduzca en una pena inhumana o degradante ⁽¹⁴⁾.-

Se menciona que el decr. 303/96, modificado por el decr. 1.464/2007, ha regulado, en base a este art. 11, la posibilidad de que toda persona sujeta al régimen de prisión preventiva sea incorporada voluntariamente al régimen de ejecución de las penas (art. 35 decr. 303/96), es decir, luego de cumplir ciertos requisitos que determina el artículo, acepta ser tratado como condenado no obstante no haberse dictado sentencia firme en su contra. Y los argumentos por los cuales esto es aceptado, se sustentan en razones de equidad – art. 24 del C.P. – en el sentido que la prisión preventiva se contabiliza a los efectos del cumplimiento de la pena. Todo ello, debe ser atendido por el juez de la causa, no por el juez de ejecución.-

§ VIII.- Derechos de la víctima.

Artículo 11 bis: *“La víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal,*

¹⁴ SALT Marcos (ob. cit. p. 218)

proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. Incurrirá en falta grave el juez que incumpliere las obligaciones establecidas en este artículo". Este nuevo artículo se condice con las modificaciones impuestas por la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos – 27.372 – en su art. 12 y la modificación al C.P.P.N. en su art. 496 ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.-

La ley 27.372 otorga un protagonismo a la víctima en todo el proceso penal desde el momento de efectuarse la denuncia hasta incluso su participación en la ejecución de la pena privativa de la libertad. De modo que el art. 11 bis. de la ley recoge estos parámetros al extremo que el tribunal al momento del dictado de sentencia condenatoria deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de las salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida o régimen preparatorio para la liberación. A tales efectos la víctima deberá fijar un domicilio, designar un representante legal, proponer peritos y la norma culmina con la admonición para el juez que no cumpliera con obligaciones dispuestas en la norma, de la incursión en falta grave.-

Como se ha manifestado en el trabajo mencionado en la nota 16 es de presumir, que en los casos de delitos graves, la víctima se opondrá a que el condenado obtenga algunos de los beneficios que se mencionan en el art. 11 bis bajo el popular lema "que se pudra en la cárcel". Por ello, las objeciones que se puedan esgrimir deben ser fundadas, razonables y atendibles, valoradas convenientemente por el juez de ejecución y no basadas en un mero capricho de venganza, vulnerando de esa manera derechos que le asisten al condenado y que están demarcados en el Código Penal y en los Tratados Internacionales acogidos por el art. 75 inc. 22 de la C.N.-

§ IX.- Periodo de observación.

El art. 13 dice: *"El período de observación consiste en el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos. Comenzará con la recepción del testimonio de sentencia en el*

¹⁵ Art. 496 C.P.P.N.: "Sin que esto importe suspensión de la pena, el tribunal de ejecución podrá autorizar las salidas transitorias permitidas por Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. La víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, será informada de la iniciación del trámite y sus necesidades deberán ser evaluadas. Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad".

¹⁶ Ver FIGARI Rubén "*Somero análisis de la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (LEY 27.372)*" en www.pensamientopenal.com.ar, elDial.com - DC23C9; www.terragnijurista.com.ar; y Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La Ley. año VII, número 9 octubre 2017.

organismo técnico-criminológico, el que deberá expedirse dentro de los treinta (30) días. Recabando la cooperación del interno, el equipo interdisciplinario confeccionará la historia criminológica. Durante el período de observación el organismo técnico-criminológico tendrá a su cargo: a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico; todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado; b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento, a los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes; c) Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado; d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester”. La primera parte de la norma ha recibido algunas modificaciones en cuanto al definir en qué consiste el periodo de observación y cómo se debe administrativamente asentarlo en los registros. Luego las funciones que deban desplegar son idénticas al texto de la ley anterior.-

La norma define al periodo de observación como el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación de un diagnóstico y pronóstico criminológico.-

En este periodo – de treinta días – deben realizarse todos los estudios necesarios para lograr la programación e individualización del tratamiento y comienza con la recepción de los testimonios de la sentencia condenatoria y a partir de allí se confecciona la historia criminológica del interno para lo cual se requiere la colaboración del mismo. Durante este periodo de observación el organismo tendrá las siguientes tareas: a) El primer paso consiste en la realización de estudio interdisciplinario médico-psicológico-social a los fines de determinar el diagnóstico y el perfil criminológico del interno lo deberá asentarse en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada la que deberá ser constantemente actualizada durante todo transcurso de la ejecución y en la que constará los avances o retrocesos que surgen como consecuencia de dicho periodo de observación. Para todo ello es necesario el punto b) que consiste en la cooperación del interno para proyectar y desarrollar el tratamiento. Se ha criticado que la decisión se adopta sobre la base de criterios de difícil control judicial –“diagnóstico” y pronóstico criminológico– que pueden dar lugar a la arbitrariedad de la administración y limitan el

derecho de defensa, no obstante está previsto en forma expresa la participación del condenado al momento de proyectar el tratamiento ⁽¹⁷⁾

En el punto c) el organismo técnico-criminológico deberá indicar el periodo y fase de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado. Se ha dicho que aquí existe un error de técnica legislativa, pues el único periodo que puede ser dividido en fases es el de tratamiento, de modo que la autoridad administrativa sólo podrá disponer la incorporación del condenado a cualquier fase del periodo del tratamiento pero no su inclusión directa en el periodo de prueba. De acuerdo al art. 7 del decr. 396/21 en cuanto dispone que la propuesta de incorporación al finalizar el periodo de observación, debe referirse a una fase del periodo de tratamiento ⁽¹⁸⁾.-

El inciso d) determina el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y actualizarlo si así fuera necesario. En realidad este plazo está determinado en el primer párrafo del artículo pues el periodo de observación no puede exceder de treinta días a partir de la recepción del testimonio de la sentencia y del cómputo de la pena en el servicio criminológico – art. 7 decr. 396/99 –, no obstante es sabido que la práctica existen varios casos de demora y retrasos debido a problemas burocráticos y de sobrepoblación.-

Sobre este tópico, debemos explicitar que resulta cuestionable el mantenimiento de cierta terminología proveniente del positivismo biologicista, ya que en este artículo se refiere al “estudio médico-psicológico-social del interno”, que se corresponde con dicha corriente criminológica la cual evidentemente no ha sido eliminada de la ley de ejecución penal, y pareciera que las reformas introducidas por la ley 27.375 corroboran algunos de sus postulados arraigadamente punitivistas.

§ X.- Recaudos.

El art. 13 bis consigna: *“A los efectos de dar cumplimiento a los recaudos del artículo anterior se procederá de la siguiente manera: 1) Todo condenado será trasladado a un centro de observación en un término de cuarenta y ocho (48) horas de notificada la sentencia firme en la unidad penal. 2) La unidad de servicio judicial del establecimiento penitenciario de que se trate, iniciará un expediente adjuntando copia de la sentencia, planilla de concepto, conducta, informe de antecedentes judiciales, de*

¹⁷ SALT Marcos (ob. cit. ps. 235/236)

¹⁸ PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 257) citando a LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo “Análisis del régimen de ejecución penal” Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p 92

evolución en el régimen y en el tratamiento, si los hubiera, y el estudio médico correspondiente. 3) Dicho expediente completo y así confeccionado será remitido al organismo técnico-criminológico a fin de dar cumplimiento a la totalidad de las previsiones previstas para dicho período. 4) El informe del organismo técnico-criminológico deberá indicar específicamente los factores que inciden en la producción de la conducta criminal y las modificaciones a lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario. 5) Cumplimentados los incisos anteriores el expediente será remitido a la dirección del penal que lo derivará a la unidad de tratamiento la que, conforme las indicaciones emanadas por el organismo técnico-criminológico y previa evaluación de la necesidad de intervención de cada unidad del establecimiento, hará las derivaciones correspondientes. En todos los casos los responsables de las unidades que hayan sido indicados para la realización del tratamiento penitenciario, deberán emitir un informe pormenorizado acerca de la evolución del interno. Dicho informe será elaborado cada treinta (30) días y elevado al Consejo Correccional, debiendo ser archivado en el mismo para su consulta. Cuando el interno, por un ingreso anterior como condenado en el Servicio Penitenciario Federal, ya tuviere historia criminológica, ésta deberá ser remitida de inmediato al organismo técnico-criminológico del establecimiento en que aquél se encuentre alojado durante el período de observación, para su incorporación como antecedente de los estudios interdisciplinarios a realizarse”.-

Esta norma se agrega en carácter complementario de la anterior y especifica todos los pasos que deben seguirse a partir del ingreso del interno al centro de observación durante 48 hs. una vez dictada la sentencia de condena, pero parece ser que no queda muy claro qué debe entenderse por “centro de observación” pues existe el módulo de ingreso donde se puede estar un mes que es el máximo del periodo de observación. De modo que no queda claro qué diferencia existe entre ambos. Por otra parte el inc. 4 hace referencia a las modificaciones que se deben lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario. Esto podría conllevar una crítica en cuanto a que podría afectar al principio de reserva y consagrar el derecho penal de autor.-

De otro costado, el inciso 5 del art. 13 bis, establece que las unidades o áreas penitenciarias deben elaborar informes cada treinta días acerca de la evolución del tratamiento diagramado para el interno a fin de su evaluación, si bien dicha disposición resulta loable, lo cierto es que advertimos que resultará muy difícil que dichos informes se puedan llevar a cabo adecuadamente en la práctica debido a la sobrepoblación

carcelaria existente y la escasez de recursos con que cuenta la administración penitenciaria (19).-

§ XI.- Periodo de tratamiento.

El art 14 establece: *“En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. El período de tratamiento será progresivo y tendrá por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades. El periodo de tratamiento se desarrollará en tres (3) etapas o fases: Fase 1. Socialización. Consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico-criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos. Fase 2. Consolidación. Se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor. Para ser incorporado a esta fase el interno deberá reunir los requisitos y haber alcanzado los objetivos siguientes: a) Poseer conducta Buena cinco y concepto Bueno cinco; b) No registrar sanciones medias o graves en el último periodo calificado; c) Trabajar con regularidad; d) Estar cumpliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento; e) Mantener el orden y la adecuada convivencia; f) Demostrar hábitos de higiene en su persona, en su alojamiento y en los lugares de uso compartido; g) Contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del director del establecimiento. Fase 3. Confianza. Consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento. Para acceder a esta fase de*

¹⁹ JIMÉNEZ María - MANSILLA Matías *“La mentada progresividad del régimen penitenciario ¿En qué consiste la ejecución de la pena privativa de libertad?”*, publicado el 25/10/2017 en la Revista Jurídica *El Dial.com*, DC2420, Biblioteca Jurídica On line, Editorial Albrematica S.A., Buenos Aires, 2017.

tratamiento deberá poseer en el último trimestre conducta Muy Buena siete y concepto Bueno seis y darse pleno cumplimiento a los incisos b), c), d), e), f) y g) previstos para la incorporación a la fase 2. El ingreso a esta fase podrá comportar para el interno condenado: a) La carencia de vigilancia directa y permanente en el trabajo que realice dentro de los límites del establecimiento, y/o en terrenos o instalaciones anexos a éste. b) Realizar tareas en forma individual o grupal con discreta supervisión en zona debidamente delimitada. c) Alojamiento en sector independiente y separado del destinado a internos que se encuentran en otras fases del período de tratamiento. d) Ampliación del régimen de visitas. e) Recreación en ambiente acorde con la confianza alcanzada”.-

El periodo de tratamiento se ha fraccionado entre fases denominadas socialización, consolidación y confianza social que en realidad devienen del decreto 396/99 a partir del art. 14 y que las van detallando incluso con calificaciones en los arts. 15/25 remitiéndome para ello al mismo decreto para evitar repeticiones innecesarias. Quizás lo objetable resulta en cuanto a que la división de las fases es discrecional por parte del establecimiento “en la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento” dice la norma. Por ende la pregunta que surge es: qué pasa si no se realiza la división en fases y cómo se llegaría al periodo de prueba sin las calificaciones correspondientes.-

§ XII.- Trámite.

