

## **Medios de impugnación y control en la etapa de ejecución penal**

Por María Sol Blasco (\*)

Índice general

Introducción

I.- Marco normativo de la ejecución de las penas privativas de la libertad

II.- Competencia legislativa en materia de ejecución penal.-

III.- Ejecución y proceso penal. El principio de legalidad y el principio de judicialización.-

IV.- Los recursos en la etapa de ejecución penal

V.- El control judicial de las sanciones disciplinarias impuestas por la autoridad penitenciaria a personas privadas de su libertad.-

VI.- Los precedentes “Romero Cacharane” y “Casal” de la corte suprema de justicia de la nación. Adecuación del sistema procesal penal a lo dispuesto en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.-

VI.I.- El principio de legalidad y el principio de judicialización en la etapa de ejecución. Control casatorio. El caso “Romero Cacharane”, resuelto el 09/03/04

VI.II.- La garantía constitucional a la doble instancia. El caso “Casal”, resuelto el 20/09/05.-

VII.- Necesidad de una reforma legislativa.-

VIII.- Conclusiones.-

Bibliografía

Introducción

Nos proponemos analizar cuáles son los medios de impugnación previstos para atacar las resoluciones de los jueces de ejecución penal en el ámbito federal y si con su regulación se da adecuado cumplimiento a la garantía del doble conforme.-

Hoy debido a la influencia de la normativa supraconstitucional se destaca la importancia de la fase ejecutiva dentro del proceso penal como otra de sus etapas. Esto no es una cuestión meramente dogmática puesto

que considerar que el proceso penal no culmina con el dictado de la sentencia obliga a considerar que la persona condenada conservará todos los derechos y garantías hasta el cumplimiento de la pena.-

No debe perderse de vista, asimismo, que nuestro país ratificó en 1984 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Prescribe el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica: "art. 8. Garantías judiciales...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

Por su parte, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho de recurso al expresar que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".-

Con la reforma de 1994 se otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados sobre derechos humanos, entre ellos los mencionados. De esta forma, la doble instancia ha sido expresamente consagrada como una garantía de aplicación obligatoria por parte de los tribunales locales[1].-

La jerarquía constitucional de los tratados internacionales, la sanción de la Ley 24.660 y el reconocimiento de la Corte Suprema de los principios que rigen la ejecución de la pena, evidencian que la última etapa del proceso penal necesita adaptarse a las nuevas exigencias constitucionales.-

En el presente trabajo se expondrán las razones que autorizan a sostener que la doctrina sentada por nuestro máximo tribunal de justicia garantiza para esta etapa del proceso un recurso como instrumento operativo de la garantía de la doble instancia, pero también pone en evidencia la necesidad de impulsar modificaciones en la legislación procesal, contradictoria en la materia, que recepen dicha doctrina y que otorguen un marco procesal preciso que permita mejorar la aplicación de las garantías constitucionales en la etapa de ejecución.-

Para ello analizaremos la normativa vigente aplicable a la materia, las distintas opiniones vertidas por la doctrina y la evolución que ha experimentado la cuestión en la jurisprudencia.-

## I.- Marco normativo de la ejecución de las penas privativas de la libertad

Enseña Salt[2] que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional contienen pautas de política penitenciaria y normas sobre la situación jurídica de las personas privadas de libertad que conforman un programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario que está en el vértice del sistema normativo al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.-

En el texto constitucional la única norma que se refiere de manera particular a la situación de las personas privadas de libertad es el art. 18 que en su última parte establece que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.-

La regulación constitucional de la situación jurídica de las personas privadas de libertad ha sido fortalecida con la incorporación al texto constitucional de los pactos internacionales de derechos humanos a los que el constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional. Esto ha significado un incremento del ámbito de regulación constitucional sobre las condiciones de ejecución de la privación de la libertad y la situación jurídica de las personas privadas de libertad, incorporando nuevas garantías con jerarquía constitucional y desarrollando más profundamente el contenido de la última cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional.-

En el plano legislativo, el texto normativo que regula la situación jurídica de las personas privadas de libertad es la Ley 24.660, sancionada en 1996 bajo la denominación de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (LEP).-

La Ley 24.660 (cuyo texto sufrió modificaciones con las reformas introducidas por Ley 25.948 y Ley 26.472) se encuentra reglamentada por el Decreto 396/99 (Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución , modificado por Decreto 1139/00) y por el Decreto 18/97 (Reglamento de Disciplina para los Internos). Asimismo, diversos decretos del Poder Ejecutivo han reglamentado en forma autónoma algunos artículos de la Ley 24.660. Así, pueden mencionarse: el Decreto 807/04 (reglamenta art. 174 de la LEP ), el Decreto 1058/97 (reglamenta art. 33 de la LEP ) y el Decreto 1136/97 (reglamenta Cap. XI de la LEP ). También debe hacerse referencia a las Resoluciones 13/97 de la Secretaría de Política Penitenciaria y de Readaptación Social (texto ordenado del Reglamento General de Procesados) y a la Resolución 1587/08 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (mecanismo de vigilancia electrónica de arrestos domiciliarios, conforme las prescripciones de los artículos 10 del Código Penal y 32 y 33 de la Ley 24.660).-

Debe tenerse presente finalmente que una consecuencia trascendente de la vigencia del principio de legalidad durante la ejecución es la necesidad de que la ley actúe como un límite a la facultad reglamentaria de la administración. Por ello los reglamentos del Poder Ejecutivo en materia penitenciaria no pueden apartarse de las líneas trazadas por las normas superiores, limitando o suprimiendo los derechos o facultades allí establecidos[3].-

## II.- Competencia legislativa en materia de ejecución penal.-

Analizaremos en este punto la competencia legislativa en materia de ejecución penal, cuestión controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Es menester determinar, en lo que respecta a la legislación que regula la ejecución penal, si el Congreso federal puede dictar una norma con vigencia en todo el país, si las provincias tienen o no esa potestad y, de poseerla, si es de carácter exclusiva o concurre con la competencia nacional.-

Al respecto, señala Gustavo Herbel que “La cuestión no es menor. Definir el conflicto entre la ley ejecutiva penal nacional y las legislaciones provinciales en la materia significa decidir si es posible que las provincias tengan una política de ejecución de la pena autónoma y, en su caso, hasta qué punto ello es posible; y, por otro lado, si los mayores beneficios otorgados por una ley respecto de otra pueden ser o no utilizados por los penados de jurisdicción local” [4].-

Algunos autores entienden que se trata de materia administrativa y que, por lo tanto, deviene de exclusiva competencia local, en virtud de los derechos reservados por las provincias.-

Así, Italo Luder sostiene que la legislación en materia de ejecución penal reviste naturaleza administrativa y que por ende su dictado es una facultad reservada por las provincias en función de lo previsto por el artículo 104 de la C.N.[5]

Otros, en cambio, entienden que corresponde legislar al Congreso Nacional como forma de preservar el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional , que se vería afectado por la existencia de sistemas de ejecución disímiles.-

En sustento de esta posición se sostiene que la ley nacional de ejecución penal integra la normativa de fondo en cuanto de su texto surge que es “complementaria del Código Penal” (art. 229), precepto que según se afirma se compadece con la necesidad de que los institutos que generan cambios cualitativos en la pena sean fijados de modo uniforme para toda la Nación. Desde esta óptica otorgar competencia provincial en la materia permitiría modificar localmente la consecuencia más importante de la ley penal sustantiva: la pena,

cuyos parámetros en abstracto, como es sabido, son exclusivos resortes federales por ser parte de la estructura básica de todo el Código Penal (conf. art. 75, inc. 12, CN).-

Se resalta también en este sentido la existencia de un principio de legalidad ejecutiva (conf. art. 18 CN) que "exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que definan el contenido cualitativo de las penas antes de la comisión del hecho ilícito"[6], dado que el principio de legalidad no sólo obliga a determinar legalmente el monto de la pena, sino también sus características cualitativas.-

Por la posición privativa del gobierno federal para legislar en la materia ya se pronunciaba Rodolfo Moreno (h) en el año 1917 al sostener que "Es necesario que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidades toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, debiendo haber un solo Código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país"[7].-

Este sólido fundamento se sostenía a partir del principio de igualdad consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional pues se decía que si las penas no se cumplían de manera igual en todo el territorio del país, o por lo menos del modo más aproximado posible, no había igualdad.-

Julio B.J. Maier entiende que "Planteada universalmente, la cuestión se reduce a saber cuáles son las reglas de ejecución propias del Derecho Penal material y cuáles las procesales o administrativas. Es tarea del Derecho Penal material definir qué es una pena, cómo y cuándo debe ejecutarse, se cumpla esta labor en el mismo Código Penal o en una ley especial; corresponde al Derecho Procesal Penal instituir los órganos judiciales y el procedimiento adecuado para decidir en aquellos casos en los cuales la ley penal exige una resolución judicial sobre la vida de la ejecución penal o pone en manos de los jueces el control de la ejecución; por último, corresponde al Derecho Administrativo (aun del Poder Judicial si se otorgara esta función a ese departamento estatal) decidir sobre la dirección y administración de establecimientos de ejecución penal. Por lo tanto, tiene razón Ricardo C. Nuñez, cuando, refiriéndose a nuestro problema principal sobre la ejecución de penas privativas de libertad, separa las cuestiones abogando por reglas únicas de ejecución penitenciaria dictadas por el Congreso de la Nación en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal (Const. Nac., 75, inc. 12), pero reconociendo que las provincias en su territorio y la Nación en el orden federal prevén todo lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios"[8].-

Soler enseña que "cuando se sancionó el CP quedó sobreentendido que debía dictarse una ley penitenciaria general complementaria del Código Penal, a objeto de que a través de ella pudiera alcanzarse en el país un cierto nivel de uniformidad en la ejecución de las penas privativas de libertad"[9].-

Por su parte, Salt[10] manifiesta: "(...) no caben dudas de que el principio de igualdad exige que dos penas iguales se ejecuten de manera igual en todo el país y que el hecho de que se conviertan en penas diferentes sólo porque sea diferente la provincia donde deben cumplirse constituye una violación al mentado principio". Asimismo, señala que "(...) la necesidad de legislar de manera uniforme para todo el país sobre el contenido de las penas privativas de la libertad se extrae también, y principalmente, de una correcta interpretación acerca del alcance y las consecuencias de la vigencia del principio de legalidad ejecutiva (Const. Nac., art. 18) que, de manera clara, exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que definan el contenido cualitativo de las penas antes de la comisión del hecho ilícito (...)". Y por último sostiene que "(...) en lo que respecta a las normas penales materiales (...) que integran el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación. En estos aspectos, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tiene plena vigencia en todo el territorio del país sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretende el artículo 228 de la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375). En el caso de las normas procesales o administrativas, al estar comprendidas en las facultades legislativas reservadas por las provincias, deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales".-

En rigor, los tribunales de cada jurisdicción (nacional o provincial) suelen aplicar su propia normativa sin ingresar al debate sobre el conflicto entre competencias legislativas, salvo que una de las partes discutiera la vigencia de una limitación local frente a la ley nacional que carece de ella.-

La existencia concreta de leyes provinciales sobre la materia exige definir el conflicto. De lo hasta aquí sucintamente expuesto se derivan conclusiones extremas. En efecto, si se concluye que los artículos 228 y 229 de la Ley 24.660 son constitucionales, pues la regulación de la ejecución de la pena privativa de la libertad se equipara al dictado de la legislación de fondo en los términos de artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional y resulta por ende una facultad privativa del Congreso Federal delegada expresamente por las provincias, serán inconstitucionales las legislaciones provinciales en la materia. En cambio, si se entiende que se trata de una facultad que no hubo sido delegada y por ende resulta resorte exclusivo de las legislaturas locales regular la materia, serán inconstitucionales los artículos 228 y 229 de la Ley 24.660, y de suyo todo su ordenamiento.-

