

Situación carcelaria y proyecto de código penal: panorama, reflexiones y propuestas.

Por Juan Fernando Gouvert¹

*“Debemos reaccionar con firmeza a tanta desidia. No es posible concurrir a las cárceles y seguir presenciando su estado. Salvo excepciones, **lo más sincero sería hoy afirmar tras relevar tanta falencia que “no son aptas para la condición humana”**..... Recientemente, ocurrió el suicidio de un interno alojado en la Unidad 28. **Pareciera que nada es suficiente para llamar la atención de los funcionarios con facultades para dar respuesta al conflicto.**”*

Voto Dr Julio Marcelo Lucini y Dra. Magdalena Laíño de la Cám. Nac. Apel Crim y Correc²

*“La sociedad supone, presupone, no sabe y no quiere saber sobre el sistema carcelario. Además, hace un enorme esfuerzo para no enterarse de lo que pasa, porque cada vez que se rasca un poco la superficie, empieza a conocer (la realidad). **Pero así como rascó, automáticamente la tapó.***

Alberto Sarlo³.

1- Entre la emergencia perenne y medidas urgentes: dos fallos y su impacto en los sistemas carcelario bonaerense y Federal.

Las certeras de las palabras de los Dres. Lucini y Laíño en un reciente fallo⁴ de la cámara del crimen capitalina atrajo mi atención sobre la situación carcelaria ya que reflejaron la endémica superpoblación y hacinamiento que históricamente padece el sistema penitenciario patrio⁵. Dejaré para el final la cruda reflexión de Sarlo.

¹ Abogado y mediador. Diploma honor (USAL). Especialista en Derecho Penal de la UBA. Autor de más de cien artículos sobre derecho penal fondal, procesal y de ejecución, y mediación en Bs As. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformatorias del ritual punitivo bonaerense.”, Buenos Aires, Scotti, 2010. Comentarios a jfgouvert@hotmail.com

² Conf. Cám. Nac. Apel Crim y Correc, sala 6, CCC, 9785/2019/CA1, 8/3/2019, votos del Dr Julio Marcelo Lucini y Dra. Magdalena Laíño, es mía la negrita.

³ Palabras de Alberto Sarlo extraídas de la nota “¿Por qué Borges no puede ser leído por un ‘negro’?”, de #La Gaceta” de Salta.”, 02/6/2019, es mía la negrita, Disponible en <https://www.lagacetasalta.com.ar/nota/121518/actualidad/por-borges-no-puede-ser-leido-negro.html>. Alberto Sarlo es abogado, escritor y profesor de boxeo. Publicó varios libros de “ficciones filosóficas” escritas por él y por internos del pabellón 4 de la Unidad de Máxima Seguridad de Florencio Varela, en Buenos Aires. . Esas publicaciones, a la vez, fueron el resultado de un proyecto destinado al sistema penitenciario. Junto con Carlos Mena, ex preso y su ayudante, ha enseñado filosofía, literatura y pugilismo a los reos en distintos lugares.

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en Lo Criminal Y Correccional - SALA 6, CCC, 9785/2019/CA1, 8/3/2019 votos del Dr Julio Marcelo Lucini y Dra. Magdalena Laíño. (texto disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/083/235/000083235.pdf>)

⁵ Así lo expusieron: “ Por lo demás, las constancias incorporadas al legajo y, particularmente, lo tratado en las audiencias celebradas, dejan al descubierto la paupérrima situación penitenciaria y el estado de emergencia en el que se encuentra el sistema producto del aumento sostenido de los internos alojados con la

En el marco de un *habeas corpus* el resolutorio de Alzada trató principalmente sobre las inadecuadas condiciones de detención que ostenta la unidad carcelaria 28 -vgr. superpoblación, estructura inadecuada e indebido pernocte en unidades de falta de cupo en unidades de destino-, tomando medidas concretas para cumplir estándares internacionales⁶ en una crisis sistemática que exige medidas concretas, armónicas y urgentes para lo mandado judicialmente no sea, como otros pedidos anteriores, “letra muerta”⁷.

Finalmente, respecto la Unidad 28 se resolvió que hasta tanto se culmine un informe técnico que determine su cupo máximo definitivo, la autoridad penitenciaria no podrá recibir nuevos internos de otra jurisdicción o remitidos por fuerza de seguridad no superando el número total de cuarenta ya alojados. Instó a los ministros competentes⁸ que inmediatamente destinen medios para ampliar la capacidad del alojamiento carcelario y los medios de traslado, comunicando mensualmente los avances al Tribunal, comunicando lo resuelto a los presidentes de la las Alzada con competencia penal, con copia de lo resulto a la ministra de Seguridad de la Nación y a la Corte Suprema de la Nación.

Lo expuesto precipitó que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dictara el 25/3/2019 la resolución N° 184/2019⁹ declarando la “emergencia en materia penitenciaria” por tres años¹⁰(art. 1), se creó la una comisión *ad hoc* (art. 2) para analizar la situación actual y facilitar la coordinación entre los diferentes órganos del ESTADO NACIONAL intervinientes en la materia penitenciaria federal para la elaboración de propuestas de políticas públicas tendientes s: a) resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; b) mejorar las condiciones de privación de la libertad; c) promover e

consecuente sobrepoblación y hacinamiento. Sobre ello, entonces, transcurre la discusión que se trae a conocimiento del Tribunal.” (conf. CNACC, sala 6,fallo Cit.)

⁶ Esto los estándares que fijan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y, en concreto, las Acordadas de la Corte Suprema Justicia de la Nación nro. 12/12; 3/13; 33/13; 43/16 y 8/17.

⁷ En este sentido: “Lo contrario tornaría inocuo el instituto de *habeas corpus*, porque, como ocurre en la actualidad, los temas que se ventilan en ellos traslucen un problema sistemático al que debe darse, de una vez por todas, solución definitiva. La gravedad del cuadro ya no resiste medidas paliativas ni admite tibieza; debemos evitar que, en breve lapso, este escrito se convierta en letra muerta.” (conf. CNACC, sala 6,fallo Cit.)

⁸ Ministros de Justicia y Derechos Humanos y del Interior, Obras Públicas y Vivienda

⁹Texto en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/legislacion47511.pdf>

¹⁰ Esta emergencia carcelaria se suma a la declarada emergencia de seguridad pública en la totalidad del territorio nacional, mediante los Decretos Nros. 228 del 21 de enero de 2016 y 50 del 19 de enero de 2017, sus modificatorios y complementarios, con el objeto de revertir la situación de peligro colectivo creada por el delito complejo y el crimen organizado.

implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables¹¹

Similar panorama ocurrió antes en tierras bonaerenses con otro habeas corpus colectivo por la situación de hacinamiento de las personas privadas de su libertad¹². El juez Eduardo Eskenazi después de relatar infructuosas mesas de dialogo, demostró las condiciones de hacinamiento violatorias de los Derechos Humanos en las que se encuentran las personas privadas de la libertad en la Provincia de Bs. As ya sea en unidades carcelarias superpobladas o en establecimiento policiales abarrotadas -por falta de cupo en penitenciarias - plasman un sobrepoblación¹³ que torna incumplidor al Estado Provincial de las condiciones mínimas que imponen el plexo convencional y constitucional en la materia.

Anotó el magistrado mas allá que las autoridades ejecutivas reconocieron la incapacidad para crear más plazas, aún de cumplirse el anuncio que durante los años 2018 y 2019 se generarían 2.600 nuevos cupos tal cifra “no alcanzará a cubrir siquiera el aumento anual de población carcelaria, el cual promedia la cifra de 4.000 personas”¹⁴ . Recordó además la orden al Subsecretario de Política Penitenciaria de inmediato otorgamiento de cupo dentro del Servicio Penitenciario para 1.184 personas alojadas en Dependencias Policiales judicialmente clausuradas por agravamiento de las condiciones de detención, no

¹¹ Para ello se autorizó las contrataciones pertinentes (art 5), .solicitando el Ministerio la colaboración a los organismos de la administración pública nacional para tal fin (art. 7), instándose a la Prov. de Mendoza a la culminación total y entrega del Centro Federal Penitenciario de Cuyo (art. 6).