El art 14 bis expresa: “El ingreso a las diversas fases aludidas en el artículo precedente, deberá ser propuesto por el organismo técnico-criminológico. El Consejo Correccional, previa evaluación de dicha propuesta, emitirá dictamen por escrito. Producido el dictamen, el director del establecimiento deberá resolver en forma fundada. Dispuesta la incorporación del interno en la fase 3, la dirección del establecimiento, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas remitirá las comunicaciones respectivas al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico. En caso de que el interno dejare de reunir alguna de las condiciones selectivas o cometa infracción disciplinaria grave o las mismas sean reiteradas, el director, recibida la información, procederá a la suspensión preventiva de los beneficios acordados en la fase 3, debiendo girar los antecedentes al Consejo Correccional, quien en un plazo no mayor a cinco (5) días, propondrá a qué fase o sección del establecimiento se lo incorporará, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico”.-

Según esta disposición agregada a la ley, el ingreso a las distintas fases queda supeditado a la evaluación del organismo técnico-criminológico y el consejo correccional evaluará la propuesta y posteriormente emitirá un dictamen el que pasará al director del establecimiento para su resolución fundada. Esto es, que queda en manos de éste la resolución del pase a la otra fase, sin intervención judicial. Recién después de transcurrido el término de 48hs y dispuesto el pase del interno a la fase tres por parte del director del establecimiento se remiten las comunicaciones al juez de ejecución y el organismo técnico-criminológico. En el supuesto que el condenado cometa alguna infracción o deje de reunir las condiciones selectivas se suspenderá en forma preventiva los beneficios de la fase 3 por parte del director quien girará los antecedentes al Consejo Correccional el que en un plazo no mayor de cinco días propondrá en qué fase o sección se lo incorporará y posteriormente se hará la comunicación al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico. Todo este trámite implica que las decisiones que tomen al respecto se concentran en el director del establecimiento y que el juez y el organismo técnico-criminológico sólo son informados de las decisiones que toma aquel funcionario administrativo. Esto es objetable por cuanto se concentran las facultades decisorias en este funcionario sin intervención judicial, o mejor dicho, el juez de ejecución sólo recibe una comunicación ante un hecho consumado. Se advierte en todos estos procesos que la supervisión judicial queda en un segundo plano.-

§ XIII.- Periodo de prueba.

El art. 15 dice: *“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 artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años; c) Accesoria del artículo 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". Este artículo se amplía en su extensión aunque en realidad se incorporan dispositivos del decreto 396/99.-

Este periodo de prueba en realidad está regido por un principio de autodisciplina y el periodo de evolución será examinado ya en el plano real a través de una interrelación directa con el medio libre. Es evidente que en este estadio se produce una atenuación de las condiciones de encierro carcelarias y por otra parte se propugna la incorporación gradual del condenado al contexto social mediante la inclusión en regímenes de confianza que permiten aumentar sus relaciones con el exterior para una futura preparación adecuada que conduce a la libertad total ⁽²⁰⁾.-

Según Cesano la palabra "sucesivamente" incluida en la primera parte de la norma ha llevado a concluir que el interno debe transitar necesariamente el orden sucesivo establecido en este dispositivo, o sea que, previo a la obtención de las salidas transitorias o las semilibertad, debe transcurrir un lapso en un establecimiento o sector basado en el principio de autodisciplina, y que la previa inclusión en este período es requisito indispensable para la incorporación a los mencionados regímenes de confianza ⁽²¹⁾. No obstante, se considera que esta interpretación literal de la ley se desvirtuaría en aquellos casos en que, frente a la irregular actividad de la administración, se ajusta judicialmente el régimen progresivo incorporado al condenado en ese período y, al mismo tiempo, a la modalidad de salidas transitorias ⁽²²⁾.-

El primer requisito está dado por el hecho de que la propuesta de ingreso al período de prueba derive de un resultado del período de observación y de la verificación del tratamiento.

El segundo coincide con el art. 27 del Decr. 396/99 y es estar comprendido en los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C.P.: la mitad de la condena – el decreto establece un tercio de la condena – es decir que en este sentido, la reforma es más rigurosa. b) Penas perpetúas sin la accesoria del art. 52 del C.P.: quince años – el decreto consigna doce años –, también aquí la reforma es más rigurosa. c) Accesoria del art. 52 del C.P., cumplida la pena: tres años – el decreto habla de cumplida la pena – pasa lo mismo que en los anteriores casos.-

²⁰ PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 261/262)

²¹ CESANO José "Estudios de Derecho Penitenciario" Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 100, nota 6

²² CORBO Pablo - FUSCO Lorena "Ejecución de la Pena Privativa de la libertad" en D'ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador), (ob. cit. t. III, p 1273).

El tercero consiste en no tener causa abierta u otra condena pendiente – el decreto establece una puntuación en la conducta: “tener en el último trimestre conducta muy buena ocho y concepto muy bueno siete, como mínimo” –.-

El cuarto impone poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar.-

Queda a cargo del director del establecimiento la concesión al ingreso a período de prueba, mediante resolución fundada que será comunicada al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico – el decreto requería dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución favorable del Director del establecimiento –.-

§ XIV.- Salidas transitorias.

El art. 16 habla de los requisitos para las salidas transitorias: “*Las salidas transitorias, según la duración acordada, el motivo que las fundamente y el nivel de confianza que se adopte, podrán ser: I. Por el tiempo: a) Salidas hasta doce (12) horas; b) Salidas hasta veinticuatro (24) horas; c) Salidas, en casos excepcionales, hasta setenta y dos (72) horas. II. Por el motivo: a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; b) Para cursar estudios de educación general básica, media, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente; c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena, III. Por el nivel de confianza: a) Acompañado por un empleado que en ningún caso irá uniformado; b) Confiado a la tuición de un familiar o persona responsable; c) Bajo palabra de honor. En todos los supuestos, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos b) y c) del apartado III, las salidas transitorias serán supervisadas por un profesional del servicio social*”. El texto del presente artículo no difiere del anterior, salvo el agregado del último párrafo.-

Las salidas transitorias tienen como objeto preparar al interno para su regreso al mundo exterior y que el mismo no sea abrupto o repentino, sino gradual para contribuir a la meta primigenia que es la resocialización. Este instrumento está dirigido, por un lado a menguar las consecuencias del encierro y por otro a ser el primer paso real en la preparación del condenado para su reintegro social, afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, realizar actividades educativas o participar en programas específicos de prelibertad ⁽²³⁾.-

²³ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. p. 100)

El art. 28 del decr. 396/99 regula la periodicidad de las salidas transitorias. De ello surge que podrá incrementarse la duración y frecuencia de los egresos en una relación inversamente proporcional al tiempo que le reste al condenado para cumplir la exigencia temporal prevista para la obtención de su libertad anticipada o definitiva. Esto es, que cuanto más lejana se encuentre la fecha de posible libertad, menor tiempo permanecerá el condenado en el medio externo y lo hará más espaciadamente. La ponderación de los horarios y frecuencias de las salidas transitorias, sólo debe realizarse cuando se trata del afianzamiento de los lapsos familiares o sociales, pues en relación a los demás motivos contemplados por la ley, dicha determinación habrá de ser adoptada de acuerdo con la actividad que desarrolle el condenado extramuros ⁽²⁴⁾.-

Con respecto al último párrafo alusivo a que las salidas transitorias serán supervisadas por un profesional del servicio social, se ha considerado que no debe pertenecer al mismo servicio penitenciario para no confundir el rol de controlador y supervisor ⁽²⁵⁾.-

§ XV.- Requisitos para acceder al régimen de salidas transitorias y de semilibertad.

El art. 17 establece: *“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 período 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. III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá meritarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el artículo 102. IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o*

²⁴ Idem (ob. cit. p. 100)

²⁵ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. V. No encontrarse comprendido en los supuestos del artículo 56 bis de la presente ley. VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe”. Esta norma ha recibido una reforma bastante significativa, al extremo que ha cosechado varias críticas.-

Se impone que 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 período de prueba – en la norma anterior se exigía una pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C.P que abarcaba la mitad de la condena –. b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba – penas perpetuas sin la accesorio del art. 52 del C.P: quince años decía la norma anterior –. c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba – accesoria del art. 52 del C.P cumplida la pena: tres años, determinaba el artículo anterior –.

II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente – en este aspecto el requisito no ha cambiado salvo el agregado de “total o parcialmente” –.

III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá meritarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el artículo 102 – el anterior dispositivo requería la posesión de conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación – .

IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, respecto de su

evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado – anteriormente se requería el merecimiento por parte del organismo técnico - criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto a la evolución del interno y respecto también al efecto beneficioso que la salida o régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado –.

V. No encontrarse comprendido en los supuestos del artículo 56 bis de la presente ley ⁽²⁶⁾, norma que se analizará *ut-retro*.

VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo ⁽²⁷⁾, 129 segundo párrafo ⁽²⁸⁾ y 131 ⁽²⁹⁾ del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe.-

La modificación de esta norma ha recibido la justa crítica de los integrantes que participaron en un dictamen elaborado por el Área de cárceles de la Asociación Pensamiento Penal ⁽³⁰⁾ al respecto dicen: “La principal consecuencia en relación con la libertad condicional es que, excepto en los casos de delitos menores a 5 años (en los que la incorporación a las salidas transitorias es contemporánea al periodo de prueba), el acceso a la libertad condicional sería ANTES que las salidas transitorias. Por lo tanto, en

²⁶ 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 artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.

²⁷ El art. 128 tercer párrafo: “...Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”

²⁸ Art. 129 segundo párrafo: “...Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”

²⁹ El art. 131: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, conectare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito con la integridad sexual de la misma”

³⁰ HUNIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob cit. www.pensamientopenal.com.ar)

todas las penas superiores a 5 años, el acceso a la libertad no será de forma gradual. Obsérvese que para el periodo de prueba se requiere el cumplimiento de 2/3 [en realidad el art. 15 estipula la mitad de la condena] de la pena (entre otras exigencias), mismo tiempo que prevé el art. 13 del CP para acceder a la libertad condicional. En efecto, egresaran en libertad condicional sin haber egresado transitoriamente desconociendo de ese modo el carácter progresivo de la ejecución de la pena. Agrega que se debe tener conducta ejemplar diez durante el último año desde que se piden las salidas transitorias y durante al menos 2/3 de la condena debe ser bueno el concepto y la conducta. La consecuencia es que en los casos de condenas altas, las salidas transitorias sean usufructuadas luego de un prolongado tiempo de encierro y en aquellas condenas cortas no se acceda a las salidas transitorias porque su corta duración dificulta alcanzar esa calificación. Elimina la posibilidad de acceder a estos institutos a quienes se encuentren cumpliendo condena por los delitos del art. 56 bis de la ley, reduciendo así en gran medida la cantidad de condenados que podrían lograr su acceso. Agrega a la víctima como parte capaz de proponer “peritos especialistas”. También habilita al condenado/a a proponer perito de parte”. Las observaciones hechas a lo que entonces era un proyecto – que luego se convierte en esta ley – son acertadas pues hay un desfasaje en el texto con la anterior redacción, que si bien no era la optima, por lo menos ya existía doctrina y jurisprudencia a la cual se podía apelar para la correcta aprehensión de su contenido.-

§ XVI.- Modalidades.

