

Reformas en la ejecución penal nacional respecto a los delitos sexuales

Por Juan Fernando Gouvert¹

Al Dr. Ricardo Fabio Oliveira Buscarini, buen Juez que imprime humanidad, eficacia y sentido a la ejecución de la pena de los condenados bonaerenses.

1) Introducción:

A principios del año 2013 se promulgó la ley 26.813² que introduce y agrega una serie de cambios a la ley 24.660 en torno a la ejecución de la pena de ciertos delitos -no todos- contra la integridad sexual.

Con anterioridad glosamos una gran innovación en la ejecución de pena³ y la declaración testimonial de víctimas de delitos sexuales⁴, ambas en el ámbito bonaerense por lo que; encaramos ahora siempre con sentido crítico, reflexivo y práctico, un comentario que combina a la postrera etapa – y tal vez la menos estudiada- del proceso penal y el –difícil- tratamiento penitenciario a ciudadanos condenados a ciertos ilícitos particularmente deleznable pero no por ello, pasibles de una velada “capitis diminutio”⁵, como postula cierto clamor político-mediático-social .

Reconociendo la gran dificultad y -a que negarlo- escorzo que involucra la temática, nos proponemos brindar un escueto hontanar de cavilaciones excogitar mejor sobre los alcances

¹ Abogado litigante y mediador. Especialización en Derecho Penal de la UBA (Tesina pendiente de rendición). Autor de más de noventa artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Colaborador de varias editoriales jurídicas. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformatorias del ritual punitivo bonaerense.”, Editorial Scotti., noviembre 2010. Comentarios a jfgouvert@hotmail.com .

²B.O: 10/1/2013.

³ Se trató de la ley 14.296 que introdujo importantes cambios en la etapa de ejecución penal bonaerense, entre ellos: la oralización de la resolución de ciertos beneficios-derechos, la imposición o subsistencia de una medida de seguridad sólo por sentencia, la vista obligatoria al defensor de la sanción disciplinaria a un detenido y armonización de la normativa provincial con el régimen nacional y supranacional. Las tendencias allí plasmadas seguramente repercutirán, más temprano que tarde, en el plano nacional.

Ver de mi autoría: Gouvert, Juan Fernando: “La oralización de la Ejecución Penal Bonaerense: el nuevo art. 3 de la ley 12.256”, “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12.974, ED. 247, del miércoles 11 de abril de 2012, pag. 1 a 3.; “Cambios en la imposición y subsistencia de las medidas de seguridad en la Provincia de Bs. As.” “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 13.005, ED. 247, del martes 29 de mayo de 2012, pag. 1 a 3.; “Impacto y funcionamiento prácticos de las reformas en el trámite e impugnación de las sanciones disciplinarias en la Ejecución Penal Bonaerense”, “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 13.037, ED. 248, del lunes 16 de julio de 2012, pag. 1 a 7; “Nuevo órgano de contralor y supervisión de la pena en la provincia de Buenos Aires: entre el acierto y su ardua implementación”. El derecho Legislación Argentina (EDLA), 10 de agosto de 2012, boletín nº 14, sección doctrina, pags. 7 a 19; “La postergada y esencial armonización con el régimen nacional y otros cambios de la ejecución penal bonaerense (Parte I), “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.170, AÑO LI, ED. 251, del lunes 28 de enero de 2013, Pág. 1 a 4 y “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.171, AÑO LI, ED. 251, del martes 29 de enero de 2013, Pag. 1 a 2 (continuación). “La postergada y esencial armonización con el régimen nacional y otros cambios de la ejecución penal bonaerense (Parte II), “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, nro. 13.172, AÑO LI, ED. 251, del miércoles 30 de enero de 2013, pag. 1 a 5.

⁴ Ver. Gouvert, Juan Fernando, “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformatorias del ritual punitivo bonaerense.”, Editorial Scotti., noviembre 2010, Págs. 123 a 140.

⁵ Ya en sus derechos como condenado Vgr. progresividad de la pena e igualdad de derechos/benéficos, o en su misma humanidad como la aberrante - e inútil -castración física o química.

normativos de la reforma, siempre enderezado a potenciar las posibilidades efectivas de resocialización de los ofensores sexuales.

2) Cometario a la ley n° 26.813:

La norma en glosa comienza por crear y agregar el Art. 56 ter. a la ley 24660 el que **como excepción a las modalidades básicas de ejecución**⁶ dispone que: “En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgará a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario”.

En tendemos que cuando se refiere a “condenados”, la norma se refiera a sentencia firme y consentida, excluyéndose la reforma las condenas que, aun por los “delitos”⁷ descriptos, sea o pueda ser revisada por un Tribunal Superior Vgr. Casación, Corte Suprema, etc.

En primer lugar el grupo de tipos allí aludido y **al cual se orienta toda la reforma**⁸ **son de carácter netamente taxativo y restrictivo, no pudiendo extenderse la aplicación de esta norma a otras modalidades de los mismos tipos** (Vgr. 119 primer párrafo o cuarto párrafos) **o a otros delitos que con igual contenido sexual** (vgr. arts. 128- pornografía infantil-, 129 – exhibicionismo- y 130-rapto-) **sean cometidos por un autor sin una organización. Así, la innovación pareciera enfocarse en los ofensores sexuales que actúan de manera solitaria o a lo sumo en coautoría, muchas veces endogámicamente**⁹, **a víctimas individuales generalmente**¹⁰ **conocidas, sin participación y/o colaboración de otras personas, sin una estructura o división de roles en su plan criminal**¹¹, **en los que existe algún tipo de**

⁶ Ver Capítulo 2 bis de ley 24660 que fuera incorporado por ley 25.948.