¹² Juz. Correc. n° 2 de La Plata, Bs. As., causa F-3359, 3/9/2018, Dr. Eduardo Esquenazi.

¹³ Así lo expresó “Se acreditó así que el citado Ministerio incumplía sentencias dictadas en el marco de diferentes acciones de habeas corpus tramitadas respecto a la situación de hacinamiento, más precisamente respecto a 20 Unidades Carcelarias que excedían los cupos judicialmente fijados en resguardo de los derechos de las personas privadas de la libertad (ver fs. 853/854 vta.). A su vez, fue acreditado que el Ministerio de Seguridad incumplía 63 clausuras judiciales de comisarías, destacamentos y direcciones policiales, excediéndose a su vez el cupo judicialmente dispuesto respecto a otras 47 dependencias policiales, siendo causa de ello la falta de otorgamiento de cupo por parte del Servicio Penitenciario -a cargo del Ministerio de Justicia- con motivo del colapso carcelario antes referido (ver fs. 857/ vta.). Asimismo, se expuso a partir del contenido de la totalidad de los Informes confeccionados durante el año 2017 por los Comités de Seguimiento de las Personas Privadas de la Libertad en la Provincia de Bs. As. (Ac. 3415 -texto conforme Ac. 3632-), que la situación de las personas privadas de la libertad resultaba violatoria de sus derechos, no logrando los magistrados intervinientes modificar la situación constatada por la imposibilidad material invocada por las autoridades responsables (ver fs. 852 vta.).” Juz. Correc. N° 2 de La plata, causa F-3359,3/9/2018, Texto completo del fallo disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/fallos46991.pdf>

¹⁴ Antes el magistrado reseñó que al mes de junio del corriente año 2018 la capacidad carcelaria de la provincia de Bs As es de: 28.810 personas con una población carcelaria de 42.064 personas. La capacidad de alojamiento en Comisarías y otras dependencias policiales es de 1.021 personas pero están alojados debido a la falta de otorgamiento de cupo por parte del Servicio Penitenciario 3.539. Además notó un aumento de la población carcelaria durante el año 2017 de 3.928 personas y durante el primer semestre del 2018 de 1.902 personas.

pudiéndose resolver “mediante la generación de plazas -administrativamente hablando- a través de la colocación de colchones y mantas en celdas sobrepobladas”¹⁵.

Después de citar los casos “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras” de la CIDH¹⁶ y el ineludible “Verbitsky” de la CSJN¹⁷, **dispuso la creación de un Comité de Crisis conformado por Representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial teniendo como norte**¹⁸: 1)Reducir en forma urgente el aumento de población carcelaria anual que promedia 4.000 personas- hasta cumplir con los cupos judicialmente fijados.; 2)reducir la población alojada en dependencias Policiales hasta alcanzar la capacidad de 1.021 personas, mas allá del alojamiento transitorio de hasta 48 hs. Se comunicó lo resuelto a los titulares de los tres poderes provinciales, autoridades ministeriales, legislativas, y judiciales pertinentes. Hasta ahora no se han tenido noticias relevantes de sobre el comité de mentas.

La sintética reseña de ambos fallos reflejan la situación de superpoblación, hacinamiento en los sistemas penitenciario bonaerense y federal, la falta de cupo y recursos en Alcaldías y el apiñamiento de detenidos en dependencia policiales, con exhortación al poder ejecutivo respectivo de, mediante la creación de comité de crisis o comisiones ad hoc, **se empiece a solucionar una problemática que pareciera sin solución.**

¹⁵ En este sentido “El Sr. Subsecretario de Política Penitenciaria ha reconocido que la falta de dinero en las arcas del Estado impide adoptar las medidas exigidas por las circunstancias, resolviéndose la situación de sobrepoblación constatada a través de la colocación de más camas y colchones en pabellones ya saturados. Esta última respuesta de algún modo es acompañada por el Sr. Ministro de Justicia, quien a la fecha no ha presentado un plan de corto, mediano y largo plazo que permirá vislumbrar que la situación será controlada, y menos aún, revertida. Entiendo que aquella explicación no puede ser aceptada en el marco de la ejecución del presente habeas corpus, por cuanto hacerlo importaría reconocer que la grave sobrepoblación carcelaria existente, y el previsible aumento anual de población —el cual promedia en 4000 personas-, simplemente se resuelven con la violación de las garantías de las personas privadas de la libertad mediante la generación de plazas -administrativamente hablando- a través de la colocación de colchones y mantas en celdas sobrepobladas. Situación esta que fuera advertida por cada uno de los magistrados que interviniera en los habeas corpus antes citados.” (conf. Juz. Correc. N° 2 de La plata, causa F-3359,3/9/2018)

En su informe de enero de 2019 el Relator especial contra la tortura de la ONU llamó la atención sobre el crecimiento acelerado de la población en el sistema federal y recomendó que se determine la capacidad de alojamiento en base a los estándares internacionales -y no a la cantidad de camas disponibles..

¹⁶ CIDH, Caso Pacheco Teruel y Otros Vs. Honduras, 27/4/2012, Petición del Caso ante n°12.680, Serie C No. 241, texto completo en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf

¹⁷ CSJN, V. 856. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, 3/5/2005.

¹⁸ Observó al disponer tal comité de crisis que “ El suscripto ha señalado las necesidades ignoradas en el diseño de la política pública, **demostrando que la política criminal vigente eleva considerablemente el número de personas privadas de la libertad sin contar el Estado Provincial con capacidad para receptorlas, generando ello las constatadas violaciones convencionales y constitucionales de los derechos de estas últimas, recordándose por esa razón los estándares jurídicos establecidos por la CSJN en el referido fallo Verbitsky, a partir de los cuales debe ser elaborada la política pública por parte del Ministerio de Justicia**” (conf. fallo cit., es mia la negrita)

Con tasas de encarcelamiento actual¹⁹ y futuro exponencialmente creciente²⁰, sin creación genuina de nuevos cupos por terminación de nuevos establecimientos en forma inmediata, sin inversión para mejorar la infraestructura de habitabilidad de las actuales unidades carcelarias, el excesivo uso y abuso de la prisión preventiva, la histórica centralidad de la prisión en la penología sin el desarrollo y/o aplicación suficiente de otras penas alternativas²¹, el alargamiento de los procesos y la exclusión legal de institutos de avance en la progresividad de la pena²² tendientes a obstaculizar y/o retardar el retorno del condenado

¹⁹ Coincidimos con Dughetti en que “el problema más grande que enfrenta el sistema de privación de la libertad en Argentina y América Latina es el encarcelamiento masivo que se produjo en las últimas dos décadas. En nuestro país se declaraba una tasa de encarcelamiento de 63 por cada 100.000 habitantes en 1992 y para 2014 de 161. **En la provincia de Buenos Aires la capacidad carcelaria actualmente es de 28.810 personas. A pesar de ello, la cantidad de detenidos al mes de octubre de 2018 ascendía a 43.392.** Además, debemos considerar a las personas privadas de su libertad en comisarías provinciales que padecen peores condiciones que aquellas alojadas en unidades penales, pues las dependencias policiales no se encuentran preparadas estructuralmente ni humanamente para alojar personas por más de 48 horas. En este último caso se cuenta con un cupo total de 1021 personas y al 22 de octubre de 2018 había alojadas 3981 personas detenidas en comisarías bonaerenses. **La sobrepoblación carcelaria es un denominador común en la totalidad de las unidades penales de la provincia. El evidente flagelo de hacinamiento presupone, a su vez, otros trasfondos graves que afectan a los detenidos como la falta de colchones, que registra una carencia de 6.968 en todo el servicio penitenciario bonaerense, colapso de cloacas, falta de agua caliente, insuficiencia de duchas y canillas, todo lo cual genera una crisis sanitaria que deviene en una situación de evidente riesgo a la vida e integridad física de los alojados**” (Dughetti Lucas Adrián “La sociedad de los cautivos”: los defectos del sistema penitenciario bonaerense”, disponible en “La sociedad de los cautivos”: los defectos del sistema penitenciario bonaerense. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/05/doctrina47606.pdf>)