El art. 18 expresa: *“El director del establecimiento, por resolución fundada, propondrá al juez de ejecución o juez competente la concesión de las salidas transitorias o del régimen de semilibertad, propiciando en forma concreta: a) El lugar o la distancia máxima a la que el condenado podrá trasladarse. Si debiera pasar la noche fuera del establecimiento, se le exigirá una declaración jurada del sitio preciso donde pernoctará. En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte; b) Las normas que deberá observar, con las restricciones o prohibiciones que se estimen convenientes; c) El nivel de confianza que se adoptará”*. Este precepto no ha recibido mayores cambios salvo la frase: *“En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte”*.-

El régimen de salidas transitorias debe ser propuesto por el director del establecimiento penitenciario mediante una resolución fundada ante el juez de ejecución o el competente para intervenir en estas cuestiones. Ello de acuerdo a lo establecido por

el art. 35 el decreto 396/99. El juez es el que resuelve concediendo o rechazando el beneficio y estableciendo las normas que debe acatar el condenado al régimen de salidas transitorias. La propuesta hecha por el director del establecimiento penitenciario no resulta vinculante para el juez que puede rechazarla en un todo o en parte o también modificarla. Desde luego que esta resolución debe estar motivada y no discrecional, pues son las autoridades del establecimiento penitenciario las que tienen inmediato contacto con el interno y pueden apreciar de primera mano la conducta desempeñada por aquél para obtener o no el régimen de salidas transitorias.-

Se le ha agregado la frase “En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte” a los efectos de controlar que realmente el interno en su salida transitoria o semilibertad se encuentre pernoctando en el lugar que ha juramentado estar.-

§ XVII.- Incumplimiento.

El art. 19 dice: *“Corresponderá al juez de ejecución o juez competente disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, previa recepción de los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento y la verificación del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 17. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. El juez en su resolución indicará las normas que el condenado deberá observar y suspenderá o revocará el beneficio si el incumplimiento de las normas fuere grave o reiterado. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal continuará la intervención prevista en el artículo 56 ter de esta ley. Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”*. En esta norma se han incorporado mayores requisitos en cuanto a los informes, acompañamiento y dispositivos electrónicos.-

Si bien es materia excluyente del juez de ejecución o juez competente disponer de las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, dichas decisiones estarán supeditadas a la recepción de los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del Establecimiento, amén de verificarse el cumplimiento de lo prescripto por el art. 17 de la ley. El informe que se le brinda al juez debe contener

ciertos parámetros de conductas, conceptos y dictámenes criminológicos que van desde el comienzo de ejecución de la pena. El juez tendrá la facultad, en base a todos estos antecedentes a indicar las normas de conductas que deberá observar el condenado y en caso de no cumplirse revocar o suspender el beneficio. Se agrega que en los supuestos de los condenados por los delitos mencionados en la norma – algunos delitos contra la integridad sexual – el interno será acompañado por un empleado del establecimiento carcelario y se le colocará un dispositivo electrónico de control lo cual podrá ser dispensado por decisión judicial contando con un informe favorable del organismo de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Las críticas recaen nuevamente sobre la supremacía de la intervención del establecimiento penitenciario por sobre las decisiones judiciales. Aunque, honesto es reconocerlo que justamente los organismos que intervienen en el establecimiento tienen un contacto más estrecho con el interno en forma cotidiana lo que concede un plus de conocimiento sobre las actitudes de aquél, que el juez de ejecución quien sólo recibe esos informes. Pero, vale la pena también resaltar que dichos informes muchas veces no revelan en forma objetiva las situaciones de los internos que se transmiten al juez, situación que si bien es reconocida, es difícil solución.-

§ XVIII.- Supervisión.

El art. 20 dispone: *“Concedida la autorización judicial, el director del establecimiento quedará facultado para hacer efectivas las salidas transitorias o la semilibertad e informará al juez sobre su cumplimiento. El director deberá disponer la supervisión a cargo de profesionales del servicio social”*. La redacción es similar a la anterior salvo por el cambio de la palabra “podrá” por “deberá” en el último párrafo.-

Esta norma debe interpretarse en el sentido de que a partir de la autorización judicial el director del establecimiento puede hacer efectiva la salida transitoria del interno y en ningún caso debe prescindir de ella. O sea, que no significa que la efectivización de la salida queda bajo el criterio discrecional del director de la unidad, sino que debe acatar la orden judicial y debe mantener informado al juez sobre todas las circunstancias del régimen establecido para poder verificar la continuación, modificación o revocación de las salidas transitorias o las semilibertad ⁽³¹⁾. La supervisión a cargo de los profesionales del servicio social la deberá disponer el director del establecimiento. Anteriormente se consideraba que no se trataba de un control o vigilancia, pues de esa

³¹ PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 273).

manera se contradecía con el principio de autodisciplina en que se basaba la modalidad de salidas transitorias. Pero al suplantar la palabra “podrá” – facultativo – por “deberá” – imperativo – se troca en un verdadero control o vigilancia.-

§ XIX.- Semilibertad.

El art. 23 expresa: “*La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al final de cada jornada laboral. Para ello, deberá tener asegurado, con carácter previo una adecuada ocupación o trabajo, reunir los requisitos del artículo 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del artículo 56 bis*”. El texto varía en el último párrafo que restringe esta posibilidad a las excepciones comprendidas en el art. 56 bis.-

La semilibertad es un instituto que le otorga al interno la posibilidad poder desarrollar extramuros una actividad laboral como si se tratara de un hombre libre y constituye un régimen de confianza que tiene como efecto aminorar el efecto de la institucionalización y prepararlo para una reinserción a la sociedad. Para acceder a ello debe tener asegurado con carácter previo un trabajo u ocupación y que se observan las exigencias del art. 17. Esto debe asociarse con lo establecido por el art. 32 del decreto 396/99 ⁽³²⁾. Pero esta posibilidad está vedada para los casos contemplados en el art. 56 bis., circunstancia que se verá *ut-retro*.-

§ XX.- Requisitos.

El art. 23 bis dice: “*Para la incorporación al régimen de semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate: a) Datos del empleador; b) Naturaleza del trabajo ofrecido; c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas; d) Horario a cumplir; e) Retribución y forma de pago. El asistente social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional*”. Esta es una norma nueva que indica que en la sección de asistencia social deben constar los datos del empleador, naturaleza de trabajo, lugar o

³² Art. 32: “Para la incorporación al Régimen de Semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate: a) Datos del empleador, si correspondiere; b) Naturaleza del trabajo ofrecido c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas; d) Horario a cumplir; e) Retribución y forma de pago, según disposiciones del artículo 122 de la LEY N° 24.660. El Asistente Social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional según lo previsto en el artículo 34, inciso e)”.

espacio físico donde se desarrollan las tareas, horario, retribución de forma de pago. Esto en realidad ya está contemplado en el mencionado art. 32 del decreto 396/99.-

§ XXI.- Evolución del tratamiento.

El art. 27 refiere: *“La verificación y actualización del tratamiento a que se refiere el artículo 13, inciso d), corresponderá al organismo técnico-criminológico y se efectuará, como mínimo, cada seis (6) meses. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, los profesionales del equipo especializado del establecimiento deberán elaborar un informe circunstanciado dando cuenta de la evolución del interno y toda otra circunstancia que pueda resultar relevante”*.-

La primera parte del artículo hace una referencia al art. 13 inc. d) y se hace una verificación y actualización del tratamiento por parte del organismo técnico-criminológico que se realiza con mínimo cada seis meses, lo que implica una verificación dinámica y no estática. Como en otros artículos de la ley – 17, 19 y en el presente – se observa en toda la reforma que se han suplantado los delitos de los arts. 119 segundo y tercer párrafo, 120 y 125 que se modifican por los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131, todos del Código Penal. Francamente, no se comprende ni se fundamenta tal reforma, y el criterio por el cual fueron modificados. En todos los casos se trata de delitos contra la integridad sexual. Salvo la restricción que impone el art. 56 bis. de la presente ley. Mas la sustitución por los arts. 128, 3º párr., 129 2º párr., y 131 no tiene mayor relevancia desde el punto de vista punitivo, pues el primero conlleva una pena que va de un mes a tres años de prisión, el segundo tiene prevista una pena de seis meses a cuatro años de prisión y el tercero, pena de uno a cuatro años de prisión. Penas de corta duración y que seguramente no ameritaran ni siquiera una prisión preventiva, mucho menos una condena con pena privativa de la libertad.-

§ XXII.- Periodo de libertad condicional.

El art. 28 estipula: *“El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del*

Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Con el pedido del interno se abrirá un expediente en el que se deberán consignar: a) Situación legal del peticionante de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena impuesta, su vencimiento, fecha en que podrá acceder a la libertad condicional y los demás antecedentes procesales que obren en su legajo; b) Conducta y concepto que registre desde su incorporación al régimen de ejecución de la pena y de ser posible la calificación del comportamiento durante el proceso; c) Si registrare sanciones disciplinarias, fecha de la infracción cometida, sanción impuesta y su cumplimiento; d) Posición del interno en la progresividad del régimen detallándose la fecha de su incorporación a cada período o fase; e) Informe de la Sección de Asistencia Social sobre la existencia y conveniencia del domicilio propuesto; f) Propuesta fundada del organismo técnico-criminológico, sobre la evolución del tratamiento basada en la historia criminológica actualizada; g) Dictamen del Consejo Correccional respecto de la conveniencia de su otorgamiento, sobre la base de las entrevistas previas de sus miembros con el interno de las que se dejará constancia en el libro de actas. El informe del Consejo Correccional basado en lo dispuesto en el artículo anterior se referirá, por lo menos, a los siguientes aspectos del tratamiento del interno: salud psicofísica; educación y formación profesional; actividad laboral; actividades educativas, culturales y recreativas; relaciones familiares y sociales; aspectos peculiares que presente el caso; sugerencia sobre las normas de conducta que debería observar si fuera concedida la libertad condicional. 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: 1) En el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de

la condena; 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. Con la información reunida por el Consejo Correccional y la opinión fundada del director del establecimiento sobre la procedencia del pedido, éste remitirá lo actuado a consideración del juez de ejecución. El interno será inmediatamente notificado bajo constancia de la elevación de su pedido al juez de ejecución”. La primera parte del precepto es similar al anterior art. 28 modificado por la ley 26.813, salvo en lo concerniente a la sustitución de los arts. 119, 2º y 3º párr., 120 y 125 del C.P. por los arts. 128 3º párr., 129 2º párr. y 131 del C.P.-