NO podemos dejar de decir que el art. 56 bis de la ley 24.660, en cuanto veda la concesión de cualquiera de los beneficios que implican el ingreso al período de prueba (incluida la libertad asistida) a los condenados por delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal, por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos que allí se indican, viola los principios constitucionales de igualdad ante la ley (CN, 16 y 75 inc. 22; CADH, 24; PIDCyP 14 y CPBA, 11) el de razonabilidad (CN, 28), en tanto y en cuanto, contradice, por un lado, el fin específico que dicha pena privativa de la libertad, de acuerdo con lo que disponen normas de jerarquía constitucional superior y aquellas mismas leyes, tiene en la etapa ejecutiva: la resocialización o readaptación social de los penados; y por el otro, el sistema de progresividad y prueba que, para la consecución de dicho fin preventivo especial positivo, impone la ley 24.660.

⁷ Es que, justamente, existe “delito” cuando hay una sentencia condenatoria firme, antes solo hay –con mayor o menor grado de comprobación- conductas presuntamente alcanzadas por u tipo penal.

⁸ O sea: **arts.** 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal)

⁹ Es de notar que la gran mayoría de los ataques sexuales cometidos a menores son por personas conocidas por la víctima, ya sean parientes o conocidos por la víctima.

¹⁰ Aunque hay casos de ataques a víctimas al azar.

¹¹ Estructura es usual e imprescindible en los delitos de promoción de la prostitución.

sicopatología¹² que merece ser tratada en vistas a su reducción y/o superación, teniendo como norte la capitalización del -ya de por si afflictivo¹³ - encierro y la efectiva reinserción social¹⁴.

Va de suyo que el desagrado social de estos ilícitos no da pábulo a la aplicación encubierta de medidas de seguridad basada en criterio peligrosistas ajenos a la culpabilidad del autor y por ello al sentido de la pena y a su ejecución. Entonces, si bien la directriz ontológica formal de la ley glosada empalma con al reinserción del condenado aportando una herramienta útil y conducente para tal finalidad, **sus instrumentos no deben ser usados como un elemento para denegar derechos/beneficios liberatorios o como un solapado factor de control social “individualizado” e “indefinido” a quien se considera un delincuente “por convicción” potencialmente peligroso. No estamos aquí ante un “enajenado”, “un enfermo” u otro caso subsumible en el art. 34 inc. 1 del Código Penal, sino un ciudadano que necesita un tratamiento penitenciario diferenciado y cabal que le permita, con ayuda especializada, elaborar y trabajar su problemática.**

Es por ello que tal como dispone el art. 8 de la ley 24.660 la “intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social” deberá aplicarse sin generar ningún tipo de discriminación o trato diferenciado que perjudique al codeando o a sus derechos. Empero, aventuro desatinada que tal “intervención” –el verbo es

¹² El Dr. Flammá al comentar una repudiable iniciativa de castración química en Mendoza dijo:” Los delitos sexuales son aberrantes y nos resulta difícil separar las emociones y sentimientos que en razón de ellos se ponen en juego, es lógico. Pero ello no debe hacernos perder de vista cuáles son las alternativas a las que legítimamente el Estado puede apelar para intentar dar solución al conflicto social que generan. No es intención del presente dar una solución al problema. **Pero si como parece, se llegara a concluir que la comisión de estos delitos guarda relación en una patología psíquica de su autor, quizás antes de anular su deseo sexual todo en el marco de un acuerdo tan poco voluntario como el que se propone, el Estado debería brindar una respuesta terapéutica sería, como frente a cualquier otra patología, antes de querer cortar por lo “sano”.** (Flammá, Maxi “Castración Química de Violadores. Si es cara gano yo, si es cruz usted pierde”, 19/3/2010, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2010/03/castracion-quimica-de-violadores.html>, es mía la negrita).

Sobre la castración química en sí el autor concluye que es una pena: “En el caso, está fuera de toda duda que el suministro de estos químicos tiene como fin anular o inhibir temporalmente uno de los aspectos de la personalidad de los individuos condenados por delito de violación como es su libido, es decir disminuir o anular su deseo sexual. Lo expuesto nos conduce a afirmar que esta práctica en el contexto que la entendemos, es decir como castigo impuesto por el Estado, se **encontraría prohibida por el derecho vigente en nuestro país. Por otro lado conforme abiertamente se declara, el fin de este castigo no guarda relación con el hecho acaecido, sino que tiene como propósito impedir que en un futuro el condenado cometa nuevos delitos de esa naturaleza. Es decir, no se castiga el hecho sino al autor, por circunstancias que aún no han sucedido pero que su “personalidad” hace presumir que sucederán. Un claro ejemplo del Derecho Penal de Autor, violatorio del principio de exterioridad de la acción que se deriva del art. 19 de la Constitución Nacional y que por ende impide sea el fundamento del reproche jurídico penal en el que se sustente un castigo.** (Flammá, Maxi “Castración Química de Violadores. Si es cara gano yo, si es cruz usted pierde”, 19/3/2010, op.cit.).