Herbel sostiene con acierto que "Si al principio de igualdad se lo interpretara con la extensión que esta postura pretende, quedaría cercenada la potestad legislativa local en la mayor parte de sus tradicionales competencias, al punto de desarticular el principio federal que nos rige, pues la variedad de fuentes legislativas tiene como lógico correlato la posibilidad de asimetrías" y que "El principio de legalidad rija en la faz ejecutiva de la pena para impedir la discrecionalidad administrativa no trae aparejada la exclusiva competencia federal; dado que la vigencia de principios responde a la materia tratada, atendiendo especialmente a las consecuencias que su aplicación tenga sobre las personas, y no a la fuente legislativa en que se origine la norma"[11].-

Coincidimos, entonces, con una tercera postura que entiende que nada parece obstaculizar a que una ley marco de carácter nacional fije criterios mínimos para todo el país, a fin de que el conjunto de habitantes goce de un grado de realización legislativa parejo de las garantías constitucionales[12].-

En este sentido se ha expresado Herbel al sostener que "... el principio federal que distribuye las competencias legislativas en el concierto de Estados particulares (entre ellas, la procesal) no impide a la Nación reglamentar una ley – marco de garantías procesales constitucionales para homogeneizar estándares mínimos que resguarden a todos los habitantes del país"[13] y que "... nuestro sistema constitucional reserva al Congreso Nacional el dictado del Código Penal (art. 75, inc. 12, Const. Nacional), esto implica estrictamente la definición de las conductas penalmente reprochables y los parámetros para determinar sus consecuencias jurídicas (pena estatal); luego, todo el trámite seguido en la aplicación de la ley material penal, tanto previo (proceso penal) como posterior (ejecución penal), es resorte de las legislaturas locales; sin embargo, en ambas materias, el gobierno federal tiene la facultad de reglamentar los estándares mínimos de las garantías constitucionales implicadas, es decir, sancionar una ley – marco que fije su piso, sin perjuicio de los mayores desarrollos alcanzados por normas locales"[14].-

Y Corbo[15] al señalar que "La tercera posición, tal como se adelantó, sostiene que la ley 24.660 es sólo un estándar mínimo de garantías que puede ser mejorado por las legislaciones provinciales en la materia, por lo que debe adoptarse el criterio de la competencia nacional para sancionar la ley marco, fundado en la necesidad de que las garantías se realicen legislativamente conforme a un criterio mínimo parejo en todo el país, sin que pueda negarse el principio republicano de gobierno que demanda un mínimo de racionalidad, llevando al extremo el principio federal. Se sostiene entonces, que de la Constitución Nacional no puede deducirse una anarquía legislativa, ni menos aún que el principio federal destruya la racionalidad republicana, aunado a que el principio de igualdad ante la ley no puede utilizarse de modo perverso, ya que la cláusula pro homine prohíbe una igualdad para peor. En definitiva, se afirma que el artículo 228 de la ley 24.660 no sería inconstitucional pues no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible en la medida en que se entienda que con ello se pretende eliminar de las legislaciones provinciales las normas que limiten o garanticen en menor medida los derechos de los presos, pero en nada pueden afectar la vigencia de las que amplían los mismos. La tesis del marco mínimo de garantías en la materia se apoya además en que no es posible interpretar la C.N. de manera perversa, retorciendo la teleología pro homine que inspira el progresivo reconocimiento positivo de los Derechos Humanos para cancelar la posibilidad del legislador local de proveer una marco mayor de garantías en la materia, de la misma manera que por ejemplo no es posible admitir jurisprudencia constitucional regresiva cuando se marcó un nivel más avanzado en su realización, en tanto si la adición de derechos tiene carácter irreversible cuando es legal, no puede dejar de tenerlo cuando la jurisprudencia constitucional ejerce su poder legislativo negativo, pues tampoco en ese caso sería admisible un progreso hacia el mal".-

El mismo autor concluye que “Adherimos entonces a la tesis desarrollada en materia de ejecución respecto a que la igualdad del art. 16 constitucional no puede interpretarse de modo perverso y que, por ende, la cláusula pro homine prohíbe una "igualdad para peor", o sea que el principio que establece que no puede lesionarse la igualdad en la ejecución penal se satisface con un estándar mínimo de garantías que puede y debe establecerlo el estado federal (el Congreso de la Nación ) y que está dado por la vigente ley 24.660, pero a los efectos de la legislación provincial, la misma tiene el alcance de una ley marco. En este sentido, el art. 228 de la ley mencionada no sería inconstitucional, puesto que no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible en la medida en que se entienda que con ello se pretende eliminar de las legislaciones provinciales las normas que limiten o garanticen en menor medida los derechos de los presos, pero en nada puede afectar la vigencia de las que amplían los mismos. Por lo tanto, si la regulación penal local supera ese marco, la invocación de la afectación del principio de igualdad ante la ley supone un argumento perverso y a su vez contradictorio con la doctrina de nuestra CSJN sobre el punto, puesto que este principio sólo se quiebra si se trata de manera desigual a quienes se encuentran en iguales condiciones. Asimismo, si el estándar federal mínimo fuera eventualmente reformado por un régimen aún más benigno, se impondrá la obligación de las legislaturas provinciales de concordar sus respectivas legislaciones en la materia — en caso que las tuvieran— al nuevo estándar alcanzado”.-

Maneiro, por su parte, sostiene que “Llegamos a la conclusión que en lo que hace al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad las provincias pueden dictar sus propias normas y perfeccionar en ellas los principios limitadores y las garantías más allá de lo que hace la ley nacional, pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías. Es decir, que debe adoptarse el criterio de la competencia nacional para la sanción de una ley marco, con el objeto que las garantías constitucionales se realicen legislativamente conforme a un criterio mínimo parejo para todo el país. La igualdad que propugna el artículo 16 de la Constitución Nacional no puede interpretarse en modo perverso. La cláusula "pro homine" prohíbe una igualdad para peor, por lo cual, el principio que nos indica que no puede lesionarse la igualdad en la ejecución penal se satisface con un standard mínimo de garantías que debe ser establecido por el Estado federal y hoy está estatuido por la ley 24.660” [16].-

Puede concluirse, entonces, que la Ley 24.660 importa una legislación operativa para todo el país, que regula los principios y modalidades básicas de ejecución de las penas, en tanto las leyes provinciales deben ser concordadas con la federal respecto del estándar jurídico mínimo acordado a las garantías constitucionales implicadas. De este modo, hay un piso legislativo homogéneo sobre principios de legalidad ejecutiva, el de control jurisdiccional de las decisiones en este ámbito y el de resocialización de la pena, quedando en las provincias la posibilidad de adaptar estas normas a las características locales y aún otorgar mayores beneficios a los condenados en sus jurisdicciones.-

En este sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia en el caso “Verbitsky”[17], en donde se sostuvo que tanto en materia procesal penal como de ejecución penal se plantea la cuestión de la competencia legislativa y que si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso

Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.-

Se agrega en dicho precedente que cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal.-

La Ley 24.660 se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones.-

III.- Ejecución y proceso penal. El principio de legalidad y el principio de judicialización.-

Recuerda Bovino[18] que la práctica jurídica, hasta hace poco tiempo, recurría a diversos argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales de los presos. Hasta 1960, los tribunales estadounidenses se declaraban incompetentes para resolver peticiones interpuestas por personas privadas de libertad referidas a las condiciones de detención. Esta política de no intervención parece haberse originado en la antigua opinión, vigente en el siglo XIX, que consideraba que el condenado no era más que un esclavo del Estado, sin posibilidad de reclamar por el ejercicio de sus derechos. Otras razones alegadas por los tribunales federales de ese país para justificar su política de no intervención han sido, por ejemplo, la doctrina de la separación de poderes –se atribuía el control sobre las prisiones al poder legislativo-, lo que provocaba que los tribunales otorgaran una presunción de legalidad casi incuestionable a los actos de los órganos administrativos penitenciarios. También se alegaban cuestiones de federalismo, impericia judicial sobre los temas penitenciarios, temor de debilitar los sistemas disciplinarios de la prisión, y la distinción entre derechos y beneficios. Tal situación dejaba a los prisioneros completamente indefensos, sin acción judicial alguna para reclamar la protección de sus derechos constitucionales.-

En el ámbito del derecho continental, se recurría a dos mecanismos típicos para colocar en situación de absoluta desprotección a las personas privadas de libertad. O bien se justificaba “jurídicamente” el carácter administrativo de la etapa de ejecución de la pena, o bien se organizaba el control judicial de la ejecución de modo tal que, en la práctica, fuera imposible hacerlo efectivo.-

Agrega Bovino que en los últimos años, sin embargo, ha habido una tendencia creciente a reconocer los límites impuestos por el principio de legalidad a las restricciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.-

Hoy debido a la influencia de la normativa supraconstitucional se destaca la importancia de la fase ejecutiva dentro del proceso penal como otra de sus etapas. Ello obliga a considerar que el proceso penal no culmina con el dictado de la sentencia y que la persona condenada conservará todos los derechos y garantías hasta el cumplimiento de la pena.-

Durante el desarrollo del proceso penal rige el principio de legalidad, que en virtud del art. 18 de la Constitución Nacional, requiere que la conducta delictiva esté determinada por la ley previa a la comisión del hecho imputado. El principio exige que no se agote una vez dictada la sentencia condenatoria, sino que debe comprender la fase de ejecución de la pena. La ley previa está vinculada no sólo con la descripción de la conducta prohibida, sino también con la pena. Cuando nos referimos a la pena aludimos tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir al quantum de la pena como a las condiciones de ejecución, ambos aspectos que, en mérito al principio de legalidad, deben estar fijados por una ley previa. En consecuencia, se requiere una ley, previa al hecho por el cual se ha condenado a una persona, que fije las condiciones de cumplimiento de las sanciones penales y establezca los derechos y obligaciones de los condenados.-

Durante la etapa de ejecución de la pena rigen, entonces, de modo pleno y permanente las garantías y principios del orden jurídico fundamental con las restricciones derivadas de la condición de persona privada de la libertad en cumplimiento de una pena de prisión que caracteriza a su titular. A fin de que el principio de legalidad tenga plena vigencia resulta necesario establecer el principio de judicialización para, precisamente, proteger la efectividad inquebrantable de esos derechos y garantías de las personas privadas de su libertad.-

Al respecto afirma Marambio Avaria que “Al incluir a la ejecución dentro del proceso penal se elimina toda duda respecto de si deben aplicarse o no los principios y las garantías del proceso penal. Así, queda definido que durante esta etapa también deben respetarse las garantías básicas del proceso penal, esto es, el principio de legalidad, el principio de jurisdiccionalidad y el derecho de defensa, sumándose a éstos, por supuesto, el derecho a la doble conformidad judicial en cada resolución que afecte tanto el aspecto cuantitativo como el cualitativo del cumplimiento de condena”[19].-

El principio de la judicialización de la ejecución penal fue incorporado a la Ley N ° 24.660 que establece expresamente que la ejecución de la pena privativa de la libertad, en sus distintas modalidades, estará sometida al permanente control judicial. Es decir que todas las decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal.-

La Ley 24.660 establece en su art. 3 que “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.-

El art. 4 determina la competencia judicial durante la ejecución de la pena, ampliando la misma en aquellos casos en que hayan que resolverse cuestiones en las que se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado. Así, dispone que: “Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”.-

Binder sostiene que “cuando hablamos de judicializar la ejecución de la pena, eso significa generar mecanismos procesales concretos para que el juez pueda vigilar –y el condenado quejarse cuando así no ocurra- que la pena de prisión cumpla con sus finalidades”[20].-