Al decir de De la Fuente - Salduna la libertad condicional se erige en la esencia de la etapa final del régimen de progresividad permitiendo al condenado recuperar la libertad antes del vencimiento de la pena, sometiéndose al cumplimiento de determinadas condiciones que establece el art. 13 del C.P.. Con esta liberación anticipada se da como una especie de premio a aquella persona que demostró una evolución satisfactoria en el régimen carcelario y paralelamente se lo incentiva a continuar observando una buena conducta en el ámbito libre, orientado todo ello a la prevención especial. Se ha entendido en forma prácticamente unánime en la doctrina que la libertad condicional no es una simple gracia o beneficio excepcional que se le concede al condenado, sino que una vez cumplidos ciertos parámetros legales se convierte en un derecho que no puede ser negado en forma discrecional por el juez. Por otra parte, el hecho de que cese el régimen carcelario, en el sentido que el interno recupera efectivamente su libertad, forma parte del cumplimiento de la pena porque el cumplimiento de ciertas condiciones o reglas de conducta impuestas, también constituyen penas ⁽³³⁾.-

De acuerdo a lo que dispone el art. 13 del C.P. el condenado para acceder a este derecho primariamente debe cumplir una parte considerable de la pena. Treinta y cinco años para los condenados a reclusión o prisión perpetua, dos tercios de la pena para los condenados a reclusión o prisión por más de tres años y un año de reclusión y ocho meses de prisión para los condenados a reclusión o prisión por tres años o menos observando con regularidad los reglamentos carcelarios – art. 100 de la ley de ejecución penal –. El juez tiene la facultad de comprobar la verdadera entidad de las faltas sin que

³³ DE LA FUENTE Javier-SALDUNA Mariana en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 363)

la opinión de los organismos técnicos resulte vinculante. Aunque el contacto permanente del interno con estos organismos técnicos debe ser oído por el juez quien para apartarse de este tipo de informes debe esgrimir razones valederas.-

Los comentarios más adversos se centran en los siguientes ítems: a) se modifica el Código Penal al establecer más requisitos que los previstos para el otorgamiento de la libertad condicional en el art. 13. b) la dirección del establecimiento carcelario no sería un órgano especializado a los fines de pronosticar la reinserción. c) se agrega la creación de un expediente con “la situación legal de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena, el vencimiento y demás antecedentes procesales; conducta, concepto y calificación del comportamiento durante el proceso; sanciones disciplinarias; posición en el régimen de progresividad; informe de asistencia social sobre el domicilio propuesto; propuesta del organismo técnico criminológico sobre la evaluación del tratamiento; dictamen del Consejo Correccional”. No se propone una forma eficaz de relevar toda esta información en 45 días para así evitar demoras y una burocratización del derecho a la libertad condicional, el que podrá ser frustrado ante las habituales dilaciones en la obtención de dicha información. Ello teniendo en cuenta la desproporción entre la población carcelaria y el personal penitenciario y judicial a cargo. d) establece que el dictamen del Consejo Correccional deberá ser desfavorable: en caso de tener otro proceso penal por nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena; no haber alcanzado la calificación como mínimo buena en el concepto y la conducta, durante los últimos 2/3 de la condena o manifieste conductas que permitan suponer verosímilmente que cometerá nuevos delitos o participará de organizaciones delictivas. Este último punto resulta sumamente discrecional y no tiene ningún sustento científico ni jurídico en el que sostenerse. Por el contrario, acentúa la caracterización de la persona como delincuente – derecho penal de autor – y su estigmatización en contra del principio resocializador⁽³⁴⁾. Todas estas objeciones se patentizan en el contexto de esta norma en un tema tan sensible como la obtención de la libertad condicional que debería regirse básicamente por la ley de fondo y no que ésta se desvirtúe o contravenga principios de aquélla.-

§ XXIII.- Trámite.

El art. 29 bis establece: *“A partir de los cuarenta y cinco (45) días anteriores al plazo establecido en el Código Penal el interno podrá iniciar la tramitación de su pedido de libertad condicional, informando el domicilio que fijará a su egreso”*.

³⁴ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

Esta nueva norma se incorpora en la ley no es otra cosa que la contenida en el artículo 40 del Decr. 396/99, sin el último párrafo: “A partir de los cuarenta y cinco (45) días anteriores al plazo establecido en el Código Penal el interno podrá iniciar la tramitación de su pedido de libertad condicional, informando el domicilio que fijará a su egreso. La firma del interno o la impresión de su dígito pulgar deberán ser autenticadas por la autoridad penitenciaria pertinente”.

§ XXIV.- Tuición.

El art. 31 bis consigna: *“Cada caso será colocado desde su iniciación hasta su cierre bajo la tuición de un asistente social de la institución, responsable de la coordinación y seguimiento de las acciones a emprender, quien actuará junto con un representante del patronato de liberados o, en su caso, con organismos de asistencia post penitenciaria u otros recursos de la comunidad cuya oportuna colaboración deberá solicitar. El Programa de Prelibertad se iniciará con una entrevista del interno con el asistente social designado, quien le notificará, bajo constancia, su incorporación al programa y le informará sobre el propósito del mismo, orientándolo y analizando las cuestiones personales y prácticas que deberá afrontar al egreso, con el objeto de facilitar su reincorporación a la vida familiar y social. A dicha entrevista se invitará a participar al representante del patronato de liberados o de organismos de asistencia post penitenciaria o, en su caso, de otros recursos de la comunidad”.-*

Se establece la tuición de un asistente social del servicio penitenciario en el programa de pre-libertad y la posibilidad de que participen de la entrevista el representante del patronato de liberados, de organismos de asistencia pos-penitenciaria o de otros recursos de la comunidad.-

§ XXV.- Competencia.

El art. 33 dice: *“La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente. En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social. La pena domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal, o cualquier medida sustitutiva o alternativa a cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, será dispuesta por el juez de ejecución o juez competente y supervisada en su ejecución por el patronato de liberados o un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal se requerirá un informe del equipo especializado*

previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”.-

Los informes médicos aludidos por la norma se hacen necesarios pues el juez debe acudir a ellos para poder adoptar una resolución ajustada a derecho y a las circunstancias personales del interno. En el caso de que éste sufra una enfermedad terminal o una discapacidad que no pueda ser tratada en el servicio penitenciario, es de capital importancia tener el informe del cuerpo médico forense o de otro servicio sanitario apto para dichos menesteres. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad. Habilita a la víctima a proponer peritos especialistas para presentar su propio informe pero no establece el valor del mismo, aunque de acuerdo a la ley de protección a las víctimas de los delitos estimo que dado el protagonismo que ha cobrado la misma, debe ser atendida en sus reclamos ponderando acabadamente y con prudencia los mismos.-

Como se advierte, la reforma introducida por la ley 27.375 establece que en los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del CP resultará necesario requerir un informe del equipo especializado para atender esta clase de delitos – contra la integridad sexual – y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, quienes deben evaluar la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. Ahora bien, deja sin efecto el texto anterior en el que se incluía a aquellos delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del C.P., sin tener en cuenta algunos supuestos en los podría concederse la prisión domiciliaria – por ejemplo por razones de salud del penado – si la víctima se emigró al extranjero, falleció o simplemente se mudó de la ciudad donde ocurrió el hecho.

§ XXVI.- Revocación.

El art. 34 expresa: *“El juez de ejecución o juez competente revocará la detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de*

permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida". La primera parte de la norma no recibe modificaciones y se agrega una tercera condición "cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida".-

Originalmente las causales que en forma taxativa daban lugar a la revocación de la prisión domiciliaria eran: a) el egreso injustificado del domicilio fijado por el interno para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad; b) cuando los resultados de la supervisión así lo aconsejen. En el primer caso, es natural que el condenado debe cumplir con la obligación de permanecer en su domicilio y sólo puede ausentarse por razones fundadas que hayan sido tomadas en consideración por el juez, o sea, una autorización previa. Aunque, pueden darse causas de fuerza mayor, por ej. una situación médica de urgencia que por ser tal no ha podido comunicarse en forma previa y compele al traslado urgente del detenido al centro asistencial, lo cual debe acreditarse posteriormente. La segunda causa está referida, por ej. al supuesto en el cual el lugar fijado para el cumplimiento del arresto domiciliario a dejado de ser apto. En dicho caso, antes que el juez resuelva, se podría solicitar un nuevo domicilio, someterlo a verificaciones y consecuentemente, cambiarlo ⁽³⁵⁾. Con la reforma se ha agregado una nueva causal para la revocación de la prisión domiciliaria que consiste en "cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida". Frase bastante indefinida que da lugar a un abanico de posibilidades bastante amplio y que puede implicar algún tipo de medida discrecional, lo cual constituye un elemento que debe utilizarse con suma prudencia y más precisión. "Esta disposición se torna cuestionable en el caso de que el otorgamiento de la prisión domiciliaria se disponga porque la mujer está embarazada o posee un niño menor de cinco años. En estos casos, la separación madre/hijo podría implicar una vulneración a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el interés superior del niño" ⁽³⁶⁾.-

§ XXVII.- Prisión discontinua y semidetención.

El art. 35 dice: *"El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando, no encontrándose incluido en los delitos*

³⁵ PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 290)

³⁶ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

previstos en el artículo 56 bis: a) Se revocare la detención domiciliaria; b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal; c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal; d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia”. Este artículo no ha recibido mayores reformas salvo la exclusión de la prisión discontinua o semidetención por el famoso art. 56 bis y la eliminación del inc. e) que contemplaba el caso de la pena privativa de la libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.-

El supuesto de la prisión discontinua o la semidetención aluden a modalidades de cumplimiento de la pena privativa de la libertad que implican la presencia del condenado en el establecimiento por lapsos alternados y en el otro requiere su permanencia continua en el mismo con el goce de egreso diarios por un término determinado. Se explica que en consideración a que ambos institutos implican un grado de máxima confianza y autodisciplina por parte del interno, al mismo tiempo, no son generados en función del régimen progresivo, no resulta nítida la participación en estos casos del tratamiento de reinserción social. Así el interno cumplirá solamente durante el tiempo en que permanezca intramuros con las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo, entendiéndose a este último como el destinado a cubrir las necesidades mínimas ya sea y orden del lugar de alojamiento (³⁷).-

La principal preeminencia de estas medidas alternativas se finca en que el interno puede mantener sus relaciones familiares y sociales durante los momentos de libertad, lo cual evita separarse de su medio social.-

Las dos modalidades previstas deben ser pedidas por el interesado o en su defecto prestar su consentimiento para que se materialice.-

El inc. a) se refiere a la revocación de la prisión domiciliaria cualquiera sea el motivo por el cual se hubiese otorgado. El inc. b) habla de la conversión de la multa en prisión lo cual trae aparejado la posibilidad que ante el incumplimiento del condenado del pago de la multa fijada en la sentencia, se convierta la pena de multa en prisión – art. 21, párr. 2º del C.P. –. Se ha considerado que ante la dudosa constitucionalidad que implica la conversión en prisión de la pena de multa, y a la naturaleza esencialmente