¹³Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos establece como uno de los principios rectores *aplicables a Condenados* “ 57. **La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad.** Por lo tanto, a reserva de las mediadas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los **sufrimientos inherentes a tal situación.**” (es mía la negrita)

¹⁴ Conf. art. 18 CN. y 1 ley 24660.

imperativo: “se establecerá”- sea obligatoria para el condenado porque resta probabilidades de éxito y efectividad al tratamiento, mas allá de contravenir el principio de voluntariedad que rige toda actividad del interno excluyendo la obligatoria observancia de las normas de convivencia, disciplina y trabajo¹⁵. **Es que el carácter voluntario y no imperativo del tratamiento penitenciario, respecto a la problemática del ofensor sexual hace involucrar más al interesado, optimiza –y ende evita desaprovechar- los recursos humanos de los profesionales disponibles –que no abundan y son insuficientes para la población carcelaria actual- que los administran y, en definitiva, aumenta sus posibilidades de eficacia.**

Este “complemento” al tratamiento penitenciario¹⁶ tradicional, que tanto uno como otro **serán individualizados según las condiciones personales intereses y necesidades de cada interno¹⁷**, será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el agregado inciso 1) del artículo 185¹⁸ de ley 24660, el cual dispone genéricamente que los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar con “Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos...”¹⁹. Además se establece como segundo párrafo del art. 27 referente a la verificación y actualización del tratamiento que tales **los profesionales deberán elaborar un informe circunstanciado dando cuenta de la evolución del interno y toda otra circunstancia que pueda resultar relevante.**

No se establece quien estará integrado el equipo o como funcionara, pero se descuenta que deben ser por expertos -psicólogos, criminólogos, médicos, etc.- que acrediten formación específica en este tipo de temática. **Sería recomendable que este equipo cuente con profesionales autónomos no pertenecientes al servicio Penitenciario y actúen bajo las mismas condiciones y reglas de médico-paciente que en el medio libre (vgr. voluntariedad,**

¹⁵ Conf. art. 5 ley 24660.

¹⁶ Resulta conducente transcribir las conclusiones del VII Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución Penal (Córdoba, abril de 2012). realizadas Sobre Tratamiento Penitenciario: 1) Proponer que se modifique la ley 24660 y en lugar de denominarse “medidas de tratamiento”, se denominen “medidas de trato”, como una forma de contribuir a desterrar las concepciones positivistas que asocian el delito con una enfermedad individual y de acentuar su carácter voluntario para el interno.- 2) Proponer que el avance en la progresividad se obtenga a partir de los logros a los que llegue el interno, dejando de lado el sistema de premios y castigos. 3) Proponer que la finalidad del tratamiento no sea la resocialización, sino la inclusión o la integración social. 4) Proponer la sustitución de los conceptos de “diagnóstico” “tratamiento” y “pronóstico” contenidos en la ley de ejecución por el concepto de “disminución de nivel de vulnerabilidad” del interno, para evaluar qué redes deben activarse para la contención por parte del Estado, para su egreso 5) Eliminar de la ejecución de la pena privativa de la libertad, el vaticinio o predicción de peligrosidad o los informes sobre probabilidades de cometer nuevos delitos.” (disponible en <http://ejecucionpenalargentina.blogspot.com.ar/>)

¹⁷ Conf.

Art. 5 segundo párrafo de ley 24660

¹⁸ El art. 10 de la ley en glosa agrega el mentado inc. I al Art. 185 de la ley 24660.

¹⁹ Omite consignar al final de la numeración que los artículos son del Código Penal.

confidencialidad, consentimiento informado, etc.), siendo un órgano de cuyos informes, va de suyo no vinculantes, serán valorados por el Juez competente²⁰.

Al agotarse la pena se hará entrega de un resumen de la “historia clínica” -expresión poco feliz ya que pareciera que el interno está “enfermo”- y una orden judicial para que el justiciable, siempre que quiera y sea necesario, continúe su tratamiento con otros profesionales.

Por otro lado, se agrega al cuarto requisito del art. 17 de la ley 24660 para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad que **el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 emita un informe favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad.**

Empero, cabe relativizar y contextualizar el alcance e incidencia que puede tener en la obtención de los beneficios los informes técnico-criminológicos y como más razón los informes que pueda emitir este equipo especializado, pues mas allá de la natural relevancia que ellos tienen como reflejo de la evolución personal del interno en el contexto de encierro, **es indudable que la garantía de jurisdiccionalidad en la ejecución de la pena obsta a reputarlos vinculantes pues, en ese caso, la decisión dejaría de estar en manos del Juez para quedar a consideración exclusiva de la administración²¹ , convirtiéndose el Magistrado en un mero ente burocrático que homologa irreflexivamente los pareceres penitenciarios.** En este sentido citamos al egregio Dr. Oliveira Buscarini :“...los informes criminológicos, claro está no deben, ni son vinculantes para el pensar de esta Magistratura sino que cumplen un efecto auxiliar, ilustrativo y orientador. Entenderlo de otra manera importaría una vulneración indirecta del principio de Judicialización de la ejecución de la pena prisionizante.”²²

²⁰ En este sentido:“Este equipo, que no debería depender de la autoridad penitenciaria sino del Ministerio de Salud, debería intervenir solo en la asistencia terapéutica, respetando el principio de confidencialidad y voluntariedad así como el de consentimiento informado (leyes 26.529 y 26.657), emitiendo informes regulares bajo los mismos requisitos al Juez de Ejecución o competente a los efectos de su valoración en todo trámite de libertad anticipada (salidas transitorias, libertad condicional, asistida) o detención domiciliaria, así como al Consejo Correccional para su consideración en la calificación de concepto.(Carta del 10/12/13 emitida por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires -CEEP- a la Presidenta Cristina Fernández proponiendo un veto parcial a la ley en glosa, texto disponible en <http://es.slideshare.net/CEEPENAL/pedido-de-veto-reforma-a-la-ley-24660>)

²¹ Además: “En lo referente a la vinculariedad de los informes del art. 13 del CP el mismo Juez postula: “... es necesario evocar que los informes criminológicos penitenciarios *no son vinculantes* para la autoridad jurisdiccional, cumpliendo simplemente un efecto auxiliar, ilustrativo y orientador. Admitir lo contrario, importaría una vulneración indirecta del Principio de Judicialización Penal señalado, toda vez que, de ser así, la Administración Penitenciaria podría impedir la procedencia de cualquier Derecho de egreso anticipado con sólo pronunciarse desfavorablemente sobre la Conducta y/o el Concepto del penado”(J.E.P. n° 1 de San Fernando del Valle de Catamarca Expte. N° 207/08 caratulada “Incidente de libertad condicional del penado Castaño Sergio Augusto s/libertad condicional”, 03 /10/ 2008.).

²²JEP n° 2 de Mercedes, Inc. de Ejecución de pena n° 3852, rto. 18/4/12. Sigue el magistrado: “Resulta oportuno mencionar que dichos informes labrador por autoridad penitenciaria dan cuenta del desarrollo y desenvolvimiento del desviado intramuro dando simples descripciones acerca de la de forma que se han conducido en su tiempo de prisionización y el cuando de situación del momento de su realización o diagnostico psico-social, debiendo hacer el suscripto un análisis mas profundo e integrador para al decisión final del tema traído a resolver”

A todo evento, basándonos en los principios de judicialización e intermediación de la pena es criterio unánime, siempre existe la facultad jurisdiccional de apartarse del resultado de los informes de las autoridades penitenciarias, y aún de las recomendaciones del equipo tratante del ofensor sexual, a la hora de resolver la situación del justiciable²³. Retomamos.

Se adiciona al mismo art. 17 de la ley 24660 un quinto requisito para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad y es que en los casos **de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, y 125 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación.**

Aunque concordamos con que “no es conveniente el reconocimiento de legitimación activa a la víctima durante la ejecución de la pena. Ello sin perjuicio de las partes puedan convocarla en su calidad de testigo”²⁴, y que es desigual y contradictorio convocar a la víctima²⁵ como excepción para este tipo de delitos y no para todos los casos²⁶ -más allá que el Juez como medida de mero proveer podría citarla igual-, creemos que la incorporación de la víctima bien tratada -y sin caer galimatías punitivistas- podría un cariz novedoso en esta fase del proceso.

A todo evento, estimamos que en su declaración debe evitarse su revictimización y la omisión de citarla por parte del juez no hace nula su resolución²⁷, salvo que tenga calidad de

En la misma línea Citamos un lúcido voto del Dr. Carral: “...los informes criminológicos labrados por la autoridad carcelaria, que dan cuenta del desarrollo y desenvolvimiento intramuros de los reclusos, son apenas simples descripciones acerca de la forma en que ellos se han conducido en prisión, sin resultar, en modo alguno, vinculantes para el tribunal, que deberá juzgarlos a la luz de un análisis integral de sus conductas y características personales, sin verse limitado por las conclusiones que aquellos arrojasen. De lo contrario, la decisión de conceder o no la libertad en los términos del artículo 13 del C.P. se hallaría indirectamente en cabeza de la autoridad penitenciaria, interviniendo la jurisdicción como un mero órgano homologador del criterio administrativo, lo cual significaría una inaceptable violación a la división de poderes, consagrada por el principio republicano de gobierno –artículo 1º de la Constitución Nacional.” (TCPBA, Sala III, causa n° 11.815 (Registro de Presidencia n° 41.332) “R., J. C. s/ Recurso de Casación”, 19/5/10, voto del D.r Carral)

²³ En el mismo sentido: “...En ese orden de ideas y compartiendo el judicante la postura de la doctrina y jurisprudencia predominantes que establecen que los presupuestos previstos en los numerales III.- y IV.- del Art. 17 Ley 24.660 (grado de la calificación administrativa de la conducta carcelaria y postura favorable del Gabinete Criminológico sobre el concepto del penado y el efecto beneficioso que representa su incorporación a la semilibertad) no resultan vinculantes para la autoridad judicial, ya que su papel se reduce al de meros dictámenes técnicos que otorgan pautas de valoración para la decisión final que le corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, ya que nuestro sistema legal que tiene su base en los principios de judicialización e intermediación de la pena -rectores en el campo del Derecho de Ejecución Penal- que establecen que debe ser el Juez quien debe interpretar si se consideran cumplidos o no los presupuestos legales...”(JEP. de Catamarca, Auto N° 11/2003 en Expte. N° 218/2003).

²⁴ III Encuentro Provincial de Ejecución Penal, Jornadas Preparatorias del VII Encuentro de Jueces de Ejecución Penal (Córdoba 2012) - 18 y 19 de Noviembre de 2011 - Colegio Público de Abogados de San Isidro, Comisión N° 1. Reformas a la ley 12.256. Oralidad. Sanciones Disciplinarias, conclusión n° 5.

²⁵ Lo expuesto son olvidar que la víctima tiene derecho aún en la etapa de ejecución a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado (art. 80 inc. 8 del CPPN)

²⁶ Más allá del natural padecimiento de la víctima de delitos sexuales, ¿en que se diferencia de la de un delito contra la libertad, propiedad, vida, etc.? Repárese, sólo por citar un tema en boga, a las víctimas con serias lesiones ocasionadas por accidentes de tránsito un robo.

²⁷ Conf. Art. 166 CPPN

querellante²⁸. **Es que más allá de la prohibición de intervención de la parte querellante establecida en art. 491 in fine del CPPN para todo incidente de ejecución de la pena, creemos que siendo el sentido y finalidad de la norma que se escuches la víctima de delitos sexuales con más razón el Juez debe dejar participar y escuchar cuando esa víctima adquirió un papel procesal más sólido dentro del proceso penal constituyéndose como querellante particular.**

Pero hay otros achaques respecto del papel de la víctima en la resolución de las salidas transitorias de su ofensor ya que la reforma: “... no ha previsto que la víctima sea escuchada si lo que se resuelve es la libertad condicional o libertad asistida. Tampoco se ha previsto que se solicite ala Oficina de Asistencia a la Víctima que acredite su acompañamiento a lo largo de la condena y que hicieran referencia así el condenado la ha molestado u hostigado a los efectos de que el Juez de Ejecución o competente, pudiese apreciar la incorporación de reglas de conductas dirigidas a la protección y abstención de contacto con la víctima, conforme lo prevé el art. 27 bis. inc. 2 del Código Penal.”²⁹. **Hubiera sido recomendable disponer que el juez tomara conocimiento directo del condenado y escucharlo, tal como reforma hizo para los casos de libertad asistida y condicional.**

Por otro lado se perdió una oportunidad de regular mecanismos de protección de los derechos de la víctima de agresiones sexuales en el marco del procedimiento penal. **Sigamos.**

Además, se dispone que el interno podrá proponer peritos especialistas -vgr. Psicólogos, sociólogos, criminólogos, psiquiatra, etc.- a su cargo facultados a presentar su propio informe sobre la conveniencia de la concesión del beneficio. Más allá que los informes criminológicos y recomendaciones del “equipo” no son vinculantes para el Juez y de las alegaciones que pudiera realizar el justiciable para refutarlos, tales informes – sin duda importantes para la suerte del derecho/beneficio liberatorio del justiciable- podían ni pueden, como un peritaje mecánico en una causa civil, ser impugnados. Por ello estimamos muy acertada la posibilidad del justiciable de contrarrestar con sus propios informes la información provista por el servicio penitenciario, optimizando la cantidad y calidad de datos disponibles lo que en definitiva mejora la resolución jurisdiccional. Por introducir -de alguna manera- la contradicción en la faz ejecutiva de la pena, estimamos que la mentada facultad del justiciable

²⁸Conf. Art. 167 inc. 2

²⁹ Conf. Carta del 10/12/13 emitida por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires -CEEP- a la Presidenta Cristina Fernández proponiendo un veto parcial a la ley en glosa, texto disponible en <http://es.slideshare.net/CEEPENAL/pedido-de-veto-reforma-a-la-ley-24660>.

debería extenderse a todos los casos, o sea para cualquier delito, donde se trate un derecho/beneficio liberatorio relevante para el justiciable³⁰.

Como segundo y tercer párrafo al art. 19 se dispone que cuando se disponga las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, y siempre para los delitos en trato, continuará la intervención prevista en el artículo 56 ter de esta ley, o sea, la del equipo especializado. Además “se exigirá” -lo que denota obligatoriedad- el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. **Estimamos que afín de lograr efectividad en el control y no malgastar recursos humanos y/o técnicos, sería recomendable que tales controles sean en principio una facultad jurisdiccional -o sea de imposición optativa- y no un deber legal solo dispensable por excepción, siendo los informes respectivos orientativo para el magistrado.**

En este senda, la reforma agrega cuatro párrafos -idénticos entre si- a los arts. 28 y 54 de la ley 24660, que tratan respectivamente del trámite de la concesión de la libertad condicional y asistida, estipulando que antes de adoptar una decisión, “el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación”.

Al igual que el art. 3³¹ de la ley 11256 de la Provincial de Buenos Aries³² y en sintonía con las opiniones especializadas³³ estableciendo el **los principios de oralidad e intermediación**³⁴

³⁰ Vgr. salidas transitorias transitorias, libertad asistida y/o condicional, etc..

³¹ Sobre el punto ver Gouvert, Juan Fernando: “La oralización de la Ejecución Penal Bonaerense: el nuevo art. 3 de la ley 12.256”, “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12.974, ED. 247, del miércoles 11 de abril de 2012, pag. 1 a 3.

³² La ley 14296, entre otras cosas y en lo que aquí interesa, reformó la ley n° 12.256 de ejecución penal bonaerense por la cual su art. 3° edicta: “ ... Las decisiones del Juez de Ejecución o Juez competente se adoptarán del modo en que lo establecen los artículos 497 y subsiguientes del Código Procesal Penal según Ley N° 11.922 y sus modificatorias, salvo las relativas a salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional y cese provisorio o definitivo de las medidas de seguridad a las que se refiere el artículo 24 de la presente, en las que se observarán las siguientes reglas: a) **Las resoluciones se adoptarán oralmente, previa audiencia pública y contradictoria, con la participación del imputado, su defensa y el Ministerio Público Fiscal.** b) De lo actuado se labrará acta, debiendo disponerse además su grabación íntegra, ...”(es mía la negrita)

³³ Hace más de tres años se concluía en una reciente Jornada de Jueces de Ejecución: “Propiciar la implementación de la oralidad en la etapa de Ejecución, a los efectos de resguardar los principios de intermediación y concentración. Asimismo corresponde reclamar a los Consejos de la Magistratura y a las autoridades pertinentes la implementación de un sistema de videoconferencia en una sala que preserve la confidencialidad de las mismas. (Conclusiones. 5.2 del IV Encuentro Nacional de jueces de Ejecución Penal realizado Mendoza el 24 de abril de 2009, consultadas en la web www.pensamientopenal.com.ar, sección ejecución penal)

³⁴ El principio de intermediación, como uno de los principios procesales que informan el sistema de la oralidad, tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto entre el juzgador y el justiciable y el justiciable: el juez tiene que tener el contacto más directo y personal posible con el objeto del proceso, o sea, asegurar la efectiva y pronta reintegración del pendo al conjunto social. En este sentido, Carnelutti lo resume en un lema “abreviar la distancia, por consiguiente acercar todo lo más posible el juzgados a las partes y a los hechos debatidos” (Carnelutti, Trattato del processo civile, I, Diritto e proceso, Napoli, 1558, p. 151). **Su base legal la encontramos en el art. 1 C.N. al momento de sentar nuestra forma de gobierno, la de un Estado Democrático, que exige dentro de sus notas particulares, que previo a una resolución judicial se observen una serie de pasos que se sintetizan en un proceso oral y público**

para la resolución de los derechos³⁵ y/o beneficios liberatorios más relevantes del condenado a este tipo de delitos, aunque aquí no se establece que se escuche – al menos oralmente -mas allá de la vista escrita, previa y obligatoria del art. 491 del CPPN-al Ministerio Publico Fiscal le que le daría una eficaz contradicción en la resolución de este tipo de cuestiones.

Entendemos que el verbo utilizado “deberá”, denota que tal citación y escucha al condenado es obligatoria³⁶, acarreado la omisión de citarlo y/o escucharlo la nulidad de la resolución posterior ya que se trata de la observancia de una disposición concerniente a la intervención del imputado³⁷.

Más allá que entendemos que siempre el Juez de Ejecución puede –y debe- ordenar el conocimiento del visu, y por ende oírlo, del condenado antes de resolver - y no sólo cuando al revocar³⁸ - un pedimento liberatorio relevante, **estimamos que la reforma vigoriza el olvidado principio de inmediación en la faz ejecutiva de pena mejorando la calidad de la decisión jurisdiccional en pos de la efectiva progresividad de la pena e reinserción social del justiciable³⁹. Por todo ello, este contacto directo y escucha del condenado debe sin dudas**

³⁵ La concesión de la libertad condicional no es un “beneficio” del reo o una “facultad” del magistrado, sino un derecho del condenado cuando se cumplieron los requisitos legales, en pos de una justa reinserción del ciudadano. Hago pie en un sólido fallo: “Que el suscripto, sin perjuicio de la postura que se adopte respecto de su naturaleza jurídica, ya sea como una forma de cumplimiento de la pena o como una suspensión de la ejecución de la pena, destaca que existe cierto acuerdo doctrinario **en considerar a la Libertad Condicional como un derecho del condenado, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado. Simplemente, ante la concurrencia de las exigencias legales, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional a acordarlo. Y ello, resulta coherente con los Principios Rectores de la Ejecución Penal, representando la Libertad Condicional un derecho de los penados** que han dado muestras de un mejor posicionamiento frente a la pretensión de neutralización de la reincidencia criminal; por lo que, si el objetivo anhelado con la ejecución de la pena privativa de libertad es la Resocialización del interno, que más justo que mitigar sus efectos cuando ella está dando con los resultados perseguidos” (Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de San Fernando del Valle de Catamarca, Expte. N° 171/08 caratuladas “Incidente de libertad condicional del interno Jorge Luís Moreno s/libertad condicional”, 10 de octubre de 2008, es mía la negrita).

³⁶ Por ende será dispuesta de oficio por el Magistrado sin ninguna necesidad de pedido de parte.

³⁷ Conf. Art. 167 inc. 3 del CPPN. La inobservancia de tal citación implicará que la Alzada vía apelación ordene efectuar el cumplimiento de la citación y escucha del condenado que fueron omitidas.

³⁸ El Ritual Punitivo Federal estatuye que “La revocatoria de la libertad condicional conforme al Código Penal, podrá efectuarse de oficio a solicitud del ministerio fiscal o del patronato o institución que hubiera actuado. **En todo caso el liberado será oído** y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescripta por el artículo 491...” (art. 510 del CPPN, es mía la negrita)

³⁹ En efecto, la ley contempla audiencia de conocimiento que permita al juez encargado de ejecutar la condena conocer personalmente al interno al inicio del control .como una verdadera obligación funcional. Implementar la obligación antedicha permitiría, por un lado, un mayor compromiso de las autoridades judiciales en la visita más asidua de los establecimientos carcelarios, así como en garantizar al interno el contacto personal con el juez de su causa; garantías éstas que tienen su génesis en los pactos internacionales ratificados por el Estado Argentino. Además de la obligación del Juez en visitar los establecimientos carcelarios (alcaldías e incluso cárceles) y por consiguiente a los alojados a su disposición, idéntica obligatoriedad debería tener el Defensor del condenado, cuando este rol se encuentre a cargo del Ministerio Oficial. Así se busca evitar que los internos no cuenten con una debida asistencia técnica, sin conocimiento real de sus condiciones de alojamiento.

extenderse a todo los tipos de delitos⁴⁰ -no sólo los de índole sexual- y **para otro tipo de beneficios –vgr. Salidas transitorias o semilibertad⁴¹**-, para robustecer y estrechar el seguimiento y control judicial desde los períodos más tempranos del progresivo régimen penitenciario⁴².

Siguiendo con las reformas comunes a los arts. 28 y 54 de la ley 24660 y al igual con el actual art. 17 inciso quinto, se establece que el Juez de Ejecución requerirá un informe de su equipo interdisciplinario⁴³, se notificará a la víctima -o su representante legal- para que sea escuchada, pudiendo el justiciable proponer peritos especialistas a su cargo y presentar su propio informe. En adición a lo ya expresado, la reforma tiende a acentuar los principios de judicialización e intermediación⁴⁴ en la ejecución de la pena, se amplía la cantidad y calidad de información disponible para resolver, contrapesando el Magistrado la fuente única y mediata de información que suministra el organismo Penitenciario.

Expresa al respecto del Dr. Guillamondegui: “La intermediación como principio propio del procedimiento penal⁴⁵, derivado del principio de oralidad, exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Tribunal de mérito ya que sólo así se podrá obtener un adecuado conocimiento en busca que las probanzas lleguen al ánimo del juzgador “sin sufrir alteración alguna por influjo que sea extraño a su naturaleza”, o sea que, los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que ha de valorarlos, sin que se interpongan otras personas, porque éstas pueden tergiversar, falsificar, desdibujar consciente o inconscientemente la verdad, quitando o limitando la eficacia de tales elementos.” Adaptando

⁴⁰ **Cabe destacar que pese a las innovaciones todavía no es obligatorio para el Juez de Ejecución tomar conocimiento de “visu” o entrevistarse personalmente inicialmente – al recibir el incidente respectivo- con cada uno de los condenados que tiene bajo su jurisdicción**

⁴¹ Lo que la misma ley por omisión niega en la actual redacción del art. 17 inc. V.

⁴² En este punto: “redacción propuesta tácitamente convalida que, en los demás casos, por ejemplo, si se trata de condenados por homicidios calificados, secuestros seguidos de muerte, etc. el juez no deba tomar conocimiento directo del condenado ni, escucharlo si desea hacer alguna manifestación. Algo análogo ocurre con la nueva redacción que tendrá el cuarto párrafo del art. 54 de la ley 24.660, relativo a la libertad condicional, idéntica a la antes comentada. La reforma, sin embargo, no ha propiciado análogo recaudo respecto de la incorporación de estos internos a la modalidad de salidas transitorias o semilibertad. Es decir, se prevé la intermediación y el conocimiento directo del condenado por el juez, tardíamente, en los casos en los que el interno que accede a la libertad condicional o asistida ya haya obtenido salidas transitorias (Conf. Carta del 10/12/13 emitida por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires -CEEP- ,op. cit).

⁴³ Sin perjuicio que también requerir al organismo penitenciario que informe “Toda otra circunstancia, favorable o desfavorable, que pueda contribuir a ilustrar el juicio del tribunal, pudiéndose requerir dictamen médico o psicológico cuando se juzgue necesario.”(art. 506 inc. 3 del CPPN)

⁴⁴ El principio de intermediación es de suma relevancia en el ámbito de la ejecución penal, ya que su observancia permitirá arribar a resoluciones más justas al evitar la intromisión de factores ajenos a la valoración o la incorporación de informes técnico-criminológicos no ajustados a la realidad, que devienen en la mayoría de los casos puestos en consideración judicial, en decisiones de mérito que vulneran derechos penitenciarios y atentan contra el objetivo primero de las normas de la ejecución penal

⁴⁵ Conf. Guillamondegui, Luis Raúl, Luis Raúl Guillamondegui, “Los principios rectores de la ejecución penal. Su recepción en la jurisprudencia de la Provincia de Catamarca.”, publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/05catamarca.pdf>.

este principio al campo de la ejecución penal, su realización resultará provechosa para el justiciable y ello le permitirá al Juez fallar con un más amplio conocimiento de la situación de aquél y prevenir que su actividad se limite a una especie de “santificación judicial” o un mero “apéndice penitenciario de supervisión formal”, lo que se constataría si el magistrado haría una homologación acrítica de los informes carcelarios⁴⁶.

Culminando al implementar la concesión de la libertad condicional o asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control- no se especifica cual-, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. **Reiteramos que establecer como principio un control adicional en estos casos resulta dispendioso, inconducente y a la postre innecesario a la luz de los controles que ya preveía los inalterados arts. 509 del CPPN y 19 y 55 de ley 12.256.**

Siempre para las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 del Código Penal, se operaron muy similares cambios en los arts. 33 y 45 de ley 24660 pudiendo en ambos supuestos el interno proponer peritos especialistas a su cargo y al implementarse la concesión de la prisión domiciliaria o prisión discontinua o semidetención⁴⁷ se impondrá un dispositivo electrónico de control, sólo dispensable por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Como elementos distintivos se prevé la opción del acompañamiento de un empleado en el caso de la prisión domiciliaria o prisión discontinua o semidetención y para la detención domiciliaria un informe del equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. **En ninguno de los dos casos se prevé que se escuche a la víctima, como sí se establece en la reforma arts. 17,28 y 24 de la ley 24660.**

Finalmente, se modifica al art. 166 de la ley 24.660 estableciendo en un segundo párrafo que en el caso de estos delitos se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos fijos del Servicio Penitenciario Federal. Nos plegamos a las acertadas observaciones por el Centro de Ejecución Penal de la UBA “La autorización para cumplir los deberes morales allí reglada salvo que el interno se encuentre incorporado ala modalidad de salidas transitorias, siempre se ha efectuado con la custodia respectiva. Si el interno se encuentra incorporado a la modalidad de salidas transitorias

⁴⁶ Por ello, conviene destacar que nunca resultan vinculantes para la autoridad judicial las conclusiones penitenciarias, ya que su papel se reduce al de meros dictámenes técnicos que otorgan pautas de valoración para la decisión final que le corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, ya que nuestro sistema legal basado en los principios de judicialización e inmediatez de la pena establece que debe ser el Juez quien debe interpretar si se consideran cumplidos o no los presupuestos legales.

⁴⁷ La norma prevé la opción del acompañamiento de un empleado en el caso de la prisión domiciliaria o prisión discontinua o semidetención (art. 45 ley 24660)

tal acompañamiento no se justifica y es discriminatorio. Pero, además, encomendar dicha custodia a las autoridades penitenciarias federales parece ignorar que la ley 24.660 es complementaria del Código Penal y es absurdo, además, y de imposible cumplimiento teniendo en cuenta que sólo en ocho provincias argentinas se encuentran destacados funcionarios penitenciarios federales. Y que la custodia de los detenidos compete, en principio, a las autoridades provinciales”⁴⁸.

3) Epílogo:

El advenimiento de un régimen complementario de reinserción para condenados por delitos contra la integridad sexual, aun con sus inconsistencias, apreciaciones apuntadas, resulta una buena oportunidad de brindar un cabal y eficaz enfoque tratamental especializado a los ofensores sexuales. Así, tal “intervención” debería ser de aceptación y continuación voluntaria por parte del condenado – y a sea dentro como fuera de la cárcel- **y tener como limite temporal máximo la duración de su pena.**

Además entorna la inaplazable presencia del principio de intermediación y judicialización en la faz ejecutiva de la pena, plasmada en la vital escucha de la víctima y – fundamentalmente- del justiciable antes de resolver, junto con la novedosa posibilidad del condenado de presentar un informe emitido por sus propios “peritos especialistas”, **son importantes avances que deberían ampliarse a toda la faz de delitos y a los derechos/beneficios liberatorios más importantes.**

Empero, enfáticamente advertimos que aún la acendrada meta de una mejor resocialización no debe convalidar arteros obstáculos a la progresividad de la pena a ciudadanos condenados por este tipo de delitos. Tampoco la “intervención” profesional e individualizada con pretexto de elaborar la problemática del interno no debe elaborar pronósticos predictivo⁴⁹s basados en criterios peligrosistas⁵⁰ que den pie a reiterados

⁴⁸ Conf. Carta del 10/12/13 emitida por el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires -CEEP- ,op. cit

⁴⁹ El Dr. Bovino, al final de un dictamen inconcluso sobre proyectos sobre delitos sexuales lúcidamente depone sobre la falibilidad e inconducencia de los pronósticos de peligrosidad: “. En este sentido, es interesante señalar que se sostiene que los parámetros de “conducta observable” que estas evaluaciones consideran son absurdos, no sólo pues no tienen en cuenta que el interno tiende a simular comportamientos que se suponen adecuados para el observador sino, además, porque en muchas ocasiones se toman en consideración parámetros arbitrarios, que no existen como exigencias para el hombre libre —v. gr., hacerse la cama, ir bien vestido, lavarse los dientes—. Luego de otras atinadas observaciones, que van mucho más allá de estos ejemplos, se sostiene: “Así pues, seguir, hoy por hoy, contando con la noción de predictibilidad denota la pervivencia de concepciones sustancialistas y deterministas del ser humano. Seguir contando con la posibilidad de pronosticar comportamientos individuales carece de base teórica y procedimental, y supone permanecer anclados en unas pretensiones que ya perdieron su soporte epistemológico” . Al mismo tiempo, se reconoce la dificultad de que la intervención tratamental prescindiera de los pronósticos, pues “supondría renunciar a un fundamental sistema de dominio de la población penitenciaria” . A pesar de ello, los jueces de ejecución no pueden dejar de lado las carencias de estos informes “técnicos” que determinan en significativa medida el contenido concreto de la pena que debe cumplir la persona condenada en cualquier resolución que se refiera a estas cuestiones. Por otra parte, la evidencia empírica hoy indica, sin duda alguna, la inmensa tasa de error de estos pronósticos, tanto cuando son formulados por los

rechazos a derecho liberatorios por la elaboración administrativa y -lo más grave- maquinales invocación jurisdiccional de informes negativos o adversos a la pretendida evolución querida por los especialistas. Una herramienta dispuesta –al menos declamativamente - a favor del justiciable para obtener su anhelada reinserción, se volvería así en su contra por no satisfacer y/o avanzar en el tratamiento especial justamente pensado para coadyuvar a su mejor evolución.

Va de suyo que la ley glosada impele innovaciones que objetivamente podría ser útiles, pero nos obliga escépticamente a barruntar una hipotética implementación servil no ya al menor tratamiento intramuros de los agresores sexuales sino a su mera denegación derechos/beneficios, coartando la progresividad de la pena, **configurándose en los hechos su relegamiento intra muros por el tiempo total de su pena**

Por ello, **no relegamos que la reforma brinda elementos novedosos que bien aprovechados servirá para la efectiva elaboración de la problemática de los autores de delitos sexuales pero no debe ser utilizada como una subrepticia validación de criterios peligrosistas⁵¹ reluctantes al derecho penal de acto.**

Juan Fernando Gouvert.

técnicos del comportamiento como también cuando son producto exclusivo de decisiones judiciales..”Bovino, Alberto, “Dictamen sobre proyecto de ley c.d. 140/03 y proyecto de ley S-645/03”, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2009/02/alberto-bovino-profesor-de-derecho.html>, 18/02/2009.)

⁵⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena "constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía". Agrega que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo con pena de muerte inclusive no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95).

⁵¹ Cabe recordar el precedente “Maldonado” respecto a la predicción de peligrosidad del sujeto: “Que incluso suponiendo que pueda pasarse por alto todo lo dicho respecto de la peligrosidad, y si, por hipótesis, se la admitiera dentro de nuestro sistema constitucional, en el mejor de los casos, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Aún así, no se trata más que de una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que en caso particular jamás puede asegurar que el agente se comportará de una u otra manera, pues siempre existe la probabilidad contraria: podemos saber, científicamente, que en un porcentaje de casos la conducta futura llevará a la comisión de ilícitos, pero siempre hay un porcentaje en que esto no sucede, y nunca sabemos en cuál de las alternativas debe ser ubicado el caso particular”, CSJN, M. 1022. XXXIX - 'Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174C - 07/12/2005, considerando 39 del voto de la mayoría)