Al existir decisiones jurisdiccionales que van a modificar la forma en que se ejecutará la pena privativa de libertad, es necesario reconocer que las garantías propias del sistema procesal deben continuar en esta última etapa del proceso y proteger al condenado frente a las posibles arbitrariedades.-

Explica Salt que “Un sistema penal que pretenda respetar los postulados del Estado de derecho debe garantizar que el ‘principio de legalidad’, pilar fundamental del derecho penal liberal, tenga plena vigencia en la etapa de ejecución. El principio implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena. Es claro que el principio de legalidad previsto constitucionalmente (CN, art. 18) no sólo exige una definición respecto a la duración de la pena (condición que en nuestro sistema se cumple con la previsión de las escalas penales establecidas en los distintos artículos de la parte especial del Código Penal), sino también una regulación legal de las condiciones de cumplimiento de las penas en general (régimen penitenciario, derechos, obligaciones, etc.). En otras palabras, para cumplir con el principio de legalidad en todos sus alcances, la ley debe regular las características cualitativas de la pena y de qué manera se va a desarrollar su ejecución”[21].-

El mismo autor enseña que "... la judicialización de la ejecución penal, como una derivación necesaria de la vigencia del principio de legalidad penal (CN, art. 18) y del derecho constitucional de los ciudadanos de acceso a la justicia para reclamar el cumplimiento de sus derechos, no es sólo una opción de política criminal o de conveniencia práctica para mejorar el funcionamiento del sistema de ejecución, sino una exigencia constitucional ineludible. Consiste en asegurar que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas conforme a las regulaciones de la ley penal, deben ser tomadas por un juez, órgano jurisdiccional independiente de la administración, en un proceso en el que se respeten las garantías del procedimiento penal. Esto significa que las garantías del derecho procesal penal deben extender su vigencia a la etapa de ejecución de la pena y, en consecuencia, es necesario garantizar un control judicial amplio de esta etapa procesal".-

Sin embargo, como veremos en el punto siguiente el tardío reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad ejecutiva ha determinado una marcada falta de claridad en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el significado real de la judicialización de la ejecución y una gran resistencia a admitir todas sus consecuencias.-

Como señala Saumell "Es preciso que coexistan el Principio de Legalidad y de Judicialidad en la Ejecución de la pena. La deficiente operatividad de cualquiera de los dos principios convierte a esta etapa del proceso desprotegida y vulnerable frente a las pretensiones de mayor intensidad de la violencia estatal en la imposición de una sanción de naturaleza penal"[22].-

#### IV.- Los recursos en la etapa de ejecución penal

Dispone el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que "Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor y serán resueltos previa vista a la parte contraria, en el término de cinco (5) días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal".-

La resolución del incidente dictada por el juez de ejecución y la posibilidad de su impugnación ante un tribunal distinto es el objeto de nuestro problema. Develar cuál es la vía correcta para impugnar la decisión del juez de ejecución y qué características tiene la impugnación de sus decisiones no parece ser tarea sencilla.-

La norma prevé una ampliación del campo de impugnabilidad objetiva del recurso de casación aún cuando se trate de decisiones que no ponen fin a la pena ni hacen imposible que ésta continúe.-

En lo que respecta a la impugnabilidad subjetiva, la norma tampoco presenta problemas de interpretación. Pueden impugnar la resolución tanto el interesado como su defensor y el representante del Ministerio Público que, incluso, puede recurrir a favor del condenado.-

La regulación de la vía recursiva en la etapa de ejecución penal ha generado en el ámbito nacional una particular controversia, hoy ya resuelta definitivamente a nivel jurisprudencial sobre la base de dos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Romero Cacharane” (eDial.com - AA1EDC) y “Casal” (eDial.com - AA2DB7)).-

La naturaleza de las cuestiones que se discuten en la etapa ejecutiva permite advertir la conveniencia de contar con un recurso amplio que permita atacar en todo sentido las decisiones allí adoptadas.-

Como vimos, el legislador nacional optó por la vía casatoria, siguiendo la regulación del antiguo Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba.-

Doctrinariamente se ha encontrado una posible explicación a esta solución en el carácter colegiado del órgano al cual ese ordenamiento asignó las competencias propias de la etapa de ejecución (tribunal de mérito).-

Aún cuando el artículo 491 del CPPN parece definir la cuestión en forma clara, la vía procesal adecuada para impugnar las decisiones de los jueces de ejecución y el tribunal competente para entender en la impugnación ha generado confusión en la jurisprudencia.-

Se advierte que tres normas de nuestro ordenamiento procesal facultan a recurrir las decisiones de los jueces de ejecución ante las cámaras de apelaciones, en aparente contradicción con lo dispuesto en el art. 491 del CPPN.-

En efecto, el art. 24 del mismo CPPN establece la competencia de la Cámara de Apelaciones para entender en los recursos contra las resoluciones de los jueces encargados de la ejecución, aunque el texto puede ser interpretado, sin demasiadas dificultades, como limitando esta asignación de competencia sólo a los casos

de recursos que se refieran a las resoluciones de los jueces de ejecución en los incidentes relacionados con la suspensión del proceso a prueba[23].-

El aparente conflicto normativo se agrava con lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 24.050, ley posterior al Código Procesal Penal de la Nación , que concede competencia a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal como tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces de ejecución penal[24].-

Por su parte, el art. 75 de la Ley 24.121 establece que “Las funciones del juez de ejecución que establece el Código Procesal Penal de la Nación serán desempeñadas, en el interior del país, por un juez del tribunal oral respectivo, conforme lo determine el órgano judicial competente. Sus decisiones serán recurribles ante la Cámara Federal de Apelaciones cabecera del distrito o ante el órgano judicial competente, según el caso. En los casos de suspensión del proceso a prueba, las ejercerá el juez que dictó el beneficio”.-

Finalmente, cabe mencionar la reforma introducida por la Ley 26.371. En efecto, la referida norma introdujo el artículo 72 bis a la Ley 24.121 con el siguiente texto “Las funciones de juez de ejecución que establece el Código Procesal Penal de la Nación serán desempeñadas en los tribunales orales en lo criminal federal con asiento en la Capital Federal y lo penal económico por un juez del Tribunal Oral respectivo, conforme lo determine el órgano judicial competente. Tales funciones serán ejercidas por los jueces nacionales en lo criminal y correccional federal, con asiento en la Capital Federal , en lo penal económico y en lo penal tributario respecto de las sentencias definitivas o autos que concluyan o suspendan a prueba el trámite de procesos que ellos dictaren. En ambos casos las decisiones adoptadas por los referidos órganos judiciales serán recurribles, por la vía que establece el Código Procesal Penal de la Nación , ante la Cámara Federal de Casación Penal”.-

Así, cuando se creó la Cámara Nacional de Casación Penal, se fijó la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales federales que desempeñarán las funciones de juez de ejecución, pero no se modificó el texto del art. 75 de la misma norma y el art. 18 de la Ley 24.050, que conceden competencia a las Cámaras de Apelaciones como tribunales de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces de ejecución penal.-

Este complejo juego de normas, junto con la concepción tradicional del recurso de casación como herramienta limitada de impugnación de carácter extraordinario, llevó a que la Cámara Nacional de Casación Penal haya elaborado una particular doctrina que restringió su intervención a supuestos muy específicos y sostuvo, al mismo tiempo, que aquellos que quedaban fuera de su competencia podían ser revisados por vía de apelación y, eventualmente, habilitar el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

La primera oportunidad en la que la Cámara Nacional de Casación Penal se expidió respecto de este conflicto aparente de normas fue en el caso “Ammannato”[25] (eDial.com - AA10AE).-

Salt explica la doctrina del fallo al sostener que puede ser resumida en los siguientes puntos: “No todas las cuestiones que se resuelven en esta etapa procesal deben tramitar por vía de incidente e, incluso, lo decidido en un incidente no siempre habilita la posibilidad de recurrir en casación. Para delimitar aquellas cuestiones susceptibles de ser revisadas en casación, la doctrina del tribunal expresada en Ammanato propone diferenciar las cuestiones ‘jurídicas’ de las cuestiones ‘administrativas’. Valiéndose de citas parciales de los autores italianos que comentan el CPP de Italia de 1930, el tribunal de casación arriba a una solución sumamente restrictiva de la posibilidad de recurrir por vía de casación las resoluciones dictadas en los incidentes de ejecución. Esta posibilidad se limitaría a los incidentes que resuelven sobre el cómputo y sus variaciones, el trámite de la libertad condicional y su revocación, y la cesación de las medidas de seguridad. El fundamento de la doctrina sustentada en Ammanato se resume en la siguiente afirmación: ‘se infiere, pues, que el trámite incidental ha sido previsto por la ley cuando están en juego institutos del Código Penal como la libertad condicional y su revocación .... cómputo de la pena ... y medidas de seguridad...’. En todos los demás casos, de acuerdo siempre al criterio sentado en Ammanato, al ser cuestiones no relacionadas con el título ejecutivo sino con la forma de cumplimiento de la pena impuesta, el juez puede resolver de plano sin que se admita la vía de la casación. Estos últimos supuestos, las decisiones de los jueces de ejecución en aquellos temas que no admiten el recurso de casación ‘pueden’ (en ningún momento aclara en qué casos y bajo qué condiciones) ser revisados por vía de apelación y, eventualmente, habilitan el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación” [26].-

En el fallo “Roldán”[27] el tribunal de casación intentó modernizar la doctrina de Ammannato haciéndose cargo de las modificaciones incorporadas en el sistema de ejecución con la sanción de la Ley 24.660. Allí se sostiene que la materia propia de la función jurisdiccional del juez de ejecución penal susceptible de la vía impugnativa intentada es, por sí, acotada, y los límites están ceñidos a las cuestiones netamente jurídicas. En la resolución se ocupa también de definir que las cuestiones “netamente jurídicas” que son susceptibles de ser revisadas en casación son aquellas reguladas en el Código Penal. Estos argumentos son utilizados para excluir de las materias susceptibles de ser revisadas por recurso de casación las decisiones referidas a la posibilidad de obtener salidas transitorias, similibertad, prisión domiciliaria, libertad asistida, y las medidas alternativas de trabajos para la comunidad y prisión discontinua o el régimen de semidetención. Todas estas medidas significan una alteración fundamental del contenido cualitativo de la pena. Según la Cámara de Casación, el hecho de que la nueva ley de ejecución estableciera que estas decisiones deben ser adoptadas por el juez de ejecución, indica que se trata de resoluciones que “quedaron bajo la exclusiva decisión del juez de ejecución”.-

Salt sostiene, al respecto, que “En realidad, el ansia de la Cámara de Casación por restringir el acceso de los incidentes de ejecución a la vía casatoria es tan grande, que la resolución deja de lado los principios fundamentales de la nueva ley, incurre en contradicciones y demuestra un desconocimiento de nuestro sistema jurídico difícil de comprender”. Y que la tesis de casación es también contradictoria en su argumentación ya que parte de la base de admitir el recurso de casación en aquellas cuestiones reguladas

por normas del Código Penal y no advierte que la Ley de Ejecución prevé expresamente la incorporación de sus normas al Código Penal. Sostiene, asimismo, que la libertad condicional, una de las pocas instituciones que la Cámara de Casación admite revisar, está prevista en la Ley de Ejecución, como última etapa del régimen de progresividad y no se advierte ninguna diferencia de naturaleza jurídica con las instituciones que el tribunal considera no susceptibles de ser revisadas en casación.-

Concluye este autor que "... a los problemas de regulación normativa se ha sumado la jurisprudencia de la Cámara de Casación sumiendo a la materia de los recursos en la etapa de ejecución en una absoluta confusión. Para colmo de males, la intentona de casación de habilitar la vía de la apelación para evitar hacerse cargo de los problemas de la ejecución penal no ha dado resultado. Lo cierto es que, en la práctica, existe una 'negación de recurso' frente a decisiones sumamente trascendentes para el desenvolvimiento de la ejecución (por ejemplo, todo lo relacionado con el régimen progresivo de ejecución)"[28].-