³⁷ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. ps. 157/158)

retributiva que conllevaría su ejecución, la aplicación de las modalidades alternativas resultan acertadas ⁽³⁸⁾. El inc. c) indica otro de los supuestos de procedencia de la revocación de la condenación condicional – art. 26 del C.P. – por incumplimiento de las reglas de conductas fijadas – art. 27 bis. del C.P. – con lo que se quiere evitar la imposición de prisión efectiva de acuerdo con los fines de prevención especial que rigen en la ejecución de la pena y el principio consagrado de que la prisión resulta la *ultima ratio* ⁽³⁹⁾. Finalmente, el inc. d) prevé que se revoca la libertad condicional dispuesta en el art. 15 del C.P. por haberse quebrantado la obligación de residencia. Se ha considerado que tratándose de un interno que ha alcanzado el último peldaño del régimen progresivo, indicativo de un proceso de reinserción social adecuado, resulta positivo la posibilidad que expone la norma para evitar un nuevo encarcelamiento, aunque el juez debe merituar con suma prudencia las razones del incumplimiento, analizando las prácticas laborales del condenado y la contención familiar ⁽⁴⁰⁾. Se elimina el inc. e) y se deja fuera del sistema de prisión discontinua o semidetención a los casos comprendidos en el art. 56 bis., adelantamos la dudosa constitucionalidad de éste. Respecto a esta última cuestión se ha sostenido acertadamente que: “Tal supresión reduce la posibilidad de aplicación de estos mecanismos – ya de por sí poco usados – que constituyen una alternativa válida que menguan o disminuyen el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, como un medio de tutelar el denominado principio de no marginación, máxime para aquellas situaciones en las cuales por el escaso monto de la pena impuesta la prisión clásica resulta innecesaria y contraproducente. Asimismo se reduce también notablemente la chance de emplear el instituto del trabajo para la comunidad (art. 50 de la ley 24.660) ya que sólo se torna aplicable por la causal prevista en el inciso “b” del artículo 35.” ⁽⁴¹⁾.-

§ XXVIII.- Implementación.

El art. 45 prevé: “*El juez de ejecución o juez competente determinará, en cada caso, mediante resolución fundada, el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente, debiendo asimismo solicitar informes al empleador a fin de evaluar su*

³⁸ Idem. (ob. cit. p. 159)

³⁹ CORBO Pablo - FUSCO Lorena en D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador), (ob. cit. t. III, p. 1293)

⁴⁰ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. p. 160)

⁴¹ JIMÉNEZ María - MANSILLA Matías “*La mentada...*”, (ob. cit. *El Dial.com*, DC2420)

desempeño profesional. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, al implementar la concesión de la prisión discontinua o semidetención, se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe”.

La primera parte del artículo rige como la anterior en el sentido que es el juez quien fija un plan de ejecución de las dos modalidades alternativas, así también como las normas de conductas que el condenado debe observar en la vida libre. En realidad, la ley no enuncia cuáles son dichas pautas por lo que queda a criterio del juez establecer aquéllas que considere conveniente, obviamente, dentro de un criterio de prudencia y razonabilidad. Se podrían utilizar las pautas que se fijan habitualmente para las salidas transitorias. Se le ha agregado otro requisito que debe ejecutar el juez, como es el de solicitar informes al empleador a fin de evaluar su desempeño profesional. Esto se lo ha objetado porque constituye un exceso del poder jurisdiccional pues el juez no tiene facultad para evaluar el desempeño laboral del interno.-

Por lo demás se incorpora el consabido caso de las personas condenadas por los delitos indicados contra la integridad sexual con el acompañamiento de un empleado del servicio penitenciario o la colocación de un dispositivo electrónico, además de la intervención de la víctima, como en otros casos que se han visto.-

§ XXIX.- Impedimentos al acceso de la libertad asistida.

El art. 54 consigna: *“La libertad asistida permitirá al condenado por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre tres (3) meses antes del agotamiento de la pena temporal. En los supuestos comprendidos en el artículo 56 bis se procederá de acuerdo con las disposiciones del 56 quáter. El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida siempre que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen si se encontrare comprendido en las excepciones del artículo 56 bis. El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el*

condenado, la víctima o la sociedad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución”. La libertad asistida está restringida para los casos contenidos en el art. 56 bis y en aquellos supuestos que no tengan la accesoria del art. 52 del C.P.. Por otra parte, el egreso anticipado al medio libre se reduce de seis meses a tres meses antes del agotamiento de la pena temporal.-

La libertad asistida consiste en un beneficio que le permite al interno condenado con pena privativa de la libertad sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del C.P. al que se le agrega los delitos contemplados en el art. 56 bis de esta ley, a egresar del establecimiento penitenciario tres meses antes – antes se establecía seis meses – de la fecha de vencimiento de la pena fijada, como así también para aquellas personas que no pueden obtener la libertad condicional por algún motivo. Se trata, a decir verdad, de una incentivación motivadora para el interno durante el cumplimiento de la pena a fin de que trate de alcanzar objetivos propios del tratamiento penitenciario.-

El trámite consiste en que el juez de ejecución o juez competente, que reciba el pedido de libertad asistida por parte del condenado será informado por el organismo y técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento y podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida en la medida que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. Esta última frase ha recibido algunas críticas, que comparto, en cuanto a que la redacción es confusa en razón de que “el grado de conducta” no se mide en relación al tiempo de detención y además no queda claro quién establece cuál es el grado máximo ⁽⁴²⁾.-

⁴² HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

Otro párrafo que se ha objetado es el del supuesto de que la libertad asistida puede ser denegada por el juez “cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad”. Se ha considerado, ya con la anterior redacción que esta limitación se basaba en un concepto de “peligrosidad” y por consiguiente se lo tachaba de inconstitucional, por su imprecisión y por ser característica del derecho penal de autor y no de acto ⁽⁴³⁾. Aunque también se la defendió por considerársela una elección del legislador en base a un punto de vista política criminal, para establecer el límite a beneficio de la libertad asistida. De La Fuente observa que es común que lo jueces tengan en cuenta para rechazar la libertad asistida, las circunstancias que van más allá de la evolución que el interno haya tenido en el régimen y tratamiento penitenciario, siendo frecuentes los casos en que la denegatoria se finca en los trastornos psicológicos o de personalidad que pueda presentar el interno, la falta de contención familiar o social, las características negativas del homicidio y del medio al que regresará, etc. ⁽⁴⁴⁾.-

Empero, el hecho de tacha de arbitrariedad tampoco es motivo para considerar que el instituto adolezca de requisitos que van más allá de lo temporal pues, como aseveran López - Machado con quienes coincide Pinto, la libertad asistida no puede ser concedida de modo general a partir de una verificación de la exigencia temporal, pues de razonar de dicha forma, la intervención del magistrado no tendría sentido, pues el instituto sería factible de ser regulado de modo directo por la autoridad penitenciaria tal como si se tratara de una agotamiento de la condena ⁽⁴⁵⁾.-

Se propone, para llegar a una solución conciliadora, que la existencia del “grave riesgo” debe elaborarse – ante su imprecisión – a partir de la calificación conceptual del interno, denegándose el acceso al instituto – libertad asistida – a aquellos penados que registren una desfavorable posibilidad de adecuada reinserción social. También esta posibilidad resulta objetable, aunque más armoniosa con lo previsto en el art. 104 de la ley en cuanto dispone que la nota conceptual servirá de base para la concesión de la libertad asistida ⁽⁴⁶⁾.-

⁴³ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. ps. 183/187)

⁴⁴ DE LA FUENTE Javier “*La ejecución de la pena privativa de la libertad. Breve repaso del régimen de proximidad*” en www.derechopenalonline.com.ar

⁴⁵ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. p. 187); PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 299)

⁴⁶ LOPEZ Axel - MACHADO Ricardo (ob. cit. p. 187)

Nuevamente se convoca a la víctima para estos casos quien podrá proponer peritos, de acuerdo al panorama que presenta la ley de los derechos de las víctimas de delitos.-

§ XXX.- Listado.

El art. 54 bis dispone: *“La Dirección Nacional del Servicio Penitenciario remitirá un listado de condenados al patronato de liberados seis (6) meses antes del tiempo mínimo exigible para la concesión de la libertad condicional, libertad asistida o definitiva por agotamiento de la pena, a los efectos de iniciar las tareas de pre egreso”*.-

Este es un artículo nuevo que propone la remisión de un listado de condenados al patronato de liberados con una antelación de seis meses antes de tiempo mínimo del agotamiento de la libertad condicional, libertad asistida o definitiva por agotamiento de la pena a los efectos de realizar la tarea de pre-egreso. Se ha considerado que el aspecto burocrático conspira contra dichas tareas, que el plazo de seis meses es exiguo, que debería haberse extendido a un año y que en el plan de reintegración comunitaria intervengan distintos entes de forma interdisciplinaria que contacten a la persona con anterioridad a su egreso y comiencen a elaborar un plan de integración basado en la obtención de una vivienda y un trabajo, garantizando además acceso a la educación (47). La observación aparece atinada en un contexto de progresividad que preside la resocialización del interno que puede diferirse por meras cuestiones burocráticas muy propias de todo nuestro sistema, no solamente circunscripto al ámbito penitenciario.-

§ XXXI.- Delitos Excluidos.

El art. 56 bis regula: *“No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter*

⁴⁷ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”.-

Si hay un precepto que conspira contra todo lo que se ha postulado en el art. 1º de la presente ley y de la 24.660 con la reforma de la 25.948 es justamente este art. 56 bis que impide otorgar los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: a) todos los homicidios agravados previstos en el art. 80 del C.P. – anteriormente se incluía solamente el contemplado en el art. 80 inc. 7º del C.P. (homicidio *criminis causae*) –; b) delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119 – abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con acceso carnal y agravantes –, 120 – abuso sexual aprovechando la inmadurez de la víctima –, 124 – abuso sexual con resultado de muerte –, 125 – promoción y facilitación de la corrupción y sus agravantes –, 125 bis – promoción y facilitación de la prostitución –, 126 – agravantes del artículo anterior –, 127 – rufianería y agravantes –, 128 primer y segundo párrafos – producción, financiación, divulgación y distribución de material pornográfico y tenencia del mismo material para distribución y comercialización –, y 130 – rapto – del C. P. – anteriormente estaba previsto sólo el caso del art. 124 –; c) privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, antepenúltimo párrafo – idéntico texto al anterior –, del C.P.; d) tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2 – no previsto en el anterior texto –, del C.P.; e) delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo – robo agravado por homicidio y robo con arma de fuego – del C. P. – el segundo caso no estaba contemplado en la anterior redacción –; f) secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos – muerte no querida por el autor y muerte causada intencionalmente –, del C.P. – en el texto anterior se preveía el caso del art. 170 anteúltimo párrafo –; g) delitos previstos en los artículos 145 bis y ter – trata de personas y agravantes – del C.P. – no previstos en el anterior texto –; h) casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies – terrorismo – del C. P. – tampoco previsto en el texto anterior –; i) financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del C. P. – no

contemplado en el texto anterior –; j) delitos previstos en los artículos 5° - los casos contemplados en los incs. a) / e) y los restantes párrafos –, 6° - introducción al país de estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de fabricación, precursores químicos o cualquier materia prima destinada a su fabricación o producción y sus segundo y tercer párrafos – y 7° - organización y financiación de cualquier actividad ilícita a lo que aluden los arts. 5 y 6 y los arts. 865 inc. h) y 866 de la ley 22.415 – de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace – no previsto en el anterior texto – y k) delitos previstos en los artículos 865 – casos contenidos en los arts. 863 y 864 y sus agravantes –, 866 – en los casos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se trate de estupefacientes en cualquier etapa de elaboración o precursores químicos y segundo párrafo – y 867 – en los casos de los arts. 863 y 864 cuando se tratase de sustancias nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la seguridad común salvo que el hecho configure delito al que correspondiere una pena mayor – del Código Aduanero – no previsto en el anterior texto –. El último párrafo no ha variado con respecto al texto anterior del art. 56 bis.-

Ya el anterior texto era criticado, más allá de las argumentaciones de política criminal que se hayan tenido en cuenta, por las razones que se han invocado al principio del comentario de este artículo y por contradecir principios constitucionales referidos al régimen progresivo para todos los condenados. Otros han postulado directamente la inconstitucionalidad de dicho artículo basándose en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la C.N. – CADH y el PIDCP⁽⁴⁸⁾. También ha cosechado sendas críticas de De la Fuente - Salduna con argumentos parecidos a los expuestos, aunando que se debería establecer un límite a la perpetuidad de la pena considerando que los plazos previstos por el art. 13 del C.P. para la obtención de la libertad condicional son sumamente extensos al extremo de excluir directamente la libertad condicional en dichos supuestos⁽⁴⁹⁾.-

“En concreto, quienes se encuentren condenados/as por más de once delitos del Código Penal, del Código Aduanero y la Ley de Estupefacientes no podrán insertarse

⁴⁸ ANSIZ GUERRERO Ramiro *“Ejecución Penal. Ley de ejecución penal de la República Argentina 24.660. Comentada”* Ed. Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, p. 179.