²⁰ **Tal crecimiento de la población carcelaria es visto, paradójicamente, como un fruto exitoso de la política criminal nacional vigente ya que entre los fundamentos del resolución 184/ 2019 se sostiene que:** Que la capacidad operativa de alojamiento ideal a esa última fecha alcanza las DOCE MIL DOSCIENTAS TREINTA Y CINCO (12.235) plazas, lo cual determina una sobrepoblación superior al DOCE POR CIENTO (12%). Que en razón de las políticas exitosas de seguridad pública y, consecuentemente, de persecución del delito para combatir la inseguridad ciudadana y el crimen organizado implementadas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL a través de los Decretos Nros. 228/16 y 50/17, sus modificatorios y complementarios, y las Leyes Nros. 27.272, 27.304, 27.307 y 27.319, **dicho porcentaje seguirá incrementándose sustancialmente durante el año en curso, proyectándose un crecimiento sostenido de la población carcelaria.**” (conf. conf. resolución n°184/ 2019 MJyDHN, es mia la negrita)

²¹ Es vital la promoción y la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad para grupos vulnerables, tales como mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, con impulso en la utilización de dispositivos de vigilancia electrónica, aumentándose los servicios diarios de supervisión, monitoreo y rastreo electrónico de personas procesadas y/o condenadas. En este línea la Resolución M.J.y D.H. N se amplió a todo el territorio nacional la aplicación del Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica, y por la Resolución RESOL-2016-808-E-APN-MJ se fijó un orden preferencial y no excluyente de asignación de dispositivos a personas en condiciones de vulnerabilidad.

²² Hago mención aquí en el ámbito federal los efectos de la aplicación de la Ley N° 27.375, modificatoria de la Ley N° 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, que reforma el régimen de progresividad en la ejecución de la pena privativa de la libertad restringiendo institutos respecto de un número considerable de personas condenadas. La ley 14296 sigue la misma línea en la ley 12256 de la Provincia de Buenos Aires. Ver sobre el tópico: Gouvert, Juan Fernando, “Los excluidos de la reinserción: a propósito de las restricciones de los arts. 14, apart. 2º, del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660”, Legislación Argentina (EDLA), El derecho, 10 DE NOVIEMBRE DE 2017, Nro. 11, sección doctrina, pags. 17 a 37 .

al medio social libre, eventuales aumentos de escales penales, la histórica falta de recursos en los patronatos de liberados para realizar un seguimiento y facilitación en la reinserción del liberado, son factores todos que – sin perjuicio de otros²³- contribuyan para que las condiciones en que se cumple la pena de prisión en las principales jurisdicciones del país sean muchas veces indignas, degradantes e inhumanas²⁴ y sean altamente ineficaces y contrarias para su declamado fin reinsertivo²⁵.

Las fotos que publicó la Procuraduría de Violencia Institucional (Procuvin) sobre el estado de muchas cárceles argentinas²⁶ explica porqué la principal preocupación de los detenidos es su condición de privado de su libertad, sino las potenciales y probables afectaciones accesorias que puede sufrir durante el encierro en su integridad psicofísica: frío, hambre, enfermedad ataques físicos y privaciones de todo tipo, etc. Tanto o mas preocupa

²³ Entre los fundamentos que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación arguyó para dictar la emergencia carcelaria se lee “Por un lado, las órdenes judiciales de fijación de cupo establecen límites rigurosos a la capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios federales. A su vez, las órdenes de permanencia impiden el traslado de detenidos hacia unidades ubicadas en el interior del país. Estas circunstancias, entre otras, obstaculizan la planificación y la gestión de la política penitenciaria y, con ello, desencadenan situaciones caracterizadas por la sobrepoblación de los establecimientos ubicados en determinadas zonas. Que estas decisiones han superado particularmente la capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios ubicados en la región metropolitana conformada por la CAPITAL FEDERAL y las localidades adyacentes a ella de la PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (conf. Resolución N° 184/2019; MJyDHN)

²⁴Es innegable que la misma sobrepoblación afectar la salubridad y aumentar la violencia intracarcelaria entre de los detenidos, con el consecuente espiral violenta que ello genera, ya que a mas encarcelados con el mismo cupo, mas conflictos, más motines, mas violencia, etc.

Como se expone “En la actualidad no sorprende anoticiarse de diversos motines que se suscitan en el sistema carcelario bonaerense, pero aún más y con resultados mucho más trágicos en las comisarías de la policía provincial que, a pesar de lo dispuesto en el ya citado fallo “Verbitsky” de la CSJN, nunca han dejado de mantener detenidos en sus calabozos, con el agravante del aumento escandaloso de la tasa de detención registrada en nuestro país en los últimos diez años, tal como lo he señalado en párrafos anteriores. Los factores motivantes de las revueltas que indica el autor en la obra, pueden verse reflejados en el aquí y ahora del sistema penitenciario bonaerense, y culminan en motines principalmente en las comisarías donde las condiciones de detención son inhumanas y el hacinamiento es alarmante. Cualquiera sea el motivo desencadenante o que termine de “agitar el avispero”, lo cierto es que, como bien observó el autor, el trasfondo tiene bases mucho más profundas que reposan en la violación sistemática de derechos fundamentales de los detenidos, lo que provoca un malestar generalizado que no tiene respuesta por parte de las autoridades” (Dughetti Lucas Adrián “La sociedad de los cautivos”:, op cit.)

Eugenio Zaffaroni en esta senda sostiene: “La pena de prisión es la más grave que se le puede imponer a una persona debido al inevitable efecto deteriorante de toda institucionalización total o de secuestro. Las condiciones carcelarias en América Latina aumentan en diez o quince veces los riesgos para la vida y para la salud, con lo cual se convierte en una pena corporal...” (Zaffaroni, E. R., “Estructura Básica del Derecho Penal”, Editorial Ediar, 2012,pags. 243/244).

²⁵ Recordemos que normativamente la pena privativa de la libertad tiene como finalidad la adecuada inserción social de las personas en contexto de encierro, procurando que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley. (Conf. 10 apart. 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 5 apart. 6 Convención Americana sobre Derechos humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; Art. 18 CN; Art. 1 y ccdtes. Ley 24.660; Art. 4 y ccdtes. Ley 12.256).

²⁶ Fotos e informes disponible en <https://procuvinenlascarceles.mpf.gob.ar/>

al procesado o penado el contenido intrínseca y sustancialmente aflictivo ²⁷ que significa la ya de por sí grave pérdida temporal de la libertad locomotiva²⁸, sino los padecimientos facticos que transita el individuo durante su encierro.

Trataré de alejarme entonces de estadísticas reiterativas²⁹ y declamaciones jurídicas fútiles, para tratar de analizar que impacto podrá tener una incipiente una reforma penal fondal a discutirse y su impacto en este sombrío y crítico³⁰ panorama penitenciario.

²⁷ Es que toda privación de la libertad implica un dolor, un sufrimiento que quita no sólo la posibilidad de transitar sino también la de ejercerse como una persona en su totalidad. Ello es así, aun cuando la privación de la libertad se erija como una pena estatal, como una potestad del Estado ante la comisión de un hecho catalogado como delito; pues, aun bajo el manto de legalidad, privar de la libertad es quitar tiempo de vida aflictivamente (conf. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág.43)

²⁸ Si bien todas las penas vigentes en Argentina constituyen una privación de derechos o la imposición de un dolor, la privación de la libertad se presenta como la pena que más afecta a las personas, sea a quienes la padecen por sí o a quienes las rodean. Esa característica aflictiva intrínseca varía cualitativa y cuantitativamente en virtud de cada coyuntura, de cada lugar y condición de detención. (Al respecto ver MATHIESEN, Thomas, Juicio a la prisión. Una evaluación crítica, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 213, quien siguiendo la obra La sociedad de los cautivos de Sykes, Gresham, analiza y describe al contenido del encarcelamiento como padecimiento.)