La opinión disidente dentro de la Cámara Nacional de Casación Penal fue sostenida por el juez Hornos, integrante de la Sala IV.-

En oportunidad en que la Defensa Oficial de Casación recurrió una resolución del juez de ejecución no haciendo lugar a salidas transitorias, el magistrado nombrado se expresó, en lo que aquí importa, en los siguientes términos: "El Código Procesal Penal de la Nación en el art. 491 fija con claridad la existencia del recurso de casación respecto de las decisiones de dichos magistrados. Disposición que es la que mejor concuerda con el espíritu garantista que concordantemente las normas antes citadas han tenido en mira. También en esta circunstancia y dados los intereses en juego, resulta la doble instancia judicial la forma adecuada para el mejor resguardo de los derechos de los sometidos a pena privativa de libertad; y es la que mejor se adecua al principio plasmado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que asegura, como garantía mínima, el derecho a recurrir ante un tribunal superior (artículo 8, apartado 2º, inc. h). Dicha postura aleja la posibilidad de adoptar un criterio que subordine el imperio de la ley – base del sistema republicano de gobierno - a una interpretación que convierta la excepción en regla y a la garantía de la protección de la libertad humana en un privilegio aparente más favorable; en base a lo cual corresponde a esta Cámara adoptar el criterio más favorable a la tutela de los derechos fundamentales que se invocan, y que causan un agravio de imposible reparación ulterior ..." [29].-

De las posiciones contrarias a la recurribilidad de las decisiones de los jueces de ejecución Eleonora Devoto[30] extrae las siguientes conclusiones: "a) Se establece una distinción entre cuestiones administrativas y otras 'netamente jurídicas', negándose que las primeras puedan ser revisables judicialmente. b) La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal distingue entre cuestiones en las que el juez de ejecución actuaría comoalzada (no recurribles judicialmente); aquellas en las que las decisiones del juez son susceptibles de recurso de casación (vinculadas a los institutos penales, casables); y una tercera clase, que admitiría apelación, prevista en el art. 18 de la ley 24.050. c) Se reconocen facultades 'discrecionales' al juez de ejecución. d) Se considera que la concesión o no de salidas transitorias no altera el título ejecutivo y pertenece al derecho penitenciario".-

La misma autora, en respuesta a la posición mayoritaria de la Cámara Nacional de Casación Penal ha afirmado que: “1. El art. 491 prevé la posibilidad de recurrir en casación en los ‘incidentes de ejecución’ y no contempla, en cambio, ningún tipo de acotación, por lo que, a mi modo de ver, no corresponde efectuar distinciones que perjudiquen la posición de las personas sometidas a la ley penal. 2. La materia ejecutivo-penal, especialmente la que tiene que ver con la potestad estatal penal sobre los particulares, en modo alguno puede considerarse administrativa, en la medida en que supone la negación o restricción de la libertad de las personas por orden judicial, y aplicar un régimen semi-institucional importa para el condenado una modificación vital de su pena y, consiguientemente, del llamado ‘título ejecutivo’. 3. La adopción de la postura restringida resulta vulnerante del principio de aplicación restrictiva de un instituto que al mismo tiempo implica la liberación temporal de coerción de la libertad persona y el ejercicio de un derecho básico, como es el así mencionado (...) El Estado, por sus legisladores y sus constituyentes, ha decidido que corresponde legalizar y judicializar el cumplimiento de la pena y son los jueces, naturalmente, quienes tienen que ejercer la función de contralor efectivo de la aplicación de la pena privativa de la libertad (arts. 3 y 4 de la ley 24.660) (...) el control judicial suficiente exige, hoy, en el sistema jurídico argentino, el recaudo de la doble instancia judicial, al menos en materia penal (...) Así como los jueces de ejecución no serán un ‘sello de goma’ que convalide sólo aparentemente la tarea de la administración penitenciaria, el ejercicio de la función del juez de ejecución debe ser racional y fundado, también para que su jurisdicción pueda ser controlada por un tribunal superior”.-

En un extenso trabajo García Yomha efectuó un análisis de la posición asumida por las distintas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal y de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, respecto de la procedencia del recurso de casación o apelación sobre los institutos previstos en la Ley 24.660. Concluyó este autor que: “Resulta difícil poder establecer estándares que nos expliquen lo que está sucediendo en materia recursiva en el ámbito de la justicia nacional de ejecución penal. En lo que respecta a la Cámara Nacional de Casación Penal, la Sala IV es la única que se inclinó por la apertura del recurso de casación para todos los institutos de la ley 24.660. Las salas I y II abrieron el recurso exclusivamente para el instituto de la libertad asistida, siendo la Sala III la única que continuó aplicando la restricción sentada en “Roldán”. Con relación a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, por el momento, sólo dos de sus integrantes decidieron abrir el recurso de apelación para las ‘cuestiones’ mencionadas en ‘Ammannato’ y ‘Roldán’. El ejercicio del derecho a la doble instancia previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, ap. 2, inc. h), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5, se encuentra supeditado al sorteo de la sala que intervenga para resolver el recurso que se interponga. Esto implica un claro incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino”[31].-

Para Alderete Lobo[32] esta interpretación de la Cámara Nacional de Casación Penal “... presentaba varias inconsistencias. Por un lado, omitía explicar en qué casos y bajo qué condiciones era posible recurrir ante la Cámara de Apelaciones. Por el otro, dejaba a un lado la circunstancia de que el recurso de apelación no está previsto en el ordenamiento procesal nacional como vía para impugnar las decisiones de los jueces de ejecución, por lo que creaba, jurisprudencialmente, una vía impugnativa en violación al principio de taxatividad de los recursos. En la práctica, la Cámara de Apelaciones no respondió al llamado del tribunal casatorio y, en general, en los pocos casos llegados a su estudio, optó por el rechazo de su competencia para

entender en los recursos deducidos en los incidentes de ejecución. Este conflicto generó la eliminación material de la posibilidad de recurrir una decisión adversa en el proceso ejecutivo de la sentencia penal; un efecto que se dio fundamentalmente a partir de dos pronunciamientos claves de la casación: ‘Ammanato’ y ‘Roldán’.-

Sin embargo, otros autores coincidían con la interpretación propuesta. Así, sostenían Ferreira y Martínez Vazquez de Miralpeix[33] que “... el trámite incidental ha sido previsto cuando están en juego institutos del Código Penal, como la libertad condicional, cómputos de pena, medidas de seguridad, mientras que para otros casos, también de competencia del Juez de Ejecución, como son los vinculados con las salidas transitorias, enfermedades y visitas íntimas, no se ha fijado la vía del incidente expresamente y entonces el Juez podrá resolverlos de plano. Estas últimas cuestiones no están relacionadas con el título ejecutivo de la pena, sino con la forma de cumplimiento de la pena impuesta, o sea se encuentran íntimamente vinculadas con normas o reglamentos del derecho penitenciario y por ende no serían objeto de impugnación extraordinaria por la vía casatoria, sino por la vía de la apelación” Para concluir que “... no obstante lo expresado ... ni las normas, como tampoco la doctrina, ni la jurisprudencia, han resuelto en forma expresa toda la materia que debe ser canalizada por la vía incidental, no existiendo una enunciación taxativa sobre el particular, razón por la cual conviven posturas amplias y restrictivas en tal sentido, lo que ... permite posiciones y soluciones contradictorias. Tampoco existe una nómina de cuestiones que deban necesariamente recurrirse por la vía del recurso de apelación, por lo que nos encontramos en una situación similar a la anteriormente mencionada. Como corolario vamos a señalar la necesidad de producir algunas reformas normativas que con meridiana claridad expresen cuál materia es recurrible por vía de la apelación y cuál por vía del recurso de casación”.-

Ábalos al respecto expresaba que “... cuando la ley habla de los jueces de ejecución, advertimos que los mismos en sus resoluciones, carecen –aparentemente- de este modo de impugnación, pues el art. 491 que se refiere a los incidentes de ejecución, en su segundo párrafo, sostiene que contra ese tipo de resoluciones sólo procederá el recurso de casación. Ante esta contradicción flagrante entre las normas de los arts. 24 y 491, segundo párrafo, no se puede presumir la impericia del legislador al redactar ambos textos, y podríamos afirmar que algunas de las resoluciones interlocutorias que causen gravamen irreparable podrían ser subsanadas por la vía de la apelación”[34].-

La irrecurribilidad de las cuestiones relacionadas con la ejecución penal, originada en los precedentes “Ammanato” y “Roldán” tuvo su capítulo final en la doctrina sentada por la Corte Suprema en “Romero Cacharane”. Mediante este pronunciamiento la Corte cerró definitivamente la discusión, asignando competencia a la casación para entender en los recursos contra todas las decisiones de los jueces de ejecución penal.-

V.- El control judicial de las sanciones disciplinarias impuestas por la autoridad penitenciaria a personas privadas de su libertad.-

Según el sistema instaurado mediante el dictado de la Ley 24.660 y la reglamentación de ésta obtenida por intermedio de los Reglamentos de las Modalidades Básicas de la Ejecución y de Disciplina para los Internos - Decretos nros. 396/99 y 18/97 respectivamente-, se ha previsto y planificado la instauración de un sistema instructor y resolutorio en materia de infracciones disciplinarias a las reglamentaciones carcelarias, llevado a cabo por parte de la autoridad penitenciaria. Dicho sistema atribuye a la administración penitenciaria poder de policía en cuanto confiere a ésta facultades de prevención, investigación y sanción, con asimilación al régimen procesal contemplado a nivel nacional en materia penal.-

Explica Cuenca[35] que el régimen disciplinario es "... un conjunto de preceptos de naturaleza punitiva, destinado al mantenimiento del control y al orden preestablecido en una cárcel cualquiera, que es ejercido por la autoridad administrativa de la misma, y que está contenido en reglamentaciones que se aplican a través de un procedimiento que determinará la sanción a imponerse. Como podemos observar, el 'orden en la prisión' es el objetivo primordial del régimen disciplinario, el cual se estructurará en reglas que sostienen, aún imperativamente, la convivencia pacífica en la población de un establecimiento carcelario. Es decir, el orden y la seguridad interior son premisas que la autoridad penitenciaria debe mantener para el normal desenvolvimiento del penal".-

Agrega el mismo autor que "... el ámbito territorial por excelencia será el marco de la prisión, lugar donde cohabitan tanto quienes deben adaptarse a las normas impuestas (presos) como quienes hacen cumplir las mismas (carceleros) en un espacio de precaria armonía y de difícil aplicación y uso de derechos y garantías, a lo cual le sumamos un escaso contralor externo de tales situaciones. Todo ello me lleva a pensar que la propuesta a alcanzar es llegar a conciliar los principios y garantías constitucionales y procesales con un procedimiento administrativo disciplinario, respetuoso de aquéllos y que no se vea distorsionado por el ámbito especial de aplicación en el que tendrá que funcionar ...".-

Para Aberasturi[36] la sanción disciplinaria puede definirse como una pena de carácter especial, aplicada sobre el interno con una doble finalidad. Una de carácter retributivo, por cuanto tipifica la conducta infractora del interno, produce la prueba de cargo necesaria e impone finalmente una medida de restricción a la conducta impropia cometida. La otra de carácter preventivo, orientada a restablecer el orden y preservar al ámbito penitenciario de injerencias nocivas de internos que no han demostrado adaptarse debidamente a los regímenes carcelarios.-