⁴⁹ DE LA FUENTE Javier - SALDUNA Mariana en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 388/389)

nuevamente en la sociedad de forma gradual en aras de cumplir el fin de resocialización”⁽⁵⁰⁾.-

La inconstitucionalidad del art. 56 bis de la anterior ley fue declarada, por ej. por la C. Casación Penal – Sala IV – “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación”, causa N° 675/2013, 20/12/2013; C. Penal Federal – Sala II –, “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”, Reg. n° 438/2016, 10/06/2016 (mayoría); C. Casación Penal Federal, sala IV - 30/12/2014 - M. M., M. S. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad; C. Casación Penal Federal, sala IV – Lemes Mauro Ismael s/ rec. de casación – 6/03/15 www.pjn.gov.ar. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Nápoli” – CSJN, “Napoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”, 22/12/98 –, sostuvo que el legislador no puede limitar institutos vinculados a la libertad en base a la naturaleza del delito. Ello tiene sustento en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley n° 24.660 en cuanto establecen que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los/las condenados/as sin distinción⁽⁵¹⁾. –

En definitiva, se advierte una política criminal de suma rigurosidad que se traduce en la cantidad de ilícitos – graves por cierto – que pueden impedir en forma indefinida la obtención del período de prueba del condenado, cuestión que no es novedosa, pues con anterioridad a esta reforma en varias oportunidades el mismo art. 56 bis de la ley 24.660 había sido declarado inconstitucional.-

§ XXXII.- Derivación.

El art. 56 ter determina: *“En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgarán a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario”*.-

⁵⁰ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

⁵¹ Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

Se refiere a los supuestos de las personas condenadas por los delitos contra la integridad sexual en los que especialmente se establecerá una intervención especializada, coherentes con las necesidades del interno a los efectos de posibilitar su reinserción social, lo que será llevado a cabo por el equipo especializado que determina el art. 185 inc. 1) de esta ley. Probablemente la lógica de este dispositivo tienda a mitigar la estrictez o rigidez con que se manejan los parámetros del art. 56 bis con respecto a la prohibición de otorgar los beneficios de los períodos de pruebas a los condenados – entre otros – por delitos contra integridad sexual.-

§ XXXIII.- Régimen preparatorio para la liberación en los casos previstos en el art. 56 bis.

El art. 56 quáter dispone: *“Régimen preparatorio para la liberación. En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas”*. Este es un dispositivo nuevo que se refiere al régimen preparatorio para la liberación de los condenados aludidos en el art. 56 bis de la ley.-

Se advierte en forma especulativa que la tónica de esta norma, ante las críticas que generó el texto del art. 56 bis, ha sido paliar las consecuencias que traen aparejadas el impedimento de otorgar el período de prueba en todos los casos expresados, de modo que se instrumenta un régimen preparatorio de liberación con los caracteres que se explicitan a continuación.-

Para este régimen preparatorio de liberación, se deberá elaborar un plan específico de carácter individual según la gravedad del delito cometido. Básicamente

establece un régimen especial para los delitos en los que resultare la muerte del ofendido. Prevé la preparación para obtener la libertad que comienza un año antes del agotamiento de la condena en la medida que el interno haya “observado con regularidad” los reglamentos carcelarios y los informes realizados por la dirección del establecimiento sean favorables. Consigna un esquema en el que en los primeros tres meses se preparará al interno para la liberación dentro del establecimiento, los seis meses subsiguientes se realizarán salidas “supervisadas” y los últimos tres meses, el condenado podrá realizar “salidas” sin supervisión.-

La crítica se sustenta esencialmente en que este régimen no ayuda a la resocialización planteada por el art. 1 de la ley aunque se reconoce un cierto progreso en el aspecto fáctico, mas se cuestiona que ante condenas extensas la preparación para la liberación de sólo un año antes del agotamiento de la condena no es significativo en un régimen progresivo, ya que la premisa consiste en que la preparación para la libertad debe ya iniciarse en el momento en que una persona ingresa al sistema penitenciario. “En estos casos, sostenemos que se debería respetar el derecho a la no prisionización representado en la libertad condicional, asistida, semidetención, prisión discontinua y demás institutos, agregando, además, la supervisión por un sistema de monitoreo” (52). Si bien estas críticas tienen sus fundamentos adecuados, teniendo en consideración el régimen implantado por el art. 56 bis las medidas que se propugnan en este artículo no son del todo desdeñables. Lo optimo o ideal sería una reformulación del “famoso” art. 56 bis. Mas esta parece la política criminal de “mano dura” impuesta por los legisladores.-

§ XXXIV.-Remisión de datos al Renabem.

El art. 56 quinquies expresa: *“El juez de ejecución o juez competente deberá remitir al Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem), o al que corresponda, dentro de los cinco (5) días posteriores a quedar firme, copia de los siguientes actos procesales, indicando en todos los casos las normas legales en que se fundan: a) Otorgamiento de salidas transitorias. b) Incorporación al régimen de semilibertad. c) Prisión discontinua, semidetención, prisión nocturna. d) Otorgamiento de prisión domiciliaria. e) Otorgamiento de libertad asistida. f) Otorgamiento de libertad condicional. g) Todos los beneficios comprendidos en el período de prueba previsto por la ley de ejecución de la pena. h) Suspensión del proceso a prueba. Deberán asentarse asimismo los datos pertenecientes al condenado, a saber: 1) Nombre y*

⁵² Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

apellido del condenado sujeto a beneficio. 2) Lugar y fecha de nacimiento. 3) Nacionalidad. 4) Estado civil y, en su caso, nombres y apellidos del cónyuge. 5) Domicilio o residencia fijado para gozar del beneficio y/o libertad condicional. 6) Profesión, empleo, oficio u otro medio de vida denunciado. 7) Números de documentos de identidad y autoridades que los expidieron. 8) Nombres y apellidos de los padres. 9) Números de prontuarios. 10) Condenas anteriores y tribunales intervinientes. 11) El tiempo de la condena fijado por el tribunal, debiendo indicarse el tiempo de privación de libertad cumplido y el que faltare por cumplir. 12) La fecha de la sentencia, el tribunal que la dictó y el número de causa. 13) Los antecedentes penales. 14) Los dictámenes del organismo técnico-criminológico y el Consejo Correccional del establecimiento penitenciario. 15) Las normas que el condenado debe observar”. Esta también constituye una nueva norma que prevé al registro de datos del condenado.-

El juez de ejecución o el competente debe enviar al Registro Nacional de Beneficios u Otras medidas Procesales (Renabem) dentro de cinco días copia de los actos procesales indicando las normas en los que se fundan, los datos personales y familiares del condenado y todos los requisitos que menciona el artículo. A decir verdad constituye una base de datos donde se registran todos aquéllos que resultan de interés para el organismo judicial, ante la comisión de un nuevo delito por parte del condenado. Así como en la ley de registro de datos genéticos de los condenados por delitos contra la integridad sexual que tiene una duración de cien años (sic), en este caso también debe tener una duración limitada, no justamente como el caso mencionado, pues el calificativo que cabe es el de simplemente “ridículo”.-

§ XXXV.- Traslado de los internos.

El art. 71 dice: *“El traslado individual o colectivo de internos se sustraerá a la curiosidad pública y estará exento de publicidad. Deberá efectuarse en medios de transportes higiénicos y seguros. La administración reglamentará las precauciones que deberán utilizarse contra posibles evasiones, las cuales en ninguna circunstancia causarán padecimientos innecesarios al interno. En lo que respecta a traslados motivados por la notificación de actos procesales relevantes, se realizarán sólo cuando la notificación no pueda ser realizada por medio de una comunicación audiovisual”.* La primera parte de este precepto no ha recibido cambios y en la segunda se refiere a que los traslados referidos a las notificaciones de los actos procesales de relevancia, sólo se realizarán cuando no se puedan hacer por medio de una comunicación audiovisual.-

Es innegable que el traslado y transporte de recluso es uno de los elementos importantes relativos a la relación de sujeción entre el Estado y aquéllos y cuya ineficacia puede vulnerar tanto la integridad personal como la dignidad de la persona detenida y consiguientemente cuando dichos traslados son arbitrarios o se vulneran derechos esenciales humanos se producen automáticamente abusos por parte de las autoridades penitenciarias, por ello deben observarse las reglas establecidas por esta normativa y es auspicioso el agregado del último párrafo donde impera el principio de que el traslado por notificaciones procesales relevantes debe ser primariamente realizadas por medio de comunicación audiovisual y sólo cuando esto no pueda concretarse se hará el traslado correspondiente.-

§ XXXVI.- Recepción de visitas, correspondencia y comunicaciones telefónicas.