²⁹ A modo de ejemplo el Servicio Penitenciario Bonaerense, tiene la población carcelaria individual más grande del país con 38.883 detenidos en unidades y alcaldías -1.388 son mujeres-, población que supera la capacidad de alojamiento del SPB en más de 10.500 individuos, según cifras oficiales. Las **comisarías** de la Policía Bonaerense tienen una **capacidad** colectiva de detención de 1.008 internos, teniendo al al 28/2/18 unos 3.473 en todo el territorio provincial. Para tomar dimensión de la compleja situación que atraviesan las cárceles bonaerenses alcanza con **una simple operación matemática: donde hay lugar para 28.810 presos actualmente hay alojados 42.064**

En el sistema penitenciario federal, según el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena, en el país hay hoy 3500 más presos y presas que en 2015. La cifra actual que engloba a la población carcelaria, 13373 personas en situación de encierro, supera en un 12 por ciento la capacidad que ofrece el sistema penitenciario para alojarlos, con 12235 plazas. (conf. <http://www.saij.gob.ar/estadisticas-ejecucion-de-la-pena>) Más de la mitad de los presos y presas del país, el 57 % según las cifras oficiales, están encerrados sin condena. El 63 por ciento se encuentra alojado en establecimientos penitenciarios de la región metropolitana.

Para un panorama completo consultar el Informe Anual 2019 de la Procuración Penitenciaria de la Nación titulado "La Situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/miscelaneas47789.pdf>

³⁰El Cels expuso: "Las decisiones de política criminal de las autoridades de la provincia de Buenos Aires agravaron una situación que ya era crítica y que está produciendo un récord histórico de sobrepoblación y hacinamiento. Entre diciembre de 2012 y mayo de 2018 la tasa de personas detenidas pasó de 180 a 255 cada 100.000 habitantes en cárceles, alcaldías y comisarías. Una de las consecuencias de este crecimiento es la cantidad de personas alojadas en las comisarías, que se duplicó entre diciembre de 2015 y julio de 2018. Las autoridades del Ministerio de Seguridad de la provincia reconocen que los camastros disponibles en cada comisaría están ocupados y que hay un 246% de sobreocupación. A esto último se suma que del informe presentado por el Poder Ejecutivo se desprende que el 80% de las dependencias policiales no cuentan con elementos para prevenir incendios, lo que significa que se encuentran latentes las condiciones de posibilidad para que hechos como la masacre de Pergamino, vuelvan a ocurrir. A la sobrepoblación y el hacinamiento crecientes se suman la persistencia de la tortura y los malos tratos y las pésimas condiciones de salud que caracterizan a las cárceles de la provincia." (Artículo disponible en <https://www.cels.org.ar/web/2018/07/%e2%80%8breunion-con-la-suprema-corte-de-la-provincia-de-buenos-aires-%e2%80%8bpor-%e2%80%8b-la-emergencia-humanitaria-en-las-carceles-y-comisarias/>)

III-El proyecto de Código Penal de la Nación y su eventual impacto penitenciario

Habiendo terminado la labor de una comisión³¹ –otra más³²- que estudió e ideó una reforma y actualización integral al farragoso y expandido³³ derecho punitivo³⁴ argentino³⁵, el nóvel proyecto de Código penal ya tiene estado legislativo³⁶ y esperemos sea debatido este

³¹ En 2017 el decreto 103/2017 creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la «Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación», la que tendrá a su cargo la elevación al Poder Ejecutivo Nacional de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación”;

³²En general desde su sanción en 1921, el Código Penal tuvo 900 modificaciones parciales. **Este es el decimoctavo intento de reforma integral del Código Penal desde su sancion y, el tercero de lo que va en este siglo.**

Recuerdo que en mediados del año 2005 se concretó el “Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal”, que fue dado a conocer mediante las resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05, el cual, tenía 341 artículos, constituyendo nuevo Código Penal, con mayor coherencia y razonabilidad en tipificación de conductas y en monto de penas. **Desgraciadamente no fue tratado por el congreso Nacional debido a la polémica en la opinión publicada por cierta flexibilización al tipo penal del aborto.**

En mayo del año 2012 se inició un nuevo proceso de recodificación de la legislación penal por medio de la creación de una “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”, plasmado en el Decreto 678/2012 PEN del 07/05/2012, BO 08/05/2012 (disponible en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>). Ante la falta de consenso político motorizado por una campaña de junta de firmas de un partido político que se oponía al debate legislativo de la reforma, **tal anteproyecto tampoco fue discutido parlamentariamente.**

³³ El período comprendido entre los años 2007 y 2011 constituyó un lapso temporal de seria inflación y expansión de la legislación en materia penal. Durante estos cinco (5) años se sancionaron numerosas leyes penales especiales y modificatorias del Código Penal de la Nación, pudiendo mencionarse solo a modo de ejemplo las siguientes: la ley 26.268, “Modificación del Código Penal. Asociación ilícita terrorista”; 2) ley 26.364, “Prevención y sanción de la trata de personas”; 3) ley 26.472, “Ejecución de la pena privativa de la libertad. Detención domiciliaria”; 4) ley 26.377, “Seguridad Social. Convenio de responsabilidad gremial”; 5) ley 26.695, “Modificación de la ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la Libertad”; 6) ley 26.705, “Modificación del Código Penal. ‘Ley Piazza’. Prescripción de delitos contra la integridad sexual”; 7) ley 26.733, “Modificación del Código Penal”; 8) ley 26.735, “Modificaciones al Régimen Penal Tributario”; 9) ley 26.734, “Modificación del Código Penal (Prevención, Investigación y Sanción de Actividades Delictivas con Finalidad Terrorista)”; 10) ley 26.735, “Modificación del Régimen Penal Tributario (Ley 24.769)”; 11) ley 26.738, “Modificación del Código Penal (sustituye el art. 132)”; 12) ley 26.791, “Femicidio”. En suma, aumentar las penas en delitos, tipificar otros como el femicidio son ejemplos positivos para quienes sostienen esto sirve para resolver conflictos. Otros expertos sostienen que la pena no disuade y hablan de legalismo mágico. (conf. www.pensamientopenal.org/la-inflacion-penal-una-solucion-o-apeenas-demagogia-legislativa-2/)

³⁴ El Código Penal de la Nación perdió este a lo largo de los años, la unidad normativa, la coherencia y la lógica intrasistémica, la razonabilidad y proporcionalidad en sus penas y qué, en ocasiones, producto de la disgregación y atomización legislativa, poniendo en serio riesgo el principio de igualdad ante la ley

³⁵ Entre otras reformas, se dictan innumerables figuras penales, cambian escales punitivas ante cada suceso mediático con la pueril y cándida creencia de solucionar todo factor criminógeno con el sistema penal. En efecto, un integrante de la reciente “Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación” el Dr. Mariano Borinsky expuso :”. No. se puede avalar con seriedad que el "derecho penal vigente" sea aquello que se estableció en un Código que tiene casi 100 años, y que ha tenido tantas reformas (900) y leyes complementarias que difícilmente se sepa qué es todo lo que está prohibido y cuál es la pena. Esta percepción no es nueva; por ello, en los últimos diez años, se presentaron tres proyectos que no fueron aprobados, por temas controvertidos tales como: aborto, reincidencia, limitación temporal de las penas. “(Nota “El nuevo Código Penal, o un contrato social moderno con delitos y penas coherentes”, diario “La Nación 14/2/ 2017, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1984477-nuevo-codigo-penal>)

³⁶ El proyecto lleva el número PE 52-19 (Mensaje 60-19), ingresó a la cámara alta el 25 de marzo pasado y fue girado al día siguiente a la Comisión de Justicia y Asuntos Penales. Texto disponible en <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/03/Proyecto-de-Ley-Codigo-Penal.pdf>

año al menos en el Senado de la Nación. Aquí reseñaremos -como otras veces³⁷-, sus principales características, enfocándonos sobre todo en la aplicación, determinación, duración, modalidades de cumplimiento y extinción de la pena de prisión y su posible impacto en la realidad carcelaria.

Marginando el innegable recrudescimiento en la población carcelaria que aparejará un eventual aumento punitivo de cada tipo penal previsto de la parte especial, optaremos por la metodología de analizar las condiciones de imposición de la pena de prisión en la parte general por brindar un panorama más abarcativo que el análisis, igualmente necesario, comparativo de las escalas penales concretas entre *lege data* y *lege ferenda*.