Agrega este autor que "como producto de la previsión legislativa en materia de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad , vemos como primer problema de análisis, la atribución a organismos de carácter administrativo, de funciones de administración de justicia. Así, podemos ver en todo el plexo normativo que rige la materia de régimen disciplinario una asombrosa -y necesaria- asimilación a los regímenes procesales penales actualmente en vigencia en los países de cultura occidental. Empero, como ya se ha afirmado, si bien dicha asimilación resulta en una garantía necesaria para brindar seguridad jurídica, el hecho de

conjugar parcialmente procedimientos y atribuciones como los señalados, conlleva al peligro de obtener como resultado un sistema mixto, con profundas fisuras sistémicas que derivan eventualmente en violaciones de garantías y derechos de arraigo constitucional”.-

Gil Belloni y García afirman que “... el control judicial de las sanciones disciplinarias en el ámbito de competencia de los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal de la Capital Federal se ejerce de manera tardía y deficiente (...) dentro de los motivos que nos llevaron a arribar a la conclusión ... ubicamos en primer lugar la demora en que incurre la autoridad penitenciaria al informar al órgano judicial de la aplicación de las sanciones disciplinarias. La reflexión que se impone en este punto parece ser la siguiente; si la comunicación al juez es tardía o inexistente y la sanción a la postre deviene ilegítima, su anulación se torna extemporánea e incluso injusta toda vez que el interno la cumple, soportando así materialmente un castigo absolutamente carente de sustento legal (...) Íntimamente relacionados con este desajuste, aparecen en escena otros factores que se concatenan para cerrar el círculo vicioso: si medimos en la práctica el resultado que deriva de la combinación del hecho precedentemente analizado conjuntamente con la imposibilidad del juez de controlar a tiempo todas las sanciones disciplinarias debido al desmesurado cúmulo de tareas que tiene a su cargo, aunado al efecto no suspensivo previsto en el Artículo 96 de la LEP , la única conclusión posible es aseverar que el sistema debe ser corregido (...) dadas las condiciones actualmente reinantes, el efecto de la apelación debe ser suspensivo de manera tal de impedir la imposición de una sanción que – una vez controlada por el juez competente - puede resultar ilegítima, nula, inaplicable e injusta”[37].-

Garrigós de Rébori[38] explica, al respecto, que “...además de la limitación de derechos del interno impuesta por la Administración , con el fin de mantener el orden y la convivencia interna, mediante la aplicación de las penas que acarrearán las infracciones al régimen disciplinario, estas sanciones tienen otras consecuencias (...) a partir de las decisiones de la Administración en materia de régimen disciplinario, se modificarán las condiciones y plazos de ejecución de la sentencia (...) La gravedad de la incidencia de estas decisiones – sanciones disciplinarias- en la vida del interno, y la definitiva ejecución de la sentencia, torna imprescindible un estricto y amplio control judicial, que al menos, hasta que una reforma legislativa avance sobre el punto, limite el poder discrecional de la administración, facilitado por las fórmulas vagas y confusas de las descripciones de las sanciones, lo que se ve agravado por un actual recurso judicial que a todas luces resulta tardío”.-

Creemos que en estos procesos en los que se discute la aplicación de sanciones disciplinarias es necesario que exista un proceso penal válido, rodeado de las garantías que protegen al imputado.-

El control permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento y, cabe resaltar, que entre esas garantías constitucionales se encuentra el derecho a la revisión judicial.-

En muchos precedentes se obstaculizó el recurso de casación respecto de sentencias que confirmaban sanciones disciplinarias penitenciarias impuestas por la Administración con el argumento de que la doble instancia queda garantizada al entender el juez en una decisión adoptada en primera instancia por la Administración.-

Entendemos que el procedimiento administrativo no puede configurar una primera instancia ya que no actúa ningún órgano judicial. Por lo tanto creemos que debe entenderse que al realizarse el control jurisdiccional de la sanción impuesta por la Administración, el juez interviniente estará actuando en primera instancia y la decisión que adopte será susceptible de ser recurrida ante un tribunal superior, única forma en que puede darse estricto cumplimiento a la garantía de la doble instancia contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Como se verá en el punto siguiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Romero Cacharane" consideró que el derecho al recurso comprendía también a las resoluciones que confirmaban sanciones disciplinarias que irrogan perjuicios irreparables o se han lesionado derechos o garantías fundamentales.-

Sin embargo, se ha afirmado que la falta de recurso ante el Tribunal Superior (de la sanción disciplinaria), no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si ya existió del Tribunal a cargo de la ejecución el control de la resolución administrativa porque el principio de seguridad jurídica exige que alguna vez se haya de tener por definitivamente resuelta una cuestión sin que pueda estar sujeta a una serie abierta, interminable e indefinida de recursos en cuestiones que nada tienen que ver con el derecho a recurrir el fallo que declara la responsabilidad penal e impone una pena.-

Sobre el particular, casos en los que ha existido tutela judicial efectiva y la sanción no tiene la entidad para afectar siquiera potencialmente las condiciones de cumplimiento de la pena, afirma Tarditti que "Se puede aceptar esta falta de nexo con el derecho al recurso, siempre que en la instancia ante el Juez de Ejecución haya contado el interno con la posibilidad efectiva que se haya suficientemente revisado la observancia de las garantías procedimentales si su vulneración hubiese sido alegada, o bien todo el contenido de las porciones regladas de la potestad sancionatoria ejercida si se hubiese cuestionado la verificación de los hechos, su encuadre legal, la entidad de la gravedad de la falta, e incluso en la porción discrecional cuando se alegue la afectación del principio de proporcionalidad en la selección y monto de la sanción"[39].-

VI.- Los precedentes "Romero Cacharane" y "Casal" de la corte suprema de justicia de la nación. Adecuación del sistema procesal penal a lo dispuesto en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.-

VI.I.- El principio de legalidad y el principio de judicialización en la etapa de ejecución. Control casatorio. El caso "Romero Cacharane", resuelto el 09/03/04

El Servicio Penitenciario de Mendoza sancionó al interno Hugo Alberto Romero Cacharane a cumplir quince días ininterrumpidos en celda de aislamiento. La defensa de éste apeló la sanción ante el juez de ejecución penal con sustento en que Romero Cacharane fue sancionado sin haber sido oído ni habersele dado oportunidad para producir su descargo ni ofrecer pruebas, vulnerando así el ejercicio del derecho de defensa previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional. Agregó que dicha garantía constitucional no quedaba limitada al juicio penal sino que se extendía tanto al procedimiento administrativo como al derecho penal disciplinario. Agregó que del principio de legalidad derivaba el principio de debido proceso legal, como derecho-garantía que tiene toda persona frente al poder punitivo del Estado, cualquiera sea el órgano por el cual dicho poder se manifieste. Señaló que la decisión apelada contrarió diversas garantías previstas en el art. 8° de la Convención Americana como el derecho a ser oído, a ofrecer pruebas, a una acusación detallada, etc.-

El juez de ejecución no hizo lugar a los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la defensa de Hugo Alberto Romero Cacharane. En cuanto a la imposibilidad de realizar descargos y ofrecer prueba contra la sanción disciplinaria, señaló que la ley 24.660 -que prevé la posibilidad de realizar descargo y ofrecer prueba- no era aplicable al sub lite, por cuanto la provincia -a cargo de la penitenciaría donde cumple la pena el apelante- todavía no había adecuado sus normas penitenciarias a dicha ley. Agregó que las autoridades del penal habían actuado conforme a la emergencia y se habían ajustado a la normativa provincial penitenciaria. En cuanto a los hechos, el magistrado consideró que el interno fue identificado por personal penitenciario como uno de los partícipes de los hechos juzgados, y que este elemento hacía que la sanción impuesta administrativamente fuera legal y oportuna. Agregó que mal podría esperarse una resolución judicial para luego valorar si cabe o no la sanción administrativa. Y consideró que debía separarse el proceso penal que se le sigue al interno con todas sus garantías constitucionales, del hecho reprimido en la penitenciaría provincial, por cuanto no correspondía dejar pendiente una sanción hasta tanto la justicia se expida.-

La asistencia técnica del condenado interpuso recurso de casación, con fundamento en la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva -ley 24.660- y por violación a las garantías de la defensa en juicio y debido proceso legal -arts. 18 de la Constitución Nacional , 8°, apartado segundo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 91 de la ley 24.660- al homologar la sanción disciplinaria sin que el interno haya podido efectuar su descargo.-

La sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación con sustento en que: a) las cuestiones "... relacionadas con la función de control penitenciario, de competencia originariamente administrativa excepcionalmente resultan recurribles ante el juez de ejecución"; b) cuando éstas sean apelables lo serán en el interior del país ante las cámaras federales y en la Capital Federal ante la cámara nacional (arts. 18 de la ley 24.050 y 75, ley 24.121); c) y que las acotadas cuestiones de naturaleza

netamente jurídica que resuelve el juez de ejecución no estaban sujetas a embate casatorio a no ser que se encontraran vinculadas con el título ejecutivo de la condena (art. 491, Cód. Procesal Penal de la Nación ).-

La defensa de Romero Cacharane interpuso recurso extraordinario. A lo expuesto en el recurso de casación agregó que el pronunciamiento del a quo es arbitrario, por cuanto realizó una interpretación distorsionada del art. 491 del Código Procesal Penal -que autoriza exclusivamente por medio del recurso de casación a revisar lo decidido por el juez de ejecución- a tal punto que lo derogó. Agrega que lo resuelto supone denegación de justicia y, en consecuencia, la violación de la defensa en juicio y debido proceso legal que ampara la doble instancia pues "... importa la sustracción de toda especie de revisión posterior..." y "... la supresión de la función jurisdiccional de los magistrados en su más amplio alcance...". También señala que al dar por satisfecha la revisión del acto administrativo con la actuación del juez de ejecución, pese a que éste contenía graves vicios invalidantes, viola la garantía prevista en el inc. h del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación , respecto de la procedencia del recurso sostuvo que si bien los agravios del recurrente se remiten a cuestiones de derecho procesal, como lo es el alcance de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como en el caso, la solución adoptada no constituye una derivación razonada de las normas vigentes y ello afecta el derecho de defensa en juicio y debido proceso del recurrente.-

En el presente caso la Corte establece el principio de que la sanción disciplinaria a sufrir prisión en celda de aislamiento impuesta a un interno por parte de la autoridad penitenciaria no es una cuestión meramente "administrativa", sino, por el contrario, una cuestión justiciable.-

Así la Corte desestimó las conclusiones de la Cámara Nacional de Casación Penal que había rechazado el recurso presentado por la defensa con sustento en que las "cuestiones relacionadas con la función del control penitenciario, de competencia originariamente administrativa excepcionalmente resultan recurribles ante el juez de ejecución, y que las acotadas cuestiones de naturaleza netamente jurídicas que resuelve el juez de ejecución no estaban sujetas a embate casatorio a no ser que se encontraran vinculadas con el título ejecutivo de la condena".-

Los distintos votos de los jueces de la Corte remarcaron que tales conclusiones se apartaban de la letra y del espíritu de la ley 24.660 que tuvo por objetivo "judicializar" la ejecución de las penas privativas de la libertad.-

También allí se señala que aquella "judicialización" implica la revisión de la decisión de las autoridades penitenciarias por parte del juez de ejecución, y además, incluso por la Cámara de Casación Penal, para, de

este modo cumplir acabadamente con la garantía prevista en el art. 8 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica que establece el derecho de todo imputado a apelar ante una instancia superior, no sólo la sentencia condenatoria, sino todo auto importante. La insoslayable intervención de la Cámara de Casación también fue justificada para hacer efectivo su rol institucional como tribunal intermedio, conforme lo proclamó la Corte en el precedente "Girolodi" (eIDial.com - AA505).-

Luego de proclamar el principio de "judicialización de la pena", casi todos los votos invocan el precedente "Dessy" (eIDial.com - AAAD6) donde la Corte ya había señalado que los presos retienen todos los derechos que no han sido expresamente privados por la sentencia condenatoria o por las leyes. Allí también se dijo que cualquier quita posterior debe serlo a través de un debido proceso.-