El art. 160 regula que: *“Las visitas y la correspondencia que reciba o remita el interno y las comunicaciones telefónicas se ajustarán a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen los reglamentos, los que no podrán desvirtuar lo establecido en los artículos 158 y 159. Quedan prohibidas las comunicaciones telefónicas a través de equipos o terminales móviles. A tal fin se deberá proceder a instalar inhibidores en los pabellones o módulos de cada penal. La violación a la prohibición prevista en este artículo será considerada falta grave en los términos del artículo 85 de esta ley”*. La primera parte del artículo no recibe modificaciones en tanto que se agrega tres párrafos referidos a la prohibición de comunicaciones telefónicas mediante equipos móviles, instalándose inhibidores en los pabellones y consagrando que la violación a tal prohibición será considerada falta grave de acuerdo a lo contenido en el art. 85 de la presente ley.-

El primer párrafo de esta norma hace alusión a las visitas que pueda recibir el interno, correspondencia y comunicaciones telefónicas, las que deben ajustarse a los reglamentos pertinentes y que en ningún momento se debe contravenir lo dispuesto el art. 158 en cuanto el interno tiene derecho a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su familia, amigos, allegados, curadores, abogados y con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas – con personería jurídica – que puedan prestar alguna colaboración o muestren interés por la reinserción social del interno. Desde luego, por un principio elemental de humanidad, se debe respetar la privacidad de dichas comunicaciones, salvo alguna restricción dispuesta por el juez competente. Asimismo, los internos de nacionalidad extranjera, amén de los derechos anteriores, podrán comunicarse con los representantes diplomáticos y consulares acreditados. Esto

se extiende a los internos nacionales de estados sin representación diplomática, refugiados o apátridas que tendrán la misma alternativa para dirigirse al representante diplomático del estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.-

Todo esto hace a las relaciones familiares y sociales del interno que contribuyen, a no dudar, al proceso progresivo de reinserción social y a no aislarlo de ese contexto.-

Se ha incluido como prohibición el uso de comunicaciones telefónicas mediante equipos móviles – celulares – bajo la sanción de ser considerada una falta grave en los términos del art. 85 inc. c). Quedan prohibidas las comunicaciones telefónicas a través de equipos o terminales móviles. A tal fin se deberá proceder a instalar inhibidores en los pabellones o módulos de cada penal. La violación a la prohibición prevista en este artículo será considerada falta grave en los términos del art. 85 de esta ley (⁵³).-

De hecho que para que se configure una infracción debe tratarse de una tenencia no autorizada pues, por ejemplo el art. 120 del decr. 1136/97 permite la posesión personal y uso en su tiempo libre de un aparato de radio portátil o de un reproductor de sonido para ser utilizado con audífono o auricular, lo cual podrá ser autorizado al interno que tenga conducta o comportamiento bueno. Pero esto no comprende a los teléfonos celulares, circunstancia que ha sido bastante criticada y motivo de *habeas corpus* colectivos.-

Juliano realiza una interesante interpretación y puesta en escena de esta cuestión preguntándose si se puede considerar lesivo a algún bien jurídico la posesión de un teléfono celular por parte de un preso. Se responde que, dentro de la lógica carcelaria, la tenencia y uso de un teléfono celular por parte de un preso es potencialmente lesiva para la seguridad del establecimiento, ya que con ese artefacto se podrían organizar fugas o la introducción de elementos idóneos para poner en peligro la seguridad del establecimiento. Otra alternativa, de acuerdo algunos datos de la realidad, es que con un teléfono celular el interno podría seguir delinquiriendo, ya sea en la continuidad de las acciones que lo llevaron a estar privado de la libertad –relación con sus cómplices del exterior– u organizando nuevos delitos –secuestros virtuales–. Califica a estas circunstancias como correspondientes a la imagen estereotipada del preso. “Todos los

⁵³ Art. 85: “El incumplimiento de las normas de conducta a que alude el artículo 79, constituye infracción disciplinaria. Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves. Los reglamentos especificaran las leves y las medias. Son faltas graves: ...c) tener dinero u otros valores que lo reemplazan, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros...”

presos son malos, muy malos, y aprovecharán cualquier ventaja que se les proporcione para seguir delinquiendo, según es su naturaleza. No descartamos que algún interno emplee el teléfono celular para intentar un secuestro virtual, o para seguir regenteando sus negocios ilícitos, o planear nuevos delitos (como de hecho sucede y ha sido verificado)” (54). Aunque no cree que esto ocurra con la mayoría de los internos y estima que “si lo que en realidad se trata es de evitar, o dificultar, es el contacto del interno con el mundo exterior, para que no siga delinquiendo, lo que habría que pensar es en incomunicar a todas las personas que se encuentran privadas de la libertad ya que, ciertamente, pueden seguir en contacto con el exterior por medio de la comunicación epistolar, de sus visitas y, por qué no, de su abogado. O, para no ser tan drásticos, intervenir toda su correspondencia, hacer escuchas de las conversaciones del interno, incluidas las que mantenga con su abogado” (55). Señala que las interpretaciones que sustentan el rechazo de los teléfonos celulares para los internos se dan de traste con una contradicción como es que la mayoría de los pabellones del sistema penitenciario argentino tienen teléfonos fijos que funcionan con tarjetas o cobro revertido, y el riesgo que se aduce va tanto para el lado de los fijos como de la telefonía móvil. Culmina su argumentación con postulados de naturaleza constitucional, en el sentido que no advierte argumentos consistentes que justifiquen privar a los presos del uso de teléfonos celulares. Por el contrario, teniendo en consideración que el principio de resocialización es un derecho, y tal como sostuvo la Corte en “Méndez”, el ingreso a una persona a prisión no le quita la dignidad humana y gozan de todos los derechos constitucionales, con excepción de las libertades que hayan sido restringidas de acuerdo a las normas que rigen al debido proceso (56).-

Por otra parte se menciona otra realidad en cuanto a que en el interior de las cárceles, la utilización del teléfono fijo se convierte en una verdadera “odisea”. Los conflictos en torno al uso del teléfono – duración de la conversación, falta de intimidad, interrupción de otras actividades por la espera y discusiones por la prioridad en la fila – generan constantes conflictos de convivencia tanto con el personal penitenciario como con la población carcelaria. Además, se advierte que con una política prohibicionista del uso de telefonía móvil resulta ineficaz por dos razones. La primera, porque su empleo, pese a las incautaciones, es generalizado y la segunda, porque la misma prohibición

54 JULIANO Mario “¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?” www.pensamientopenal.com.ar

55 Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar).

56 Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

favorece y promueve un mercado de circulación clandestina habilitando la corrupción por parte del personal penitenciario (57).-

Se propone mediante la norma en análisis la instalación de inhibidores en los pabellones o módulos en cada penal, aunque esto podría generar un gran costo y por otra parte de llevarse a cabo podría ocasionar interferencia o también inhibiciones en los pobladores aledaños a los servicios penitenciarios. De modo que nos parece adecuada la propuesta de limitar las llamadas a números autorizados mediante la colocación de una tarjeta SIM, registrar cada aparato celular a nombre de una determinada persona – lo que incluso facilitaría el control de otros delitos (entre ellos, el hurto de celulares dentro de la cárcel) – (58).-

§ XXXVII.- Autorización en caso de enfermedad, accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita.

El art. 166 propone: *“El interno será autorizado, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, para cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario. En los casos de las personas procesadas o condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, o respecto de otros delitos cuando el juez lo estimare pertinente, se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos (2) empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal”*. La parte primera de la redacción del presente artículo no ha sufrido cambios, en tanto que el párrafo segundo abarca a todos los delitos del Título III del C.P. referente a los delitos contra la integridad sexual, mientras que en la anterior redacción se circunscribía a los arts. 119, 2º y 3º párr., 120, 124 y 125 del C.P. en los que en los supuestos del primer párrafo se exigía el acompañamiento de dos empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal.-

Está previsto, tal como lo dice la norma, que en los supuestos de enfermedad, accidente o muerte de familiares o allegados con derecho a visita al interno, deba ser trasladado al lugar donde ha acontecido el infortunio “para cumplir con sus deberes morales”, salvo denegatoria justificada si existen motivos para considerar la posibilidad de una situación de fuga. Esto se condice con el art. 496 del C.P.P.N. en su segundo

57 HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe - PETRONE Camila - PEREYRA Paulo - BOGADO María - POLO Lourdes - MOLLIS Santiago - ZERBINO Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar).

58 Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

párrafo: “Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad”.-

Tanto en el artículo anterior como en el texto actual en los supuestos de los delitos contra la integridad sexual el interno autorizado será acompañado en todos los casos por dos empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal.-

Se ha objetado la frase “cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario” y el hecho de mantener el concepto de “deberes morales” no sólo no resuelve los problemas que ya se plantean en cuanto a su interpretación sino que además los acentúa al permitir la denegación por “serios y fundamentados motivos”. Si no hay acuerdo sobre lo que son los deberes morales, cualquier motivo podrá ser tan válido como inválido (⁵⁹). La objeción por su obviedad, no requiere mayores comentarios.-

§ XXXVIII.- Recursos y medios de los establecimientos.

El art. 185 dispone: *“Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes: a) Personal idóneo, en particular el que se encuentra en contacto cotidiano con los internos, que deberá ejercer una actividad predominantemente educativa; b) Un organismo técnico-criminológico del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos ellos con especialización en criminología y en disciplinas afines; c) Servicio médico y odontológico acorde con la ubicación, tipo del establecimiento y necesidades; d) Programas de trabajo que aseguren la plena ocupación de los internos aptos; e) Biblioteca y escuela a cargo de personal docente con título habilitante, con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos que estén obligados a concurrir a ella; f) Capellán nombrado por el Estado o adscripto honorariamente al establecimiento; g) Consejo Correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento; h) Instalaciones para programas recreativos y deportivos; i) Locales y*

⁵⁹ Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

medios adecuados para alojar a los internos que presenten episodios psiquiátricos agudos o cuadros psicopáticos con graves alteraciones de la conducta; j) Secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes; k) Instalaciones apropiadas para las diversas clases de visitas autorizadas; l) Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos en Título III del Libro Segundo del Código Penal”. Este artículo no ha recibido modificaciones con respecto al anterior salvo el agregado en el punto l) que alude a los internos condenados por los delitos previstos en el Título III del C.P. – delitos contra la integridad sexual – y no restringidos a los arts. 119, 2º y 3º párr., 120, 124 y 125.-

Esta disposición regula los recursos materiales y humanos con que debe contar un establecimiento penitenciario, enunciando los presupuestos mínimos – que no son taxativos – a los que cada institución debe adecuarse conforme a las particularidades de la población carcelaria. Por ejemplo el inc. a) responde a los parámetros establecidos por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El b) se compadece con lo consignado en el art. 86 del decr. 396/99. El c) no requiere mayores comentarios y también responde a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El d) está relacionado con los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos proclamados por la Asamblea General en la Resolución 45/11 del 14/12/90. Lo mismo acontece con el inc. e). El inc. f) se compadece también con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El inc. g) tiene su correlato con el art. 94 del Decr. 396/99. El inc. h) se refleja en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, lo mismo ocurre con el inc. i). El inc. j) conjuga una cuestión sumamente problemática y que no tiene mucho predicamento y acatamiento en el régimen penitenciario nacional debido a la carencia de instalaciones adecuadas para los internos drogodependientes cuando la población carcelaria en su mayoría lo es, amén de la existencia de los “dealers” muchas veces en complicidad con el mismo personal penitenciario. El inc. k) se relaciona con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y finalmente el inc. l) contempla la presencia de un equipo especializado para atender los casos de aquellos internos condenados por delitos contra la integridad sexual a los efectos de reducir la posibilidad de reincidencia y posibilitar una adecuada inserción al medio social.-

§ XXXIX.- Reforma al art. 14 del C.P.

El art. 14 C.P. manda que: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 1) Homicidios*

agravados previstos en el artículo 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 artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero”.-

En consonancia con el art. 56 bis de la presente ley se reforma el art. 14 del C.P. incorporando la gama de delitos que impiden obtener la libertad condicional. Me remito al comentario del art. 56 bis a fin de evitar repeticiones innecesarias.-

§ XL.- Registro de datos (Renabem).