Por empezar, mas allá de la oportuna supresión de la pena de reclusión caída en desuetudo y prever la punición de las personas jurídicas, el proyecto actual lista las penas para las personas físicas en las clásicas prisión³⁸, multa e inhabilitación y mantiene el inhumano y desociabilizante máximo aplicable en cincuenta años de prisión en el caso de concurso real. Con ello se perdió la enorme oportunidad de ampliar y humanizar la arcaica penología argentina lo que sí contemplaba del anteproyecto de “Zaffaroni” del 2012 con las “alternativas a la prisión”³⁹ **que también preveía el razonable tope leal explícito de 30 años para la pena de prisión**⁴⁰.

Con respecto al ejercicio de la acción penal pública se mantuvo el criterio rector de oficialidad, pero enhorabuena se incorporan y especifican en la ley fonal criterios de oportunidad y disponibilidad -con algunas restricciones⁴¹- para el Ministerio Público Fiscal, lo que armonizará las disparidades en las normativas provinciales y fortalecerá el principio de igualdad ante la ley en todo el territorio nacional.

³⁷Ver sobre el tema Gouvert, Juan Fernando Eventuales implicancias penitenciarias del anteproyecto de Código Penal” Revista de “EL DERECHO PENAL” doctrina y jurisprudencia, mayo de 2007, Revista nº 5, Sección “Doctrina”, Pags. 21 a 30

³⁸ En este somero estudio comparativo nos guiamos por los artículos de “¿Sera ley el proyecto de código penal?” de Martín Domínguez y Jorge Benavídez y “ Anteproyecto del nuevo código penal 2018. ¿Claves del nuevo código penal de argentina?” de Gustavo Gabriel Cuellar , disponibles en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47706.pdf> y <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46788.pdf>, respectivamente

³⁹ El art 22 del citado ante proyecto disponía “- Penas alternativas a la prisión En los casos y condiciones previstas en este Código, la pena de prisión podrá sustituirse por las siguientes: a) Detención domiciliaria. b) Detención de fin de semana. c) Obligación de residencia. d) Prohibición de residencia y tránsito. e) Prestación de trabajos a la comunidad. f) Cumplimiento de las instrucciones judiciales. g) Multa reparatoria”. (conf. Decreto 678/2012, BO 08/05/2012)

⁴⁰ Conf. arts. 12 inc. 2 y 21 inc. 1, Decreto 678/2012.

⁴¹ El fiscal no podrá aplicar criterios de oportunidad si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género o motivado por razones discriminatorias.

Se conservan los términos de la suspensión de juicio a prueba -con explícita exclusión de los casos de violencia de género⁴²- y en la condena de ejecución condicional se dispone que la facultad del magistrado para concederla será “excepcional” y se agrega el cumplimiento de tareas no remuneradas a favor del Estado o instituciones de bien público⁴³. Si el tribunal concluyera que no corresponde dejar en suspenso la ejecución de la primer condena de hasta tres años, e establece el “cumplimiento de la pena bajo modalidad de detención domiciliaria” con uso obligatorio al condenado de un dispositivo electrónico de control. Se eliminan los motivos humanitarios, etarios o de maternidad que prevé el actual art. 10 del CP.

La determinación de las penas impuestas a personas físicas tendrá como fundamento preponderante “la reprochabilidad de la conducta del condenado por el ilícito cometido, como así también las consecuencias para su vida futura en la sociedad”, valorando circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso “en cuanto éstas no fueran elementos constitutivos del delito”. Se conservan las circunstancias generales tradicionales en la calibración punitiva⁴⁴, pero se especifican “circunstancias especialmente agravantes”, que “hacen aplicable” el tercio superior de la escala penal⁴⁵ si no concurriesen atenuantes, y se detallan casos particulares de atenuación pudiendo el tribunal reducir la pena conforme la escala de la tentativa. Idéntica reducción mediará si durante la sustanciación del proceso el

⁴² Se plasma claramente el fallo “Gongora” (conf. CSJN. 61. XLVIII. RECURSO DE HECHO Gongora, Gabriel Arnaldo si causa n° 14.092.”, 23/4/2013)., resultando improcedente la suspensión del juicio a prueba en aquellos casos en que se trate de una problemática de género atento a que habiéndose obligado el Estado Argentino a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y es por ello que suspender el proceso a prueba implicaría un incumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención de Belém do Pará y en consecuencia podría la Argentina incurrir en responsabilidad frente a la comunidad internacional.”(conf. Lecciones y Ensayos, Nro. 96, 2016 Laiño Dondiz, Manuel, “Una mirada crítica al fallo ‘Góngora’ de la C.S.J.N. ...”, pp. 153-186, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/una-mirada-critica-al-fallo-gongora-dela-csjn-una-tesis-de-contradiccion-salvable-por-la-victima.pdf>)

⁴³ El cumplimiento de tareas comunitarias será obligatorio para quienes sean condenados a penas de ejecución condicional

⁴⁴ Vgr. Por un lado La naturaleza y gravedad del hecho, la importancia de los deberes transgredidos, así como la magnitud del peligro y el daño producido a la víctima, atribuibles al condenado; y por otro la calidad de los motivos y la actitud del condenado frente al derecho

⁴⁵ Así, se exige que se parta del tercio superior de la escala penal prevista para un delito cuando el hecho se ejecute con alevosía, aprovechando la vulnerabilidad de la víctima o produciéndole especial sufrimiento, cuando haya sido cometido por motivos discriminatorios, o con violencia de género, o despreciando una condición de vulnerabilidad de la víctima, sea por su edad, por la condición de persona mayor, por su condición social o por las tareas que desempeña, por la pluralidad de intervinientes y por el alto grado de organización del hecho, y la comisión del hecho a pesar de haber sufrido una condena anterior, o en ocasión de una morigeración de la ejecución de una pena de prisión.

imputado brindasen información o datos precisos, comprobables y verosímiles respecto a ciertas figuras penales⁴⁶.

Aunque resulta saludable la eliminación de los “agravantes genéricos” que aumentaban en abstracto la escala penal aplicable, vemos con alarma como se restringe la dosimetría de la pena reservada al prudente arbitrio judicial, mas allá que entendemos que la aplicación de tales circunstancias agravantes necesitan la previa e indispensable alegación, prueba y discusión entre las partes.

El proyecto modifica la Libertad Condicional, para el caso de su revocación por comisión de un nuevo delito, y con el objeto de zanjar el debate doctrinario y jurisprudencial actual⁴⁷ referido a la necesidad de contar –o no- con sentencia firme anterior al vencimiento del término de la libertad condicional, para habilitar la revocación, **se ha optado por no exigir firmeza en la sentencia por el segundo delito.** Además, se agrega un requisito temporal: cinco años a partir del momento en el cual habría debido extinguirse la pena .

La reincidencia sólo se mantiene para los delitos dolosos, requiriendo que la pena debe haber sido al menos parcialmente cumplida (reincidencia real). Persiste la imposibilidad de acceder a la libertad condicional para los reincidentes -salvo que hubiesen cumplido 35 años de prisión y demás requisitos previstos- y para los condenados por delitos dolosos cometidos con violencia que hayan conllevado para la víctima graves daños físicos o mentales o la muerte ⁴⁸. La ilegal y contraproducente tendencia normativa de excluir a los condenados por ciertos delitos de la libertad condicional y otros beneficios que coadyuvan a la reinserción del condenado fue criticada por esta parte años atrás⁴⁹, crítica de alguna

⁴⁶ Así mantiene la figura del colaborador eficaz (o arrepentido) para los delitos actualmente previstos en el actual 41 ter CP y se amplía para aquellos delitos cuya pena máxima sea igual o superior a 15 años de prisión, cuando el tribunal considere que por la complejidad de los hechos o de la investigación, resulta necesario aplicar esta técnica de investigación.