Sostuvo así el voto de la mayoría que la negativa del a quo de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito "administrativo" donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado.-

Agregó que uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía.-

Recordó que esa Corte al definir el principio de legalidad, ha señalado que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (Fallos: 191:245 y su cita). No existen razones aceptables para considerar que esta definición del principio de legalidad no abarca también la etapa de ejecución de la pena.-

Sostuvo que los principios de control judicial y de legalidad también han sido explícitamente receptados por la Ley 24.660 de ejecución de pena.-

Respecto del recurso de casación señaló que es un instrumento operativo de la garantía prevista en el inc. h) del punto 2 del art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la Comisión Interamericana ha señalado que un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos y libertades

fundamentales. También agregó que "el derecho previsto en el art. 8°.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes" (Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH/OEA/ser/L/V/II.97).-

Finalmente consideró que resultaba inaceptable la conclusión del a quo referente a que las limitadas cuestiones judiciales que le tocan resolver al juez de ejecución no serían apelables ante la cámara de casación sino ante otros tribunales. Recordó que esa Corte tiene dicho que de "un examen en conjunto de las normas relativas a los jueces surge, en primer lugar, que contra las resoluciones que adopte el juez de ejecución sólo procederá el recurso de casación, según lo dispuesto por el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación. Este principio sólo reconoce excepción en la disposición del art. 24 inc. 1° del código de rito que atribuye intervención a la cámara de apelaciones respectiva en los recursos interpuestos contra las resoluciones de los jueces de ejecución para los casos de suspensión del proceso a prueba (art. 515), situación aplicable a las resoluciones adoptadas por el juez de ejecución del tribunal oral federal en el interior del país (art. 75, segundo párrafo, de la ley 24.121)" (Fallos: 317:1440).-

Y que de todo lo expuesto surge que contrariamente a lo sostenido por el a quo las cuestiones planteadas en el sub lite, estaban sometidas a control judicial del juez de ejecución y al doble conforme a través del recurso previsto en el art. 491 del Código Procesal Penal. Por otra parte, todo lo referente a la proporcionalidad de la sanción disciplinaria así como al procedimiento llevado a cabo para su imposición, constituían cuestiones vinculadas directamente con puntos regidos por nuestra Constitución, a la ley 24.660 y a las normas de derecho internacional dentro de las cuales ésta se encuentra inserta por decisión del legislador al sancionarla.-

Concluye el voto de la mayoría sosteniendo que el pronunciamiento impugnado al omitir pronunciarse sobre cuestiones fundamentales para la resolución del caso está desprovisto de fundamentación suficiente para tenerlo como un acto jurisdiccional válido y consecuentemente corresponde su descalificación. Por ello se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y se devuelve a la Cámara Nacional de Casación Penal para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo decidido.-

En consecuencia, a partir de lo resuelto en este pronunciamiento la Cámara Nacional de Casación Penal es competente para entender en todas las cuestiones jurisdiccionales que le tocan resolver al juez de ejecución, con la única excepción de los casos de suspensión del proceso a prueba.-

Sin embargo, esta decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de habilitar la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal para todos los incidentes que debe resolver el juez de ejecución no eliminó el problema relacionado con las limitaciones recursivas inherentes a la vía casatoria típica.-

Como bien afirma Alderete Lobo "La solución del CPPN, ha sido fuertemente criticada doctrinariamente sobre la base de la naturaleza de los temas que se discuten durante la ejecución. Así, se ha dicho que para esta etapa resultaba más adecuada la previsión de un recurso amplio que permita revisar no sólo las cuestiones jurídicas sino también las de prueba ligadas a los informes de la Administración. Para solucionar el problema algunos ordenamientos procesales se han apartado de este modelo y, con acierto, han contemplado a la apelación como vía de impugnación de las decisiones durante la ejecución[40].-

VI.II.- La garantía constitucional a la doble instancia. El caso "Casal", resuelto el 20/09/05.-

Nuestro país ratificó en 1984 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.-

Prescribe el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica): "art. 8. Garantías judiciales...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

Por su parte, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho de al recurso pues expresa que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".-

Con la reforma de 1994 se otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados sobre derechos humanos, entre ellos los mencionados. De esta forma, la doble instancia ha sido expresamente consagrada como una garantía de aplicación obligatoria por parte de los tribunales locales.-

Es por ello que el recurso que sólo habilitaba la revisión de las cuestiones de derecho al resultar violatorio de lo dispuesto en los instrumentos internacionales mencionados resultaba también violatorio de la Constitución Nacional.-

Sin embargo, era criterio tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la doble instancia en el proceso penal no integraba la garantía del debido proceso ni constituía un requisito constitucional.-

En "Casal"[41] el máximo tribunal realizó su máximo esfuerzo por adecuar el sistema procesal penal a lo dispuesto en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y a las exigencias de los organismos interamericanos de Derechos Humanos.-

Se repasarán a continuación los antecedentes que explican el cambio sobre los alcances del recurso de casación resuelto por la Corte en el fallo "Casal" .-

Como se dijo, el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido tradicionalmente opuesto a reconocer el derecho a revisión de una sentencia condenatoria como garantía del imputado, tendiente a brindar en resguardo del derecho de defensa la revisión el control y, en su caso, la legitimación del fallo condenatorio producido en la instancia de grado, si el mismo se sustentaba en un cuadro probatorio idóneo acerca de la reconstrucción de los hechos, la determinación del derecho aplicable y la imposición de la pena[42].-

La Corte entendió inicialmente que el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, previsto en el art. art. 8, apartado, 2 inc. h) de la CADH se encontraba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario.-

Fue en el fallo "Jáuregui"[43], donde la Corte se pronunció por primera vez en forma expresa sobre la posibilidad de aplicar el Pacto de San José de Costa Rica al derecho interno y analizar la efectividad de la garantía de la doble instancia.-

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Maqueda", sostuvo que el recurso extraordinario federal prescripto en el art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) no satisfacía la garantía de la doble instancia, por abrir un estadio revisor marcadamente limitado y formalista. Fue así como pidió a la Corte Interamericana que declarara que "... el Estado argentino está obligado a establecer un mecanismo ordinario que garantice la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 (Adla, XLIV-C, 2535) con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana de acuerdo a lo establecido por su art. 2º".-

El caso no fue sentenciado por la Corte Interamericana , con motivo de que las partes arribaron a una transacción, lo que importó la conmutación de la pena impuesta a Maqueda. No obstante el sólo informe de la Comisión Interamericana ya referido constituyó un precedente de importancia en orden a destacar la inviabilidad del recurso extraordinario federal como cauce válido para el ejercicio del derecho al "doble conforme".-

Frente al criterio plasmado en "Jáuregui", la Corte en "Girolodi" sostuvo que: "... las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al tribunal la facultad de

rechazar, por la sola aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación , recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”, y que “en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "garantía mínima" para toda persona inculpada de un delito (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención )”, esto último en consonancia con el temperamento que la Comisión Interamericana había anticipado en "Maqueda".-

Resolvió asimismo que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal, prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º, inc. 2º, ap. h), era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación.-

En este fallo el Alto Tribunal basó sus conclusiones en dos argumentos de peso: la jerarquía constitucional otorgada a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución reformada en 1994 y la institución del nuevo ordenamiento procesal penal en el ámbito Nacional y Federal con la creación de la Cámara de Casación Penal.-

Con este panorama, la Corte concluyó que el recurso extraordinario no alcanzaba a asegurar la doble instancia en materia penal que exige el ya referido tratado con jerarquía constitucional, derecho éste que se encuentra asegurado con el recurso de casación, ya no limitado cuantitativamente por el artículo 459 del CPPN, que fue declarado inconstitucional.-

Esta doctrina fue aplicada a gran cantidad de precedentes posteriores durante años. Si bien constituyó un gran avance, la Corte mantuvo una interpretación de derecho al recurso limitado a vicios en la ejecución y aplicación de la ley.-

La Corte ha sentado doctrina en el sentido de que, en tanto la Convención Americana fue incorporada por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia, debe ser aplicada por los tribunales federales y provinciales teniendo particularmente en cuenta los criterios provenientes de los organismos internacionales del sistema de protección de derechos humanos, entre los que se encuentran la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallos: t. 318, p. 514; t. 319, p. 1840; t. 321, p. 3555; 17/05/2005, L.486.XXXVI, “Llerena, Horacio s/ abuso de armas y lesiones” (elDial.com - AA2A18), considerando N° 18; entre muchos otros).-

Como advierte Barbieri Prats[44] el reconocimiento de estas guías interpretativas es de capital importancia para el tema en estudio teniendo en cuenta que tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana, se han pronunciado en contra de límites casatorios similares establecidos en otros países.-

La Corte Interamericana volvió a pronunciarse sobre el derecho de recurrir del fallo en el caso “Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica” (Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, Nro. 107), derivado de una demanda presentada por la Comisión con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto emitió una sentencia penal condenatoria en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil (párrafo 2 de la sentencia).-

La Corte dispuso que el Estado debía dejar sin efecto la condena impuesta al autor en el proceso en el que fueron violados sus derechos y, dentro de un plazo razonable, adecuar su legislación, en lo relativo al recurso de la persona condenada penalmente, según los postulados sentados en la sentencia. Ello además de condenar a Costa Rica a pagar una indemnización a favor del afectado y de obligarla a cargar con una suma, también a favor de éste para solventar sus gastos de defensa “ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”[45].-

En virtud de estos antecedentes resultaba imperioso decidir acerca de si el recurso de casación previsto en nuestra legislación como una vía recursiva de carácter extraordinario y limitado satisfacía el derecho al recurso consagrado en el orden supranacional como garantía judicial mínima e insoslayable.-

La breve reseña efectuada permite sostener a modo de conclusión que en “Casal” el máximo tribunal realizó su máximo esfuerzo por adecuar el sistema procesal penal a lo dispuesto en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y a las exigencias de los organismos interamericanos de Derechos Humanos.-

En “Casal” la Corte sostuvo como principio que lo único no revisable por la vía casatoria es “lo que surja directa y únicamente de la inmediación”; es decir que procede la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Según el fallo “Esto es la única que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso”. Así, el fallo fija como principio que la interpretación del art. 456 del CPPN exige que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las

posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, sin utilizar “la impracticable” distinción entre cuestiones de hecho y de derecho.-

El recurso de casación se transformó, entonces, según este criterio, en un recurso amplio que da solución al problema hasta tanto legislativamente se proceda a la modificación del ordenamiento procesal nacional.-

Así, luego de un largo período en el que la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal restringió al máximo la vía recursiva en la etapa de ejecución (tanto en cuanto a los institutos que podían ser sometidos a su estudio como también en relación con la naturaleza de las cuestiones que se podían discutir) la Corte Suprema de Justicia ha eliminado toda restricción, transformando jurisprudencialmente al recurso de casación en un recurso ordinario que torna operativo el derecho constitucional de doble instancia (art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP) en la etapa ejecutiva de la sentencia.-

VII.- Necesidad de una reforma legislativa.-

La doctrina de la Corte Suprema plasmada en el fallo “Casal”, aunada a la amplitud de supuestos revisables en casación sentada con anterioridad en “Romero Cacharane” permite sostener que hoy se cuenta con una vía amplia para discutir ante la Cámara Nacional de Casación Penal cualquier cuestión ventilada en un incidente de ejecución.-

Sin embargo, el problema se mantiene a nivel legislativo.-

Entendemos que para que la judicialización de la etapa de ejecución penal se haga efectiva, y para que a la vez se cumpla con el debido proceso en esta etapa, resulta necesario que se supere la contradicción normativa existente sobre la cuestión recursiva en esta etapa del proceso y que el derecho a la doble instancia se vea garantizado creándose para ello normas acordes para ese fin y manteniéndose hasta que ello ocurra la posibilidad de impugnar todas las resoluciones de los jueces de ejecución penal mediante la vía del recurso de casación amplio.-