El art. 39 regula: *“Dispóngase la creación del Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem) en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.-*

Esta norma dispone la creación del Renabem ya citado en el art. 56 quínties como un registro de datos que funcionará bajo la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.-

§ XLI.- Revisión de la legislación y reglamentación penitenciaria e invitación a la CABA y las provincias para los mismos fines.

El art. 228 refiere que: *“La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes dentro de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, a efectos de concordarlas con sus disposiciones. De igual forma, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias”.-*

Evidentemente, la presente ley pretende unificar el contenido estructural del régimen de ejecución penitenciario a nivel nacional. Respecto a esta cuestión, seguimos la opinión de Zaffaroni - Slokar - Alagia, quienes bregan por la tesis del estándar federal mínimo – que puede ser superado por las provincias –; así, la legislación nacional de

ejecución tiene el carácter de “marco garantizador mínimo” a partir del cual las provincias pueden avanzar en el reconocimiento de mayores derechos y garantías a las personas privadas de la libertad pero nunca legislar en forma más restrictiva. Por lo que no resulta factible que las provincias realicen modificaciones a su antojo suprimiendo beneficios o restringiendo los reglamentados en la ley 24.660, de lo contrario se afectaría el principio de igualdad.-

De allí que, resultaría obligatorio para las provincias argentinas todo lo vinculado a las 3 fases que componen el período de tratamiento, su contenido y sus requisitos. Y aquellas provincias que no prevean dichas fases de conformidad al actual artículo 14 de la ley 24.660 deberán readecuar su legislación.-

§ XLII.- Complementaridad.

El art. 229 manda: *“Esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida”*.-

Los dos últimos artículos son de forma. El primero a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias dentro del término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley e invita a las provincias y a la CABA a hacer lo propio. El segundo declara la presente ley como complementaria al Código Penal en lo atinente a cómputos de pena, regímenes de libertad condicional y libertad asistida.-

§ XLIII.- Sobre la vigencia temporal de la reforma.

Sabido es que una de las consecuencias directas del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley. Este límite de vigencia de la ley penal es descrito por la mayoría de la doctrina nacional como la imposibilidad de aplicar una norma legal a un supuesto acontecido con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo, la irretroactividad afecta al Derecho penal salvo cuando la nueva disposición resulta más favorable para el reo.

Con respecto a las normas penitenciarias debido a que dentro de un mismo cuerpo legal encontramos normas de carácter sustantivo y otras que no lo son, en efecto, se encuentran normas penitenciarias que no pueden ocultar su estrecha relación con las de naturaleza administrativa o procesal, es indispensable que determinen en qué medida se ven afectadas cada una de ellas, específicamente, por el principio de irretroactividad. Ciertamente que esta heterogeneidad frente a una garantía jurídica de esta trascendencia no es una solución satisfactoria, pero es, a nuestro juicio, la única que da una respuesta satisfactoria frente a las peculiaridades de esta rama del derecho. De allí que consideramos que las son irretroactivas con idéntico rigor que las normas penales,

aquellas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de libertad – elemento sustantivo de la pena de prisión – (tales como las salidas transitorias, la libertad asistida, la libertad condicional entre otros beneficios, etc.) y sólo serán retroactivas en la medida que favorezcan al interno.-

Más alejadas de la naturaleza penitenciaria, se encuentran las normas de contenido técnico, las que regulan el procedimiento disciplinario o las que se refieren a los aspectos organizativos de la Administración penitenciaria. Unas y otras, en cambio, están sometidas al principio de eficacia en coordinación con los principios constitucionales.-

En este sentido, partimos de la idea que, una nueva norma es más favorable cuando permite más libertad, aunque con ello se incrementase el riesgo de la recaída en el delito y, a la inversa, serán irretroactivas aquellas normas que favoreciendo potencialmente la resocialización entrañan más o mayor tiempo de privación de libertad.-

§ XLIV.- Conclusiones.

El sistema penitenciario refleja una tensión dialéctica permanente entre el garantismo y la defensa social, en otros términos, da cuenta de una antinomia entre las exigencias preventivas – esto es, las necesidades de los individuos, que sufren la pena – y las necesidades de la colectividad – expresadas en la necesidad de aplicar un castigo –. Esta tensión, subyace en el actual texto de la ley de ejecución penal cuando señala como fines de la institución carcelaria la reinserción y su custodia en un establecimiento. La búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos extremos es una exigencia del Estado de Derecho que no puede ignorar la sanción – como un fenómeno socio - jurídico ineludible – y la condición de persona del condenado, quien no puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.-

Lo cierto es que la presente ley de reformas al sistema de ejecución penitenciaria, procura limitar la discrecionalidad de los jueces en la etapa de ejecución penal – dados los errores cometidos por algunos jueces que han desoído los informes correccionales de los gabinetes técnicos de los servicios penitenciarios, concediendo beneficios y/o permisos inmotivadamente –, dejando de lado ciertas funciones jurisdiccionales, que pasan a manos de la autoridad administrativa penitenciaria sin contralor alguno; por lo que cabe inferir que la presente reforma se enrola en los postulados de aquellos sistemas penitenciarios de corte autoritario, que acentúan los aspectos subjetivos de la ejecución en favor de los fines defensistas de la sociedad al compás del clamor popular punitivista. En efecto, la ley 27.375 modificatoria de la ley 24.660 conserva criterios valorativos

como los de peligrosidad, reincidencia, habitualidad criminal o moralidad para fijar condiciones regimentales más autoritarias, en contra de los principios y garantías del Estado de Derecho.-

Sabido es que la ejecución de la pena privativa de libertad da lugar a una frecuente intervención en los derechos fundamentales, y que la legislación penitenciaria resulta ser en muchas ocasiones una norma válida para orientar la diversidad de problemas concretos que surgen en el desarrollo de la ejecución, pero con una gran dosis de inconcreción. Por esta razón es que reivindicamos la necesaria intervención y el control judicial del todo el tratamiento penitenciario a fin de evitar afectaciones a los derechos de los internos privados de su libertad.-

Se reitera, resultan censurables aquellas disposiciones que les otorgan facultades excluyentes a los funcionarios administrativos – que se desempeñan en los establecimientos penitenciarios – respecto a las decisiones vinculadas a la libertad de las personas detenidas con carácter vinculante. Dicha circunstancia, resulta un craso error del legislador nacional ya que implica una franca violación a la división de poderes, al tiempo que puede resultar contraproducente pues puede generar una mayor corrupción en el ámbito carcelario. Es que la ejecución de la privación de libertad no puede hacerse al margen de la jurisdicción, así como tampoco a espaldas de la normativa constitucional y convencional sobre Derechos Humanos.-

De otra parte, pareciera que la reforma penitenciaria actual se orienta a la aplicación de programas de resocialización máxima – cuyo objetivo es obligar al condenado a identificarse con los valores socialmente hegemónicos – que contienen medidas notoriamente contrarias a las garantías y derechos consagrados en la normativa internacional. De allí que sostenemos que el principio de resocialización no puede ser interpretado como una mera declamación y que muchos de los aspectos introducidos por esta reforma implican un franco retroceso en materia de ejecución penitenciaria y de defensa de los DDHH de los condenados, ya que la legislación en esta materia no puede apoyarse en teorías de relación especial de sujeción, ni autorizarse todo tipo de restricciones de derechos, el ablandamiento del principio de legalidad, y/o el debilitamiento del control judicial de la ejecución. En este sentido, debemos recordar que la relación Estado-privado de libertad, genera una posición de garante de aquél respecto de todos los derechos que no se encuentran afectados por la privación de libertad, y que la resocialización compromete a las administraciones penitenciarias a tratar a los privados de libertad como sujetos de derechos, esto es, a organizar un ejercicio personal

durante la ejecución de la pena que favorezca el futuro su reingreso en la sociedad en libertad.-

Lamentablemente, observamos como muchos derechos son regular e institucionalmente negados con el argumento de que la prisión es en su estructura una sociedad carencial. Es más, pareciera que la actual legislación asume con naturalidad el hacinamiento, la tortura, las mafias carcelarias y la corrupción sobre la pena hegemónica del Derecho penal. Y en este sentido, hubiera sido muy interesante que el legislador nacional analizara tales problemas que atraviesan prácticamente todos los establecimientos penitenciarios de nuestro país; así como también los vinculados a la falta de servicios básicos y las condiciones insalubres de las instalaciones de las cárceles; el maltrato por parte de personal penitenciario; las deficiencias en la clasificación, asignación de alojamiento y separación por categorías de los internos; la falta de recopilación, sistematización y publicidad de la información sobre hechos de violencia en las cárceles; la deficiente respuesta jurisdiccional frente a casos de torturas y malos tratos; la insuficiencias en los mecanismos de monitoreo; entre otros, que conspiran contra los ideales resocializadores.-

Por tales motivos es que consideramos que algunas de las modificaciones introducidas por la ley 27.375, en particular las prescriptas en los arts. 7, 8 segundo párrafo, 13 bis, 56 bis podrían resultar contrarias a lo estatuido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre DD.HH. incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la C.N., desde que no es posible retorcer la teleología *pro homine* que inspira el progresivo reconocimiento de los Derechos Humanos. En este sentido, advertimos que no resulta adecuada la sanción de legislación regresiva, cuando el texto anterior marcó un nivel más avanzado en la realización de los fines constitucionales y convencionales de resocialización de los condenados; ello por cuanto la adición de derechos tiene carácter irreversible cuando es legal, y la misma no podría ser dejada de lado por una reforma posterior, máxime si existe jurisprudencia de las Cámaras de Casación Penal Federales y de la propia C.S.J.N. que ejercen una suerte de poder legislativo negativo, para cancelar la posibilidad del legislador de proveer un marco reducido de garantías en la materia.-

Finalmente, cabe repetir que la actual reforma a la Ley 24.660 afecta parcialmente el régimen de progresividad de la pena y atenuación del encierro – de base constitucional –, perjudicando a la mayoría de los futuros condenados a pena privativa de la libertad de la República Argentina, ya que limitará los beneficios de salidas transitorias, semi-detención, libertad condicional o de libertad asistida por delitos de

homicidio, de índole sexual o robo con armas, entre otros, desentendiéndose del fin resocializador de la pena – enunciado en su artículo 1º del referido cuerpo normativo –, aplazando el problema de fondo – inseguridad –, ya que simplemente se prolonga la estadía de los condenados en las penitenciarías, sin pensar en los resultados adversos que dicha medida puede generar – hacinamiento en las cárceles, motines e inseguridad –, e implica una reforma velada o encubierta al Código Penal en tanto se agravan las penas de múltiples figuras delictivas. Dicha solución, además de producir un reintegro abrupto del interno al medio libre, indirectamente estimula conductas indeseadas, pero previsibles. Además, dicho endurecimiento de la penalización y la ampliación de condenas no disuade a los criminales que ejecutan tales conductas, por lo que resulta una solución coyuntural y demagógica ante la indignación social por homicidios como el de Micaela García cuyas circunstancias de hecho resultan ser la excepción a la regla. Para peor de males, no existirían incentivos y motivaciones para que los privados de su libertad quieran estudiar o aprender algún oficio, lo que trae como consecuencia lógica que se incremente la violencia intra-carcelaria. Indudablemente, la presente reforma pone en jaque la coherencia interna del ordenamiento de ejecución penal, pues se ha puesto énfasis en la prolongación de la pena privativa de la libertad como una solución incuestionada por el legislador.-