⁴⁷ Pérdida de libertad condicional VS. el derecho a la resocialización. TOC 15. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos35012.pdf#viewer.action=download>

⁴⁸ Por ejemplo, por los delitos de homicidio agravado, abuso sexual agravado, secuestro extorsivo o cualquier otra privación ilegal de la libertad agravada, trata de personas, tortura, desaparición forzada de personas, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos de guerra y terrorismo, hasta que hayan cumplido 35 años de prisión o, en caso de múltiple reincidencia, 40 años. La misma prohibición se aplica para los delitos de corrupción de menores, explotación de la prostitución, contrabando agravado, financiamiento del terrorismo y tráfico de estupefacientes

⁴⁹ Ver Gouvert, Juan Fernando, “Los excluidos de la reinserción: a propósito de las restricciones de los arts. 14, apart. 2º, del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660”, Legislación Argentina (EDLA), El derecho, 10 /11/2017, Nro. 11, sección doctrina, pags. 17 a 37.

manera validada en forma reciente por la Corte Suprema de Salta que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14, 2do párrafo del Código Penal y 56 bis de la Ley 24660⁵⁰

En la temática específica de población carcelaria, se impulsa una interesante coordinación entre los servicios penitenciarios federales y provinciales - ambos superpoblados actualmente- por lo la cual los condenados con penas de cinco años o más por tribunales locales serán admitidos en los establecimientos nacionales, pudiendo las provincias y la CABA trasladarlos cuando no tuviesen establecimientos adecuados, lo cual, por lo menos en la provincia de Buenos Aires, sucede hace décadas⁵¹.

Finalmente, se propone un Seguimiento Socio Judicial, como medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, para delitos muy graves o que involucren violencia de género, consistiendo en la imposición de determinadas medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos que el condenado debe respetar durante un plazo máximo de 10 años, con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta⁵².

Lo brevemente expuesto, sujeto al necesario y pleno debate legislativo, eventualmente podrá repercutir en aumentar el ingreso, permanencia o dificultar el egreso de la población penitenciaria, pero el aspecto legal es sólo una parte del complejo problema abordado.

IV-Epílogo: reflexiones y alguna propuesta.

Hace quince años o más, cuando iniciaba esta noble profesión abogadil recorrí una centenaria cárcel bonaerense que actualmente acumula casi un siglo y medio de antigüedad ubicada en terruño de buenos salames y duraznos. El esmerado director me mostró casi todos sus pabellones, sus talleres, su cocina; me impresionaron escenas propias de un realismo mágico: puertas de madera de las celdas en el pabellón central -a la usanza de añejas heladeras de carnicería-, ladrillos ahuecados con resistencias en su interior que

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Salta, Expte. N° CJS 39.417/18, “Cañarima, Diego Alberto – recurso de inconstitucionalidad penal”, 13/5/2019, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/fallos47718.pdf>

⁵¹ Paradójicamente en los considerandos de la resolución 184/ que decreta la emergencia del sistema penitenciario federal, el ejecutivo se queja por la imposibilidad de destinar detenidos hacia unidades ubicadas en el interior del país debido a las órdenes de permanencia judiciales.

⁵² Se plasman en la localización de la persona mediante dispositivos electrónicos, prohibiciones de acercamiento, cursos obligatorios, controles médicos, etc. Serán como normas de vigilancia y conducta impuesta a los efectos preventivos. Entendemos que será motivo de tratamiento específico en un futuro dado su dudosa constitucionalidad a la luz de principios fundante del derecho penal., Como la doble punición, el principio de la trascendencia mínima y claramente la fin de la pena que se propugne.-

servían de improvisadas estufas o calentadores, cuchetas ubicadas a casi dos metros de altura. Al finalizar el recorrido, mi guía dijo **“esto debería ser un museo, pero lo hacemos funcionar”**. Aún hoy no comprendo del todo como todavía funciona dicho establecimiento carcelario, antes y ahora superpoblado, abrazado por el casco urbano y pleno de carencias, pero mantenido con estoico esfuerzo del personal penitenciario.

Mientras finalizo estas líneas un fallo de la Cámara Federal de Casación prohibió el ingreso de nuevos internos a la cárcel de Marcos Paz sobre población⁵³, inclusive el estado de la unidad condujo a un magistrado a considerar “al reemplazo de la denominación cárcel por la de “depósito humano” o incluso “vertedero”, que se gestiona con una lógica de población enemiga y no ofrece promesa alguna de reforma sino de mera inocuización.”⁵⁴.

Resulta difícil ser más elocuente en el diagnóstico.

A esta altura es monótono recordar el rosario de violaciones a los derechos humanos que se cometen no respetando siquiera las condiciones mínimas bajo las cuales el Estado puede privar a una persona de la libertad en forma legítima⁵⁵ y cuya quebranto u omisión

⁵³CFedCP, Sala II, causa n° FSM 8237/2014/13/CFC1, “PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN s/recurso de casación”, 28/6/2019, texto disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/147/000085147.pdf>

⁵⁴ El Dr. Slokar concluyó “ Que la situación observada en los considerandos precedentes se inscribe en una dinámica de gran encierro importada en muchos países de la región, en donde más de la mitad de los presos no están condenados sino en prisión preventiva, siendo que de esta mayoría de inocentes el grueso lo componen aquellos encerrados por delitos contra la propiedad y distribuidores de tóxicos en pequeña escala, masiva segregación que conduce al reemplazo de la denominación cárcel por la de “depósito humano” o incluso “vertedero”, que se gestiona con una lógica de población enemiga y no ofrece promesa alguna de reforma sino de mera inocuización”.(conf. fallo cit., considerando 10, voto del Dr. Slokar.)

⁵⁵ Nos referimos concretamente a las condiciones que el Estado está obligado a garantizar durante la ejecución del encierro propiamente dicho, entre ellas: a) derecho a condiciones carcelarias adecuadas y dignas (art. 18 CN; art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); b) prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 2 y 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes); c) obligación de respetar, en la ejecución del encierro carcelario, la separación entre procesados y condenados (art. 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); d) obligación de garantizar el alojamiento de las personas menores de edad en lugares distintos de los destinados al alojamiento de aquellas mayores (art. 37 inc. c de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

hacen **indigno**⁵⁶ **el encierro**⁵⁷ **y responsable al país ante organismos internacionales.** Es que: "...la única manera de hacer compatible el principio constitucional de resocialización con los demás principios de un Estado de Derecho es entenderlo como una obligación del Estado de proporcionar a las personas privadas de su libertad, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al momento de recobrar su libertad"⁵⁸.-

Parafraseando a Radbruch que expresaba que lo ideal no era un Derecho Penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal para asegurar las libertades sin restringir ninguna; lo ideal no es una cárcel mejor, sino algo mejor que la cárcel, **pero eso hoy no parece posible.** Abolidos los castigos corporales, y con salvedad de la pena capital aún vigente en USA, desde el siglo XIX la civilización occidental no crea ni justifica otra pena para retribuir legalmente ilícitos mas o menos graves⁵⁹.La pena de privación de libertad no es concebible sin entender el principio de retribución equivalente propio del capitalismo, pues en él todas

⁵⁶ La sobrepoblación carcelaria es la muestra más clara de la violación por parte del Estado del derecho a condiciones carcelarias dignas. El artículo 18 de la Constitución Nacional no deja margen de interpretación en cuanto a que son los jueces los responsables de impedir esta violación, resolver las situaciones particulares que llegan a su estudio y fijar pautas mínimas con la firmeza necesaria para llamar la atención de los demás poderes del Estado a los que debe controlar. En este sentido, la Constitución Nacional es terminante: "[...] toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos [a las personas privadas de su libertad] más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

⁵⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "[e]n los términos del artículo 5.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos".(CIDH, caso "Neira Alegría y otros", sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60).

⁵⁸ Juz. Ejec Penal n° 2, La Plata, resolución del 18/6/2019, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/fallos47762.pdf>

⁵⁹ En este sentido "La prisión como pena y como institución, nace recientemente, es una pena moderna: para unos –como Foucault- aunque la "forma-cárcel" es muy antigua, la pena de prisión y su institucionalización fue formulada por el pensamiento ilustrado y triunfó en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo: a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se sustituye una penalidad suplicial (arte de las sensaciones insoportables sobre el cuerpo), propia del despotismo absoluto, por otra más apropiada a la nueva sociedad contractual, la que extorsiona el tiempo del reo (el castigo pasa a ser una economía de los derechos suspendidos). Otros, en cambio, como Ferrajoli, compartiendo básicamente los planteamientos foucaultianos (y post-foucaultianos), matizan su cronología y dicen que nació realmente con los planteamientos liberales reaccionarios de mitad del XIX y sobre todo con el fin de la codificación a finales de la centuria pasada. Muchos tratadistas del derecho siguen explicaciones formalistas como la de Elías Neuman: hubo un período anterior a la sanción privativa de libertad en el que el encierro sólo era un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio, y después, a partir del siglo XVI, con algunos antecedentes, comienzan sucesivas etapas (un período de explotación por parte del estado de la fuerza de trabajo de los presos, un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final marcado por los objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post-penitenciarios" (Oliver Olmo, Pedro. "Origen y evolución histórica de la pena de prisión", disponible en <http://blog.uclm.es/pedrooliver/files/2013/01/historiaPrision.pdf>)

las formas de riqueza se reducen a la forma más simple y abstracta del trabajo humano medido por el tiempo: **en el modo de producción capitalista se puede establecer la equivalencia entre el daño producido por el delito con el pago de la pérdida de libertad durante cierto quantum de tiempo.**

Resulta imperioso e impostergable trabajar en los ámbitos jurídico, legal, ético, filosófico, sociológico, psicológico y, porque no, político, social y hasta económico para repensar la penología existente y ampliarla para brindar la posibilidad de otra respuesta punitiva ante injustos graves, de manera que sin descartar la eventual aplicación de la clásica prisión, amoldar mejor la respuesta estatal a la índole del ilícito con otro castigo alternativo⁶⁰ y/o diferente igualmente proporcional, lícito y legal.

Lo expuesto no es una utopía abolicionista, lejos está de eso. Muy por el contrario, es una alerta sobre el vaciamiento de contenido y sentido que experimenta el cumplimiento y funcionamiento real de la pena de prisión, que antes de reinsertar, excluye, que so pretexto de quitar temporariamente la libertad ambulatoria quita y afecta muchos más derechos y expone a otros peligros en la integridad psicofísica al detenido/condenado. La urgente reflexión de toda la comunidad es un llamado humanitario para que sociedad no siga tapando, al decir de Sarlo, que hace con sus presos.

Hasta podría conjeturarse de manera maquiavélica que repensar el funcionamiento real de pena de prisión y de las cárceles, con ampliación penológica en lo legal, es un vital principio de autopreservación o inclusive defensa social bien entendida para prevenir eventuales repetición de actos disvaliosos o asegurar la tan declamada pero solo a veces efectiva reinserción⁶¹, ya que las penas temporales algún día terminan y el individuo regresa a la sociedad con entendible rencor no ya de la justa prisión o su duración, sino de los padeceres de la experiencia de encierro. Al decir de Sykes: “hasta qué medida el sistema social existente trabaja para el deterioro del detenido más que para su rehabilitación; hasta qué medida el sistema puede ser modificado; hasta qué medida estamos dispuestos a modificarlo: estos son los temas que nos interpelan”⁶².

⁶⁰ De hecho la Revista Derecho Penal Año I - N° 1 - Mayo 2012 editada otrora por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, estuvo íntegramente dedicada al tema “Alternativas a la prisión”. , disponible <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/06/doctrina36360.pdf>

⁶¹ Es indudable que para evitar la reincidencia de ciertos delitos, en general contra la propiedad o de drogas, resulta indispensable la educación y adquirió de un oficio intramuros.

⁶² Conf. SYKES, G., “La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad”. 1° ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2017. (Nueva Criminología, dirigida por Máximo Sozzo, pag. 195

Mientras tanto, la superpoblación y hacinamiento carcelarios y la consecuente violencia *intramuros*⁶³ que engendran y retroalimentan -violencia potencialmente reproducida posteriormente extramuros-, se repiten cíclicamente y persistentemente hace décadas en Argentina⁶⁴ y afecta gran parte de sus principales sistemas penitenciarios: el federal y el bonaerense.

El problema no pasa solo con una mera cuestión estadística sobre cupos o porcentajes de superpoblación tratados de “solucionar” con la creación artificial de plazas carcelarias o inclusive la apertura, aunque alivie transitoriamente y sean necesarios, de nuevos establecimientos. No, es complejo, policausal, ya que el análisis del fenómeno de la sobrepoblación carcelaria requiere evaluar la actividad de todos los poderes del Estado de manera individual y en su conjunto; pudiendo aventurar que la cuestión tiene su génesis⁶⁵ en: a) la **inconsistencia de las políticas públicas adoptadas en materia criminal y penitenciaria**⁶⁶ cristalizada en restricciones en materia excarcelatoria, la exclusión de beneficios/derechos en la etapa de ejecución de la pena, la creación de nuevos tipos penales y el aumento de pena de los existentes, etc; b) **deficiencias de orden normativo que**

⁶³ Concuero en “violencia carcelaria” es: “... aquella que proviene de las instituciones del Estado y tiene la capacidad de afectar directamente la vida o la integridad física de las personas privadas de su libertad. Aquí cabe incluir los hechos violentos que ocurren en las prisiones y cuya responsabilidad es atribuible al Estado en tanto garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Dicha responsabilidad estatal surge de la obligación de garantizar la seguridad de los internos, no solo evitando un trato cruel, inhumano o degradante por parte del personal penitenciario, sino también previniendo que ocurran hechos perjudiciales para su integridad física y su vida (tanto si provienen de la agresión de otro interno como si se trata de autolesiones).” (Cecilia Ales, Rodrigo Borda y Rubén Alderete Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, en “Colapso del sistema carcelario. Temas para pensar la crisis”, obra colectiva del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005, pag. 16, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/Colapso-del-sistema-carcelario.pdf>)

⁶⁴ En la Argentina, en particular, el problema se verifica tanto en la jurisdicción nacional como en las provinciales. Teniendo en cuenta lo anterior, se abordará la cuestión de manera genérica. Sin embargo, cabe aclarar que recurrentemente se hará referencia a la situación de los sistemas carcelarios federal y de la provincia de Buenos Aires, dada su particular gravedad.

⁶⁵ Conf. Ales, Borda y Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, op. cit.

⁶⁶ En este sentido “Una de las causas más evidentes del exceso de personas alojadas en establecimientos carcelarios es la ausencia de un diagrama serio de política criminal, coherente y acorde con las herramientas disponibles para sustentarlo. La Argentina ha optado por la utilización del derecho penal como principal método de solución de conflictos y, sobre la base de este modelo, el empleo de la prisión como pilar del sistema punitivo. A ello se suma el hecho de que, en los últimos años, las normas procesales sufrieron un grave retroceso en el reconocimiento de garantías básicas de las personas sometidas a proceso penal y se produjo un endurecimiento intenso en la regulación legal penal en general, lo que contribuye a la construcción de un sistema que pretende que ningún culpable resulte impune, aunque habilita también la posibilidad de que un inocente sea castigado.” (Conf. Ales, Borda y Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, op. cit., pag. 21)

prevean mecanismos y medidas concretas para impedir el alojamiento de personas por sobre la capacidad de los establecimientos carcelarios⁶⁷, vgr. falta de una ley de cupos, etc.; y c) **deficiencias en la administración de justicia**, ya que con honrosas salvedades como los Dres. Esquenazi, Laiño y Lucini que motivaron este artículo -entre la buena voluntad de otros magistrados también comprometidos- y el icónico caso “Verbitsky”, la respuesta jurisdiccional al **hábeas corpus correctivo colectivo usado** ante el agravamiento ilegítimo de las condiciones de encierro de las personas privadas de su libertad no es siempre es eficaz porque muchas veces es relativizada por constantes rechazos por parte de los tribunales ⁶⁸, y casi siempre las soluciones son provisorias y casuísticas sino cuentan con el seguimiento y compromiso de las autoridades ejecutivas competentes, d) **serias deficiencias y falta de mantenimiento adecuado en la infraestructura carcelaria**, ya es los aspectos edilicio, habitacional, sanitario, recreativo, etc.

Agrava el panorama que los procesos judiciales sean largos, que las condenas de cumplimiento efectivo sean p representan una proporción cada vez mayor en relación con el total de sentencias condenatorias y las penas sean cada vez más largas.

Aunque abrigo personalmente reservas sobre ciertos aspectos del proyecto de nuevo digesto fonda punitivo patrio, algunas ya dichas, su amplia discusión republicana – con los lógicos vaivenes, reformas y consensos democráticos - resulta una oportunidad inmejorable para discutir alternativas a la prisión y una impostergable ampliación de la penología argentina. Una extensión de la facultad jurisdiccional para sustituir la pena de prisión por una detención domiciliaria con el debido control a condena de mas de tres años es un buen comienzo.

Asimismo existen otras posibilidades en el ámbito legislativo como facultar expresamente al juez de ejecución para que, una vez cubiertas las plazas de una unidad

⁶⁷ Es más: “cuando se ha pretendido introducir alguna disposición concerniente al problema, se ha utilizado una redacción vaga y decididamente ineficaz. Un claro ejemplo es el artículo 59 de la ley nacional 24.660 que dispone que “[e]l número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento”. La redacción normativa consagró el principio de no alojamiento de internos por encima del cupo previsto. Sin embargo, la disposición no es más que una declamación por cuanto no establece ninguna consecuencia jurídica frente a su inobservancia, ni contempla mecanismos concretos para dar solución a los eventuales casos de sobrepoblación. Tampoco consigna una legitimación amplia para denunciar la situación e iniciar las acciones correspondientes, ni enumera criterios legales para adoptar decisiones cuando resulte inminente el exceso de la capacidad establecida.” (Conf. Ales, Borda y Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina...”, op. cit., 27)

⁶⁸ Para algunos ejemplos de tales rechazos jurisdiccionales (Conf. Ales, Borda y Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina...”, op. cit., 29 a 32.)

penitenciaria de su jurisdicción, pueda conceder avances extraordinarios en el régimen progresivo y detenciones domiciliarias, hasta tanto se generen las vacantes necesarias.⁶⁹

Si bien la constitución en los ámbitos federal y bonaerense de sendos comités de crisis carcelarias son pasos necesarios ante la acuciante coyuntura vigente, sus resultados sean efímeros sino **que se avanza en la fijación de estándares normativos mínimos⁷⁰ sobre condiciones de encierro y determinación previa y concreta de cupos de alojamiento máximos para cada establecimiento, con las respectivas sanciones ante su incumplimiento. Advertimos que** no basta con la sola indicación de la cantidad de personas que pueden ser alojadas en un establecimiento carcelario, sino que es indispensable definir previamente cuáles van a ser las condiciones que, como mínimo, debe respetar el encierro y cuyo cumplimiento entraría en crisis al superarse la capacidad de alojamiento fijada⁷¹.

A los efectos de prevenir de la sobrepoblación, son necesarios mecanismos de solución ante el alojamiento de personas por encima de la capacidad de los establecimientos carcelarios, estableciendo la obligación de determinar cada seis meses la capacidad máxima de alojamiento de cada uno de los establecimientos carcelarios bajo su jurisdicción, y la prohibición absoluta de superar este cupo. **De igual manera deviene imperioso un uso racional y no abusivo de la prisión preventiva**, recordando que en el caso “Verbitsky” la Corte ordenó que se ponga en funcionamiento un mecanismo que posibilite la revisión de las medidas de coerción dispuestas por los jueces en cada caso particular⁷².

⁶⁹ Art. 44, inc. g), y art. 95 del Anteproyecto de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad para la Provincia de Neuquén, elaborado por el INECIP

⁷⁰ En “Verbitsky” la Corte Suprema declaró que las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos deberán considerarse contenidos mínimos para interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece que las cárceles deben ser sanas y limpias, interpretándolas como los estándares básicos a los que debe adecuarse toda detención. Las Reglas Mínimas reflejan el consenso de la comunidad internacional acerca de las condiciones elementales para el encarcelamiento de una persona.

⁷¹ Es así que “La necesidad de contar con disposiciones precisas que fijen estándares sobre condiciones de alojamiento se torna una exigencia ineludible para que la determinación de un cupo penitenciario pueda ser efectuada de manera conveniente, además de facilitar la apreciación judicial para el control del cumplimiento de dicho estándar y evitar la discrecionalidad y arbitrariedad en el análisis de casos individuales.” Conf. Ales, Borda y Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina...”, op. cit., 34

⁷² La Corte Nacional había obligado al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que “remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple cada detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas” (conf. CSJN, V. 856. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, 3/5/2005, pto. 5 del resolutorio.)

La construcción de nuevas cárceles debe ir de manera indisoluble y previa a una discusión y replanteamiento de un modelo de política criminal adecuado, respaldado estadísticamente, viable y sustentable en el tiempo correlacionado con los cupos carcelarios ya disponibles para alojar a los detenidos dignamente. No es difícil conjeturar que el endurecimiento irracional del poder punitivo plasmado en el aumento progresivo de la población carcelaria resulta **en el mediano plazo es insostenible e inviable, ya que las más encierro cautelar y penas efectivas más largas en el mediano plazo agotarán las nuevas plazas disponibles y superpoblarán las ya existentes.** Vuelvo al caso Verbitsky: “...se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen, lo que impide hacer cesar la violación de derechos fundamentales y en particular a la vida y a la integridad de los presos, del personal de custodia y de terceros”⁷³.

Finalmente, resulta imprescindible el compromiso duradero de los tres poderes⁷⁴, cada uno en su competencia y función, para que cuando condiciones mínimas de encierro legalmente impuestas y el modelo de política criminal racionalmente adoptado no sean acordes, el Poder Judicial ejerza el control de las condiciones de encierro y haga respetar las garantías de los detenidos y/o condenados que habitan las cárceles .

Ninguna normativa de cupos que no solo fije las plazas sino que establezca criterios concretos y objetivos para gestionarlas y apreciar que tal capacidad se cumpla, ampliación penológica, políticas penitenciarias y criminales consistentes y sustentables, evitar el uso inercial del encierro cautelar, remodelación de las cárceles o construcción de nuevas, o cualquier otra medida legislativa y ejecutiva será **suficiente sin el imprescindible control jurisdiccional que en definitiva garantice que a la pena de prisión se cumpla en lugares “sanos y limpios” y no, como desgraciadamente acontece, en “insanos y sucios”**.

⁷³ Fallo cit. “Verbitsky”, considerando 31 de la mayoría.

⁷⁴ Es fundamental que quienes se discutan medidas revean la política criminal ya que no hay posibilidad de que el hacinamiento y la sobrepoblación de los sistemas penitenciarios se reviertan si no se desacelera el crecimiento de la tasa de encarcelamiento. Es necesario un plan para bajar el nivel de encarcelamiento y revisar las prisiones por delitos leves o no violentos, convocando un espacio de trabajo que establezca cuál es la capacidad real que tienen las unidades carcelaria de acuerdo con estándares constitucionales. Para esto el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial pueden acordar un sistema que fije el cupo penitenciario y contenga un mecanismo para intervenir ante situaciones de sobrepoblación.

El Dr. Mario Alberto Juliano en forma reciente hizo una reflexión lúcida sobre los vaivenes de los procesos de reformas y quienes bienintencionadamente los postulan: “En la región ocurren situaciones intolerables para un estado democrático de derecho que deben ser removidas de modo urgente, porque en esa acción se involucra la dignidad de miles y miles de personas. Y en este sentido es preciso formular un llamado a la rebeldía cívica, a abandonar los lugares comunes y las justificaciones, que nos permita refundar la utopía de una convivencia más armoniosa y pacífica. Eso no solamente nos hará mejores personas sino que también nos convertiremos en mejores sociedades”⁷⁵. **De eso se trata.**

En definitiva, en la tensión perpetua entre tasa de encarcelamiento y capacidad carcelaria, entre ejercicio ideal – y o querido y/o postulado- del poder punitivo y la posibilidad real de encierro digno, debemos repensar las consecuencias fácticas posibles de la aplicación de la pena de prisión **si queremos no ya que cumpla su declamado fin reinsertivo sino evitar que se convierta en un nudo castigo cruel, inhumano y degradante. De los tres poderes -principalmente- y la sociedad civil depende la producción de cambios beneficiosos .**

Ojalá los hechos venideros hagan revertir mi usual escepticismo. Todavía conservo capacidad de asombro. *Tempus narrabo* (el tiempo dirá).

⁷⁵Juliano, Mario Alberto, “La relación de los reformadores y las reformadoras con la sociedad”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47802.pdf>