Respecto de los posibles lineamientos de una futura reforma Diego García Yomha y Santiago Martínez sostienen que aún cuando sorteemos el escollo de la transformación del recurso de casación en uno ordinario, resulta contraproducente que un tribunal casacional o de apelaciones, sea quien entienda las cuestiones entiladas en el control de la ejecución de la pena.-

Explican, al respecto, que “Los mismos problemas que vimos para los casos en que los tribunales sentenciantes controlan la pena, se hacen presentes cuando se prevé que la vía recursiva de los incidentes de ejecución sean resueltos por una cámara que interviene, también, en los recursos de otras instancias. Así, las cámaras definitivamente concentrarán sus recursos en las cuestiones más complejas y –por la lógica de todo el proceso recursivo escrito- se pospondrá la resolución de los casos de ejecución penal (...) Otro de los problemas que trae aparejado prever que las cámaras resuelvan los recursos de ejecución, es que, en la tercera etapa del proceso pena, el transcurso del tiempo modifica la situación procesal de la persona privada de la libertad. De esta manera, si el recurso tarda en resolverse –por lo menos un trimestre- el condenado continuará avanzando en el sistema progresivo y, el Servicio Penitenciario elaborará – conforme lo ordena la ley 24.660 en su art. 102- una nueva calificación de conducta y concepto, independientemente del recurso interpuesto. A su vez, la mayoría de los institutos, previstos en la ley 24.660, establecen requisitos temporales que, en muchos casos, cuando la cámara resuelve el recurso, el condenado ya se encuentra en condiciones de acceder a otra modalidad del sistema progresivo .... razón por la cual, la celeridad de la resolución de las revisiones de los jueces de ejecución resulta vital para que la vía impugnativa no resulte abstracta y se vea afectado el derecho a la doble instancia. Por estas circunstancias, consideramos que el problema actual de la vía recursiva no se centra en establecer cuál es el recurso que debe regularse en esta etapa (ordinario o extraordinario) sino de qué forma se instrumentará. Con el fallo “Romero Cacharane”, la Corte Suprema dejó aclarado que la vía impugnativa –por los intereses en juego y para garantizar el derecho a la doble instancia- debe ser un mecanismo eficaz”[46].-

Concluyen, en consecuencia, respecto de la forma en que debe regularse el recurso, que resulta conveniente que se prevea una revisión horizontal en donde el tribunal de alzada se componga con el sorteo de tres jueces que deberán celebrar, en una única audiencia, la apelación deducida.-

#### VIII.- Conclusiones.-

La Corte Suprema, en “Romero Cacharane”, marcó un progreso respecto a la manera en que debe interpretarse la última etapa del proceso penal, al establecer los principios que rigen la materia, desde una perspectiva constitucional, con alcance a nivel federal y provincial.-

A partir de lo resuelto en este pronunciamiento, la Cámara Nacional de Casación Penal es competente para entender en todas las cuestiones jurisdiccionales que le tocan resolver al juez de ejecución, con la única excepción de los casos de suspensión del proceso a prueba.-

Sin embargo, esta decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de habilitar la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal para todos los incidentes que debe resolver el juez de ejecución no eliminó el problema relacionado con las limitaciones recursivas inherentes a la vía casatoria típica, cuestión que fue saldada poco tiempo después en “Casal”.-

A través de la doctrina sentada en este precedente nuestro máximo tribunal de justicia delineó un recurso de casación amplio. Eliminó toda restricción, transformando jurisprudencialmente al recurso de casación en un recurso ordinario que torna operativo el derecho constitucional de doble instancia (art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP) en la etapa ejecutiva de la sentencia.-

De esta forma, por vía jurisprudencial, se dio solución al problema hasta tanto legislativamente se proceda a la modificación del ordenamiento procesal nacional.-

La jerarquía constitucional de los tratados internacionales, la sanción de la Ley 24.660 y el reconocimiento de la Corte Suprema de los principios que rigen la ejecución de la pena, demuestran que la tercera etapa del proceso penal necesita adaptarse a las nuevas exigencias constitucionales. Creemos necesario impulsar modificaciones a la legislación procesal que recepcionen la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que garanticen la vigencia del principio de judicialización y que otorguen un marco procesal detallado que permita mejorar la aplicación de las garantías constitucionales en esta última etapa. Ello sin perder de vista que el derecho a la doble instancia judicial, cuya jerarquía constitucional ya no presenta dudas, en modo alguno puede perder su vigencia durante la etapa de ejecución de la pena pues sostener lo contrario implicaría afirmar que las garantías constitucionales del proceso penal no se extienden hasta su agotamiento.-

Bovino[47] enseña que “Quienes son encarcelados, regularmente, carecen de posibilidades para instalar un debate público sobre las injusticias que sufren cotidianamente. Tal como señalan los criminólogos, la cárcel termina de marginar a quienes ya habían sido marginados fuera de ella. De allí que la protección de los derechos de estas personas no interese especialmente ni a los operadores de la justicia penal, ni al resto de los actores sociales (...) El espacio carcelario, por lo demás, es un espacio oculto al resto de lo social. La propia naturaleza de la institución penitenciaria oculta las prácticas que se desarrollan en su interior. La convivencia permanente entre guardados y guardianes, junto con las facultades –legales o de facto– reconocidas a estos últimos para controlar a los primeros, por otra parte, convierte a la ilegalidad en una posibilidad siempre presente”.-

A través de estos trascendentales precedentes la Corte estableció algunas pautas que seguramente influirán en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, sobre su rol y el de los jueces de ejecución, frente a todos los planteos provenientes de los establecimientos carcelarios, magistrados de quienes es esperable, entonces, que acepten el papel protagónico que tienen para interpretar el plexo normativo que rige la vida de las cárceles.-

En este sentido afirma con razón Bombini que “En definitiva, la efectividad de la judicialización de la ejecución de las penas tiene que lograrse cotidianamente a través del activismo judicial que permita

concretar esas aspiraciones normativas, cuestión en la que sin dudarle la labor del Máximo Tribunal de la Nación resulta indispensable como norte en la tarea a desarrollar por la magistratura en su conjunto en pos de la observancia de los derechos humanos fundamentales de las personas detenidas”[48].-

Ello así ya que “La pena es la más poderosa manifestación de la voluntad del Estado y no ha de llevarse a cabo en forma totalmente discrecional si conservamos un ideal de justicia, de racionalidad y de criterios mínimamente funcionales. Las garantías constitucionales sustanciales y las relativas al proceso no pueden detenerse a las puertas de la cárcel sino potenciarse, porque es allí donde el hombre se encuentra paradójicamente en dos situaciones dialécticas: más sometido a la posición de garante del Estado y más inerme”[49].-

Y porque “El control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad contenidas en la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos es esencial en un Estado de Derecho”[50].-

## Bibliografía

ABERASTURI, Martín Francisco, Derecho penitenciario: vulnerabilidad del ejercicio del derecho de asistencia técnica en procesos sancionatorios en LL Sup. Act. 04/02/2010, 04/02/2010, 1.-

ALDERETE LOBO, Rubén A., “El procedimiento de ejecución”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 6/2008, D’ALESSIO, Andrés J. Y BERTOLINO, Pedro J. (directores), Lexisnexis, junio 2008.-

BARBIERI PRATS, Tomás, La Garantía Constitucional a la Doble Instancia Penal. eDial - DC1239.-

BOMBINI, Gabriel, “La influencia de la jurisprudencia de la CSJN en la SCJBA en materia de “recursos” en la etapa de ejecución penal”, en Política Criminal Bonaerense. Revista del INECIP Provincia de Buenos Aires N° 2, Lajouane. Incip, Buenos Aires, 2007.-

BOVINO, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en Revista +d? ¿Más Derecho? Número 1, Año 1, noviembre de 2000, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000.-

CESANO, José Daniel, “Los medios de impugnación en la etapa de ejecución de la sentencia penal en el Código Procesal Penal de la Nación : aportes para una discusión abierta”, en Revista Zeus. Colección Jurisprudencial, CAVIGLIA, Gustavo L. (Editor – Director), Tomo 83 (Mayo – Agosto 2000).-

CESANO, José Daniel, “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la Administración ”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLVI, año académico 2007, Córdoba, 2008.-

CERUTI, Raúl A. y RODRÍGUEZ, Guillermina, Ejecución de la pena privativa de libertad (Ley 24.660). Comentada y anotada. Ediciones La Rocca , Buenos Aires, 1998.-

CORBO, Pablo, Libertad condicional para internos reincidentes. Su viabilidad en la concepción de la ley 24.660, DJ2007-III, 221.-

CUENCA, Daniel O., "Garantías y ejecución penal. Pautas de aplicación en el régimen disciplinario", en Revista de Derecho Penal 2001-2 Garantías constitucionales y nulidades procesales – II, DONNA, Edgardo Alberto (Director), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.-

CHIARA DIAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel Horacio, "La nueva casación penal - Consecuencias del caso casal", ed. Nueva Tesis, 2005.-

DEVOTO, Eleonora, "Una salida difícil o un callejón sin salida. A propósito de la irrecorribilidad de las cuestiones de ejecución penal", en Nueva Doctrina Penal 1999/B, MAIER, Julio B. J. (Director), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.-

FELLINI, Zulita, Derecho de ejecución penal, 1º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.-

FERREIRA, Ramón Rogelio y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE MIRALPEIX, Josefina, Los recursos de apelación y de casación en materia de ejecución penal, en LL T. 2003-B, Sec. Doctrina, p. 1356/1359.-

GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, "Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal", en Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación. DELGADO, Sergio (Director), Año N° 1, N° 1, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006.-

GARCÍA YOMHA, Diego, "El problema de la vía recursiva en el marco de la Ley 24.660. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal y de Apelación en lo Criminal y Correccional", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Número 17, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.-

GARRIGÓS DE RÉBORI, Laura, "Régimen disciplinario en el marco de la ejecución penal: discrecionalidad administrativa", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Número 17, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.-

GIL BELLONI, Agustina y GARCÍA, Adolfo Eduardo, "El control judicial de las sanciones disciplinarias impuestas por la autoridad penitenciaria a personas privadas de su libertad", en Icaro Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación, DELGADO, Sergio (Director), Año N° 2, N° 2, Buenos Aires, 2007.-

GUILLAMONDEGUI, Luis R, La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho, en JA, 2006 – III.-

HERBEL, Gustavo, "Los inescrutables caminos de la competencia legislativa en materia de ejecución penal", en FELLINI, Zulita, Derecho Penal de Ejecución, 1º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006.-

LUDER, Italo Argentino, Derecho Ejecutivo Penal, La Ley , 90-879 y ss.-

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.-

MANEIRO, Juan Cruz, RANUSCHIO Fernando y CARLOS, Daniel, *Ámbito de aplicación de la ley 24.660*. LL Sup. Penal2009 (diciembre), 12 - LA LEY 2010-A, 724.-

MARAMBIO AVARIA, Alejandro, *Consideraciones sobre los medios de impugnación en la etapa de ejecución penal*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* N° 16, D'ALESSIO, Andrés J. y BERTOLINO, Pedro J. (directores), LexisNexis, diciembre de 2005.-

PASTOR, Daniel R., *Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en *Nueva Doctrina Penal 1996/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires.-

RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos*. España y Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.-

SALT, Marcos, "Los recursos en la etapa de ejecución penal", en *Los recursos en el procedimiento penal*, MAIER, Julio B. J., BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando (comps.), 2da. edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.-

SALT, Marcos G., *La judicialización de la ejecución penal en el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, en *JA 1998-II*, p. 824/835.-

SAUMELL, María Fernanda, "Un nuevo reconocimiento judicial a la vigencia de la garantía del debido proceso en la etapa de ejecución de la pena", en *Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación. DELGADO, Sergio (Director), Año N° 3, N° 3, Buenos Aires, 2008.-

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tea, Buenos Aires, 4ta. ed., 8va. reimpresión 1978, t. II.-

TARDITTI, Aída, *La revisión judicial de las sanciones disciplinarias impuestas a los penados*, en *LL Sup. Penal2010* (septiembre), 214.-

(\*). Abogada (UBA).

Notas:

[1] Así se expresó el voto unánime de los señores Ministros de la Corte en "Casal" al señalar que "... desde 1994, el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron -sin duda alguna- a configurar un imperativo constitucional".

[2] RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos*. España y Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

[3] La CSJN, en el caso "Dessy", tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso de hábeas corpus correctivo en el que estaba en discusión el alcance de la facultad de la administración de reglamentar el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad reconocidos por textos normativos de mayor jerarquía. La resolución del alto tribunal es un importante precedente sobre los límites que rigen la actividad del poder de la administración en materia de reglamentación de los derechos de las personas privadas de libertad.

[4] HERBEL, Gustavo, "Los inescrutables caminos de la competencia legislativa en materia de ejecución penal", en FELLINI, Zulita, Derecho Penal de Ejecución, 1° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 211.

[5] Cfr. LUDER, Italo Argentino, Derecho Ejecutivo Penal, La Ley, 90-879 y ss.

[6] RIVERA BEIRAS y SALT, op. cit. p. 158 y ss.

[7] Discurso del 21 de agosto de 1917 Cámara de Diputados de la Nación, Legislación Penal y Carcelaria-Proyectos presentados por el Sr. Diputado Rodolfo Moreno (h), Buenos Aires 1922, p. 16 citado en el dictamen elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el que se analiza un proyecto de ley de ejecución penal para la provincia de Córdoba a propuesta de una diputada de esa provincia, fechado el 22 de junio de 1998 con la firma de Eugenio Raúl ZAFFARONI y Alejandro SLOKAR.

[8] MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 82/3.

[9] SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tea, Buenos Aires, 4ta. ed., 8va. reimpresión 1978, t. II, p. 378.

[10] RIVERA BEIRAS y SALT, op. cit. p. 163.

[11] HERBEL, op cit. p. 214.

[12] Aunque no debe obviarse que la postura del "marco mínimo" ha sido objeto de duras críticas. Así, Daniel Pastor, entiende que "La existencia de una regulación mínima común uniforme de derechos básicos reglamentados por el Congreso para toda la Nación con el fin de asegurar un mínimo de igual trato de todos los habitantes es francamente innecesaria e irrazonable. Esa regulación es ya la Constitución misma y con ella habrá que confrontar las leyes locales para saber si respetan o no una garantía en particular. Por esto, un legislador intermedio entre la Constitución Nacional y las provincias, en las materias reservadas a ellas, no existe ni tiene razón de ser en nuestro sistema jurídico. En él son los códigos locales los que cumplen la función de congeniar las garantías fundamentales con el procedimiento. Nadie puede creer seriamente que, por ejemplo, el CPPN sea, para las provincias, una reglamentación mínima con relación a las garantías judiciales respecto de la cual ellas sólo pueden introducir mejoras de los derechos del imputado. Así, de la mano de otro ejemplo, podríamos decir que el derecho primario consagra la garantía del recurso a favor del condenado; el CPPN (reglamentación mínima común uniforme del Congreso) establece la casación dentro del décimo día; finalmente, un CPP local podrá elevar el plazo a 15 días o permitir un recurso amplio. El absurdo es autoevidente. Las leyes locales ya no serán confrontadas con la Constitución Nacional sino con una ley del Congreso y ésta recién con la Constitución Nacional ". "Quizás la cuestión sirva para poner al descubierto la irracionalidad, desigualdad e inconsecuencias de la existencia de tantos legisladores procesales como provincias. Pero en modo alguno es aceptable, sin una abolición completa de tales facultades provinciales, que el Congreso pueda reglamentar garantías procesales de un modo uniforme para toda la Nación " (Cfme. PASTOR, Daniel R., Escollos a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo, en Nueva Doctrina Penal 1996/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 306/10).

[13] HERBEL, op cit. p. 230.

[14] HERBEL, op cit. p. 233/234.

[15] CORBO, Pablo, Libertad condicional para internos reincidentes. Su viabilidad en la concepción de la ley 24.660, DJ2007-III, 221.

[16] MANEIRO, Juan Cruz, RANUSCHIO Fernando y CARLOS, Daniel, Ámbito de aplicación de la ley 24.660. LL Sup. Penal2009 (diciembre), 12 - LA LEY 2010-A, 724.

[17] CSJN "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", considerandos nro. 59) y 60) del voto de la mayoría, rta. el 3 de mayo de 2005.

[18] BOVINO, Alberto, Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos, en Revista +d? ¿Más Derecho? Número 1, Año 1, noviembre de 2000, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000.

[19] MARAMBIO AVARIA, Alejandro, Consideraciones sobre los medios de impugnación en la etapa de ejecución penal, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 16, D'ALESSIO, Andrés J. y BERTOLINO, Pedro J. (directores), LexisNexis, diciembre de 2005.

[20] BINDER, Alberto M., Introducción al derecho procesal penal, 1era. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 275, citado por GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, "Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal", en Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación. DELGADO, Sergio (Director), Año N° 1, N° 1, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 321.

[21] RIVERA BEIRAS y SALT, op. cit.

[22] SAUMELL, María Fernanda, "Un nuevo reconocimiento judicial a la vigencia de la garantía del debido proceso en la etapa de ejecución de la pena", en Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación. DELGADO, Sergio (Director), Año N° 3, N° 3, Buenos Aires, 2008, p. 232.

[23] CPPN "Art. 24. - La Cámara de Apelación conocerá: 1°;) De los recursos interpuestos contra las resoluciones de los jueces ... de ejecución, cuando corresponda, en los casos de la suspensión del proceso a prueba ...".

[24] Ley 24.050 "ARTICULO 18. - La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la CAPITAL FEDERAL será tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los Jueces en lo Criminal de Instrucción, Correccionales, de Menores, de Ejecución Penal y en lo Penal de Rogatorias, así como en los demás supuestos del artículo 24 del Código Procesal Penal ...".

[25] Causa N° 57 de la Sala I, "Ammannato, Rodolfo s/recurso de casación", rta. 17/11/93.

[26] SALT, Marcos, "Los recursos en la etapa de ejecución penal", en Los recursos en el procedimiento penal, MAIER, Julio B. J., BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando (comps.), 2da. edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 394/396.

[27] Causa N° 1358 del registro de la Sala I, rta. 13/08/97.

[28] SALT, Marcos, op. cit p. 397/398.

[29] “Miani, Cristian Fabián s/recurso de casación”, sala IV, CNCP, resuelta en noviembre de 1997, del voto del Dr. Gustavo Hornos.

[30] DEVOTO, Eleonora, “Una salida difícil o un callejón sin salida. A propósito de la irrecurribilidad de las cuestiones de ejecución penal”, en Nueva Doctrina Penal 1999/B, MAIER, julio B. J. (Director), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

[31] GARCÍA YOMHA, Diego, “El problema de la vía recursiva en el marco de la Ley 24.660. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal y de Apelación en lo Criminal y Correccional”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Número 17, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 213/255.

[32] ALDERETE LOBO, Rubén A., “El procedimiento de ejecución”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 6/2008, D’ALESSIO, Andrés J. Y BERTOLINO, Pedro J. (directores), Lexisnexis, junio 2008, pp. 1044 y ss.

[33] FERREIRA, Ramón Rogelio y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE MIRALPEIX, Josefina, Los recursos de apelación y de casación en materia de ejecución penal, en LL T. 2003-B, Sec. Doctrina, p. 1356/1359.

[34] Cfr. “Código procesal Penal de la Nación”, Ediciones J.C., 1994, p. 100, citado en CESANO, José Daniel, “Los medios de impugnación en la etapa de ejecución de la sentencia penal en el Código Procesal Penal de la Nación : aportes para una discusión abierta”, en Revista Zeus. Colección Jurisprudencial, CAVIGLIA, Gustavo L. (Editor – Director), Tomo 83 (Mayo – Agosto 2000).

[35] CUENCA, Daniel O., “Garantías y ejecución penal. Pautas de aplicación en el régimen disciplinario”, en Revista de Derecho Penal 2001-2 Garantías constitucionales y nulidades procesales – II, DONNA, Edgardo Alberto (Director), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.

[36] ABERASTURI, Martín Francisco, Derecho penitenciario: vulnerabilidad del ejercicio del derecho de asistencia técnica en procesos sancionatorios en LL Sup. Act. 04/02/2010, 04/02/2010, 1.

[37] GIL BELLONI, Agustina y GARCÍA, Adolfo Eduardo, “El control judicial de las sanciones disciplinarias impuestas por la autoridad penitenciaria a personas privadas de su libertad”, en Icaro Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación, DELGADO, Sergio (Director), Año N° 2, N° 2, Buenos Aires, 2007, pp. 304/305.

[38] GARRIGÓS DE RÉBORI, Laura, “Régimen disciplinario en el marco de la ejecución penal: discrecionalidad administrativa”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Número 17, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

[39] TARDITTI, Aída, La revisión judicial de las sanciones disciplinarias impuestas a los penados, en LL Sup. Penal2010 (septiembre), 214.

[40] ALDERETE LOBO, Rubén A., El procedimiento de ejecución, op. cit. p. 1058.

[41] Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 20/09/2005 “Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa”.

[42] Cfrme. CHIARA DIAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel Horacio, “La nueva casación penal - Consecuencias del caso casal”, ed. Nueva Tesis, 2005.

[43] Fallos 311:274

[44] BARBIERI PRATS, Tomás, La Garantía Constitucional a la Doble Instancia Penal. eDial - DC1239.

[45] Expresa el Tribunal que el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso penal en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, buscando proteger el derecho de defensa, otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona (párrafo 158).

Reitera que este derecho no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado ante el que tenga o pueda tener acceso, pues para que haya una verdadera revisión de la sentencia en el sentido requerido por la Convención es preciso que el tribunal reúna las características jurisdiccionales que lo legitimen para conocer del caso concreto, pues el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia (párrafo 159).

Agrega que el recurso que contempla el artículo 8.2.h del Tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, que si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo, pues no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces en el sentido de dar un resultado o respuesta al fin para el cual fueron concebidos (párrafo 161).

Concluye que el juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervengan de conformidad con los principios que lo rigen, que la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho, y que independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo lo importante es que garantice un examen integral de la decisión (párrafos 163 a 165).

[46] GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, “Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales. Lineamientos para una reforma de la última etapa del proceso penal”, en Icaro. Revista de Ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro. Doctrina. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia sintetizada, Legislación. DELGADO, Sergio (Director), Año N° 1, N° 1, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 332/333.

[47] BOVINO, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en Revista +d? ¿Más Derecho? Número 1, Año 1, noviembre de 2000, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000.

[48] BOMBINI, Gabriel, “La influencia de la jurisprudencia de la CSJN en la SCJBA en materia de “recursos” en la etapa de ejecución penal”, en Política Criminal Bonaerense. Revista del INECIP Provincia de Buenos Aires N° 2, Lajouane. Inecip, Buenos Aires, 2007.

[49] DEVOTO, Eleonora, “Una salida difícil o un callejón sin salida. A propósito de la irrecurribilidad de las cuestiones de ejecución penal”, en Nueva Doctrina Penal 1999/B, MAIER, julio B. J. (Director), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

[50] SALT, Marcos G., La judicialización de la ejecución penal en el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, en JA 1998-II, p. 824/835.

Citar: [eIDial.com - DC1527]

Publicado el 17/02/2011

Copyright 2011 - eIDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina