

La postergada y esencial armonización con el régimen nacional y otros cambios de la ejecución penal bonaerense

Por Juan Fernando Gouvert¹

I-Introducción:

Ley 14.296² mediante varias modificaciones en la ley de ejecución penal y el Código procesal Penal bonaerenses, viene finalmente a cumplir la demorada efectivización del mandato ordenado por la Corte Nacional -hace ya casi doce años- en el precedente “Verbitsky”³: la vital armonización de la ley 12.256 con los parámetros fundamentales de las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de la Naciones Unidas, recogidas en la ley de Ejecución penal Nacional n° 24.660⁴.

Así la normativa en glosa realiza la adecuación a los estándares nacionales de todos los institutos relacionados con la extensión, consistencia y modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad,

Nos ocuparemos entonces de reflexionar crítica y sistemáticamente sobre los aspectos prácticos que las innovaciones de la ley 12.256 -Ejecución Penal Bonaerense- acarrearán para el justiciable, anotando los criterios que, estimados, deben regir en la materia

II- Sentido y alcance de la reforma:

Sin perjuicio del neto **corte fondal**⁵ que ostenta la materia de la ejecución de la pena -siendo por ende materia exclusiva y **excluyente** del congreso Nacional en virtud del art. 75 inc. 12 de la C.N. -, la ley 24660 estableció en su art. 228 el plazo de un año para que las Provincias

¹ Abogado y mediador. Especialización en Derecho Penal de la UBA (Tesina pendiente de rendición). Autor de más de ochenta artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. 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 .

² Promulgación: decreto 1317/11 del 25/8/11. Publicación 8/9/11 BO N° 26.669 (suplemento).

³ V. 856. XXXVIII "Recurso de hecho. Verbitsky, Horacio S/habeas corpus", 3/5/05

⁴ No puedo dejar de citar el lúcido voto en disidencia de la Dra. Argibay que estableció, que tal armonización y acatamiento de las Provincia no es respecto a la ley Nacional (24.660) sino principalmente a la Constitucional Nacional y los tratados internacionales: “Que las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello en atención a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional según el cual ella, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales. Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional; Fallos: 324:3143, voto del juez Boggiano (conf. CSJN, V. 856. XXXVIII "Recurso de hecho. Verbitsky, Horacio S/habeas corpus", 3/5/05, considerando 8° del voto en disidencia de la Dra. Carmen Argibay)

⁵ Doctrinarios de la talla de Sebastián Soler, Claría Olmedo y Ricardo Núñez, entre otros, comparten básicamente estos lineamientos, en los cuales se traduce como conclusión, que se trata de facultades del Congreso Nacional (legislar sobre la ejecución de las penas), las que no han podido quedar reservadas por las provincias; ya que se trata de dos penas que se ejercen de modo diverso, son diferentes y, con ello, se hallan en abierta contraposición al orden constitucional. En caso de existir laguna normativa (aspectos de fondo no tratados por el Congreso Nacional), las provincias pueden legislar al respecto ejerciendo este poder no delegado.

concordaran sus disposiciones a la normativa nacional⁶. La provincia de Buenos Aires, interpretando que se trata de un supuesto de “poder no delegado” -art. 121 de la C.N. -, sancionó la ley local 12.256 sobre una materia, insisto, de neto carácter fondal: la ejecución de las penas. Este régimen local -mas allá de lo declamado en su art. 2-, y su velada tensión y asimetrías con su “marco” nacional, aparejó ostensibles desigualdades, falta de certeza e injusticias para los justiciables, sin contar la falta de uniformidad y dificultades interpretativas en la operatividad y alcance de ciertos institutos liberatorios, vgr. salidas transitorias, que necesitaron de arduas discusiones jurisprudenciales para aplicar, *pro homine*, la legislación más favorable al ciudadano⁷.

Las modificaciones introducidas intentarán finiquitar, o al menos recudir pues quedan remanentes, las anomalías e inequidades apuntadas compatibilizando la ley 12.256 al plexo nacional y supranacional ensanchando y mejorando el catalogo de institutos del que, ahora en plena igualdad, podrán aspirar los ciudadanos privados de su libertad – por condena firme o prisión preventiva- en la Provincia de Bs. As. Veamos ahora el alcance teórico y su funcionamiento práctico de las innovaciones.

⁶ La provincia de Buenos Aires no adhirió a la ley nacional 24.660, ni la menciona como parámetro. Esta cuestión de análisis dogmático no es menor, ya que la normativa mencionada, en los artículos 228 y 229, prevé la adhesión de las provincias, y hace expresa mención a sus alcances como complementaria del Código Penal de la Nación. Puede citarse el fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional de San Isidro en la “causa 52.112/IIa: “Baistrocchi, Gualberto A. s/ solicitud de acuerdo plenario en causa 50.156/IIa – Inc. de exc. A favor de Seona, Roberto D. -” en que se sienta el criterio que adhiere a la posición según la cual las disposiciones de carácter procesal o administrativo contenidas en la legislación nacional no pueden trascender de la esfera de actuación del gobierno central, toda vez que se vulnerarían los poderes reservados por los Estados locales. En cambio, sí deben trascender las disposiciones de carácter penal, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte local con relación al decreto 412/58 que antecedió a la ley 24.660. Es decir, se prioriza la ley nacional (24.660) por sobre la local (12.256), que conserva su vigencia en tanto no contradiga a la primera, tanto para el tratamiento de condenados como de procesados.

Recomendaciones efectuadas en junio de 1998 a la Cámara de Diputados de la provincia de Córdoba por el Dr. Eugenio Zaffaroni son concordante con lo expuesto: “...creemos que los artículos 228 y 229 de la ley 24.660 son constitucionales, en tanto se los entienda como asignando a dicha ley el carácter de marco garantizador mínimo para las respectivas legislaciones provinciales. Esto significa que en esta materia las provincias pueden dictar sus propios códigos y perfeccionar en ellos los principios limitadores y las garantías más allá de lo que hace la ley nacional, pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menos garantías”.

⁷ En este sentido: “El beneficio de las salidas transitorias se ha solicitado basándose en el plazo estipulado por el artículo 17 inciso 1 a) de la Ley 24.660 (mitad de la condena), cuestionándose la aplicación de la ley provincial 12.256. Y, con base en esa normativa se ha planteado una cuestión constitucional. En ese aspecto, considero que con sencilla claridad el art. 229 de la Ley 24.660 establece que sus normas son complementarias del Código Penal y, el artículo anterior, insta a las provincias a adecuar a sus disposiciones la legislación y reglamentaciones penitenciarias existentes. Así, si bien la Ley 12.256 respondió a ese objetivo, algunas de sus normas resultaron más perjudiciales para los penados que las correspondientes a la ley nacional. Tal es el caso de las salidas transitorias cuyo momento de solicitud en la ley provincial se difiere hasta la proximidad del egreso (art. 146) obstando a su concesión que la pena haya sido impuesta por el delito de homicidio en ocasión de robo como en el caso que nos ocupa (conf. art. 100 inc. 5). En cambio, en la ley nacional puede solicitarse una vez cumplida la mitad de la pena (art. 17) y el obstáculo referido al delito por el que fue condenado se introdujo por Ley 25.948 (B.O. 12/11/2004) como artículo 56 bis inciso 4 que, por constituir ley posterior más perjudicial, no tiene aplicación al caso (conf. art. 2 C.P.). A todo evento, el argumento que postula que debe aplicarse la normativa de la ley 12.256 por haberse dictado en virtud de las facultades no delegadas por las provincias a la Nación, debe rechazarse y a que la materia referida a las penas es de exclusiva competencia de la Nación por expresa delegación de la Provincias (conf. art. 75 inc. 12 y 121 C.N.) y, vgr las salidas transitorias, como modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad, forma parte de ella (TCPBA, Sala III, Causas n° 20.337 caratulada “N. R., E. s/Recurso de Casación” y su acumulada 25.998 “N. R., E. s/Habeas corpus”, 23/ 10/07)

III- La ansiada y vital compatibilización de la ley 12.256 al régimen nacional –y sobre todo- supranacional: un poco de “uniformidad” y certeza legislativa.

III.1-Derechos de penados y procesados (arts. 6 y 9)

Por empezar y en lo que aquí interesa, se le agregó como 2º párrafo al art. 6 de la ley 12.256 el siguiente texto “Los derechos que esta ley acuerda a los penados serán también de aplicación a procesados en la medida en que su ejercicio no contradiga el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad.”. Así se declara la plena igualdad – art. 16 CN- entre los derechos de procesados y penados, para evitar inequidades ilegales y asegurar la plena vigencia de sus prerrogativas constitucionales. Así como los precedentes de la “Mignone”⁸ de la Corte Nacional y “Axat Della Croce”⁹ de del Cimero Tribunal Provincial borraron los ilegítimos impedimentos legales para que los detenidos - sean preventivos o penados- ejerzan cabalmente su derecho al voto, no se debe privar en forma injustificada e ilegal a los ciudadanos en prisión de otros derechos civiles y/o políticos cuyo acceso y ejercicio irrestricto no se contraponga con la estrictas limitaciones que inherentemente presupone privación de la libertad locomotiva, ya de por si aflictiva¹⁰.

Aquí no debemos apartarnos de la clara y ejemplar guía del fallo “Dessy”:*“El ingreso a una prisión,... no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional”. Y “Por otro lado, suele razonarse:)si la ley ha podido válidamente privar a un individuo de su libertad ambulatoria, que es uno de sus bienes más preciados, cómo no podrá hacerlo de otros bienes que, en definitiva, no son de mayor relevancia? (Quién puede lo más, puede lo menos!. Frente a este deletéreo plano inclinado –repudiable aun desde la lógica formal-, es preciso reaccionar con vigor, con todo el que proporciona la Constitución Nacional y sus inseparables raíces humanistas, con el peso de todos los derechos y garantías que consagra en el capítulo único de su primera parte, irresistible incluso para las recias puertas de las cárceles. Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad (Fallos: 313:1262, disidencia del juez Fayt). Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Convención Americana sobre Derechos*

⁸ CSJN, “Mignone, Emilio F.”.del 9/4/2002.

⁹SCBA, “Axat Della Croce, Julián C/Honorable Junta Electoral S/Amparo-Cuestión de Competencia”, 5/8/11.

¹⁰ Cabe recordar que: “Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente”. (CSJN V. 856. XXXVIII “Recurso de hecho. Verbitsky, Horacio S/habeas corpus”, 3/5/05. considerando 35.)

Humanos, art. 5, inc. 2; en términos análogos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7).¹¹

En sintonía con lo expuesto, **el art. 9 establece que los derechos de los procesados y condenados serán ejercidos sin “serán ejercidos sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición social”, lo que refirma y reproduce a nivel local los principios 6.1 de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” y el principio II de “Igualdad y no-discriminación” de los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”**¹².

Además se agrega como inc. 11 que el detenido tendrá derecho “a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y la sentencia de condena”, tal vez en forma redundante el agregado reafirma la plenitud de los derechos no afectados por las leyes procesales – detención preventiva- o condena -prisión, inhabilitación, etc.

Además se agregan dos interesantes párrafos, orientado el primero explicitar que los derechos estipulados “tienen por finalidad primordial lograr un mejor y más efectivo proceso de revinculación social de los internos con el medio libre a su egreso.” y que “el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.”¹³, **lo que viene a reforzar la efectiva reinsersión social de la pena mediante su régimen continuo y progresivo, plasmando a través de programas de asistencia y tratamiento individualizados**¹⁴. **Sin dudas, la premisa de revinculación**

¹¹CSJN. D. 346. XXIV, “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas” corpus. ,19/10/1995, considerando n° 9 del voto CONCURRENTE de los Dres . FAYT, D PETRACCHI y BOGGIANO

Y concluyen: “Los prisioneros son, no obstante ello, “personas” titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso (Procurer v. Martínez, 416 U.S.396, 428, voto del juez Douglas, William O.). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado, bien que con arreglo a su ordenamiento, que una pena privativa de la libertad -pronunciada por un tribunal competente contra una persona reconocida culpable- entrañe “inevitadamente” consecuencias que repercutan sobre el art. 8 -relativo al respeto de la correspondencia- del Convenio de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (caso Golder, del 21 de febrero de 1975, n° 44, en “Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 Años de Jurisprudencia 1959-1983”, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Madrid, s/f, pág. 268).”.

En el mismo sentido, el principio II de Igualdad y no-discriminación de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

¹² Disponibles en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm> y <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos.Principios%20y%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20para%20PPL.htm>, respectivamente.

¹³ Texto calcado a la regla 60. 1 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos

¹⁴ Conf. art. 4,5, 6 y 8 de ley 12.256.

Ciertamente, como lo dictaba un profesor del suscripto, resulta muy arduo –casi imposible- educar para la libertad desde el encierro, por lo que las normas establecidas tienden a mitigar, al menos, las fortísimas barreras entre la vida “intra muros” y el “medio libre”

social constituye un vector interpretativo ineludible a la hora de evaluar el avance – no necesariamente secuencial¹⁵ de los regímenes carcelarios o conceder el reingreso –total o parcial – al medio libre.

El segundo párrafo dispone la facultad del Ministerio de Justicia y Seguridad de realizar con el interno y/o con su grupo familiar o conviviente, “todas aquellas acciones de asistencia y/o tratamiento dirigidas a tal fin a través del Servicio Penitenciario y/o del Patronato de Liberados Bonaerense, sin perjuicio de lo determinado en los artículos 161 y 166, de la presente Ley.” **Sin perjuicio de las funciones propias del patronato de liberados (art. 161) y sus tareas de pre-egreso (art. 166), se establece que ya durante el período de privación de la libertad el Ministerio referido podrá hacer y/o coordinar acciones que coadyuven al más conveniente asistencia y/o tratamiento del detenido.**

III.2- El arresto domiciliario (art. 19)

Por otro lado, se reforma el art. 19 homologando los supuestos de procedencia de prisión domiciliaria a los ya establecidos en los arts. 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660, o sea, que podrán pedir permanecer en **detención¹⁶ domiciliaria¹⁷**: “a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario sea inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.” Los supuestos transcritos son circunstancias personales de los imputados que agravan, objetivamente, el encierro cautelar o fondal por las características propias de los institutos de detención y, de allí, que el legislador cumpliendo el mandato constitucional de implementar acciones positivas (art. 75, inc. 23 de la C.N) habilite a los jueces a atender tales situaciones a través del alojamiento domiciliario¹⁸.

Sobre el sentido y alcance del instituto el Supremo Tribunal cordobés dijo: “Como cuestión liminar, recordemos el fundamento que sustenta el beneficio de la prisión domiciliaria es el trato humanitario en la ejecución de la pena que en el ámbito de nuestro país tiene expresa

¹⁵Conf. art. 6 *in fine* ley 12256.

¹⁶ En palabras de Clariá Olmedo puede decirse que “la llamada prisión domiciliaria es la ejecución de la prisión preventiva cumplida en el propio domicilio del afectado [...] e implica un temperamento menos intenso de la privación de la libertad (tanto procesal como penal), fundado en la posibilidad de grave daño que podría experimentar el sujeto por causa del encarcelamiento” (Jorge A. Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, Ed. Ediar, pág. 240).

¹⁷ Se eliminó del título del artículo “Valetudinarios discapacitados y enfermos terminales” dada la ampliación de supuestos contemplados en la norma.

¹⁸Conf. CNCP, Sala IV, causa Nro. 12.811, “RODRÍGUEZ, Hermes Oscar s/recurso de casación” de la Cámara Nacional, 20/12/10, voto del Dr. Diez Ojeda.

consagración normativa (CN, art. 75 inc. 22; "Declaración Americana de los Derechos del Hombre", XXV; "Convención Americana sobre los Derechos Humanos" -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5.2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos", art. 10 ; "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes") y precisamente, este instituto viene a constituir una de las formas por las que el legislador receptó aquel principio (TSJ, Sala Penal, "Pompas" S. n° 56, 22/06/2000, "Pastor" S.n° 71, 23/08/2000, "Docampo Sariego" S. n° 77, 02/04/2003; "Salguero", S. n° 344, 20/12/2009). La atenuación de los efectos del encierro es fruto de un anhelo que viene modernamente desde la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (10/12/1948), las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Sentenciados" (Ginebra, 1955) y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Asamblea General ONU, 19/12/1966, aprobada por la República Argentina por ley 23.313). Estos principios fueron plasmados ya en el decreto 412/58 ratificado por la ley 14.467, actualmente contenido y profundizado por la ley 24.660 en consonancia con otros documentos internacionales como las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad" (Reglas de Tokio, Dic/1990; TSJ, Sala Penal, "Pompas", "Pastor", "Docampo Sariego", "Salguero", cits.). Por cierto que también se afirmó que la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta en definitiva una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad ¹⁹.

El instituto resulta aplicable tanto a penados como a presos preventivos²⁰ y se puede solicitar y por ende conceder ante la restricción cautelar – vgr. detención, prisión preventiva, etc.- o fondal - vgr. condena firme- de la libertad²¹, es ajeno a las exclusiones del art. 100 ²², y

¹⁹ TSJ de Córdoba, Sala Penal , "F., H. O. s/ejecución pena privativa de la libertad -Recurso de Casación-" (Expte. "F", 62/2011), 23/2/2012,

²⁰ **Conf. Arts. 163 inc. 1, 165 del CPP y 6 in fine, 9 y cc de ley 12256. Metodológicamente además, la ubicación misma del art. 19 dentro de las Título Primero "Normativa Básica" de la ley 12.256, refiere que el instituto comprende tanto al régimen procesados (Título Segundo) como el de los penados (Título Tercero)**

Por otro lado, la ley 12256 denomina incorrectamente "procesados" los presos preventivos puesto que en la legislación procesal penal Bonaerense no existe el auto de "procesamiento" por lo que mal puede haber, en puridad, "procesados".

En efecto: "...si bien el citado artículo – art. 32 ley 24660- establece la posibilidad de la prisión domiciliaria respecto de quien cumple condena –nótese que la norma se refiere a la "pena impuesta"-, no es cuestionable que también debe aplicarse a los procesados puesto que respecto de ellos rige el estado de inocencia. Reafirma esta conclusión el artículo 11 en tanto establece -en lo que aquí interesa- que el régimen en estudio "es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia" (conf. D"Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, 6ta edición, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2003, tomo II, p. 665, nota al artículo 314).

²¹ Sobre la diferencias entre la prisión domiciliaria en el marco una prisión preventiva o una pena: "Concretamente, al emitir mi voto en el precedente "Sosa" (causa 10.229, caratulada "SOSA, Hilarión de la Pas s/recurso de casación", reg. 11.630) analice la naturaleza y los alcances de la prisión domiciliaria en el marco de la prisión preventiva establecida por el artículo 314 del C.P.P.N. y, más allá de lo resuelto en el caso particular,

teniendo en cuenta el principio constitucional y supranacional²³ de trato humanitario del encierro carcelario que guía la detención²⁴ domiciliaria, **se impone una interpretación extensiva, que acreditados los supuestos fácticos de rigor²⁵, no socave vía elucidaciones restrictivas de la norma su cabal e irrestricta – aunque no automática²⁶- procedencia a los efectos de fortalecer y hacer efectiva – y no meramente declarativa- tal garantía constitucional de humanidad en el trato de la pena²⁷ para que, en definitiva, la medida de encierro no mortifique mas de la cuenta al justiciable²⁸**

distinguí el instituto bajo examen cuando se utiliza en el marco de la prisión preventiva de cuando ello ocurre en el cumplimiento o ejecución de la pena. Ello, toda vez que difiere la legitimación y los fines constitucionales de ambas, por tanto resulta constitucionalmente inaceptable hacer cumplir una pena que no se funde en una sentencia ejecutable por encontrarse pendientes recursos a su respecto, mientras que para la detención preventiva, resulta suficiente una resolución fundada en la verificación de riesgos procesales, respetando los principios de razonabilidad, proporcionalidad y subsistencia de circunstancias fácticas que demuestren la necesidad de su imposición. Además, la finalidad de sendos institutos son divergentes, por cuanto la pena de prisión tiende a la reinserción social a partir de la progresividad de su ejecución (art. 12 de la ley 24.660), mientras que la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, persigue neutralizar los peligros procesales restringiendo la libertad del imputado estrictamente en la medida de lo necesario y con carácter eminentemente provisional.(Conf. CNCP, Sala IV, causa Nro. 12.811, “RODRÍGUEZ, Hermes Oscar s/recurso de casación” de la Cámara Nacional, 20/12/10, voto del Dr. Diez Ojeda.)

²² En efecto: “Las restricciones del artículo 100 de la Ley 12543, no contemplan el instituto de la detención domiciliaria”. (TCPBA, Sala I, 11672 RSD-216-5 S, CARATULA: L.,T. s/ Recurso de casación 26-4-2005 , Juez SAL LLARGUES).El actual texto del art. 100 de la ley 12256 **no innova al respecto**.

²³Conf. CN, arts. 18, 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5, 2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10 ; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -AG, ONU, 10/12/84, Considerandos; CIDH, "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", Resolución 1/08.

²⁴Los términos “detención” (anterior y actual art. 19 ley 12.256) y “prisión” (art. 10 CP y 32 ley 24.660), salvando la naturaleza conceptual entre encierro cautelar y pena, resultan en la práctica indistintos y equivalentes ya que pueden aplicarse tanto a penados como a presos preventivos.

²⁵ Así: “Si el encausado cumple con los supuestos objetivos contemplados en el artículo 10 del Código Penal, no se vislumbra razón que obste la concesión del arresto domiciliario previsto en dicho artículo, cuyas pautas y condiciones deberán ser evaluadas y prefijadas por el "a quo". (TCPBA, Sala III, TC0003 LP 40839 RSD-798-11 S, “V.,V. s/ Recurso de casación, 30-6-2011 , Juez CARRAL)

²⁶ Así: “La edad del imputado no constituye por sí un motivo para la automática concesión del beneficio de la prisión domiciliaria, desde que la normativa en cuestión (arts. 33 de la Ley 24660 y 19 de la Ley 12256) dice claramente que los jueces están facultados a conceder la medida, y no que exista una obligación de hacerlo. (TCPBA, Sala III, 30816 RSD-104-8 S , “I.,H. s/ Habeas Corpus”, 14-2-2008 , Juez BORINSKY)

También.”la concesión del arresto domiciliario por cumplimiento del requisito etario no funciona de manera automática, sino que el Juez puede rechazarla de mediar circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad (artículo 1 de la Constitución Nacional) (Conf. CNCP, Sala IV, causa Nro. 12.811, “RODRÍGUEZ, Hermes Oscar s/recurso de casación” de la Cámara Nacional, 20/12/10, voto del Dr. Hornos).

²⁷ De lo contrario se limitaría dicho principio y se lesiona vitales garantías constitucionales (CN, art. 18 y 75 inc. 22, CADH art. 7 y PIDCP.

²⁸Con art. 18 CN.En efecto: “La posibilidad de otorgamiento de "la prisión domiciliaria" que encuentra adecuada empena en la directiva -insoslayable por cierto, dada su jerarquía normativa- emanada de nuestra Constitución nacional, en su art. 18 en cuanto prescribe 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". SCBA, Ac 104146, CARATULA: B.,R. s/ Recurso de casación. Recs. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley 28-5-2008 , Juez PETTIGIANI)

Si bien su otorgamiento es una facultad jurisdiccional²⁹, es recomendable desterrar de la praxis judicial criterios taxativos³⁰ o la exigencia de sobre-requisitos no previstos en la norma³¹, debiendo ponderarse muy especialmente el “interés superior del menor”³² y su primordial contacto con su progenitora³³ y un amplio concepto de la salud psicofísica y el mejor tratamiento disponible para la dolencia y/o enfermedad que mayormente se verifica extra muros-, adoptando siempre una interpretación *pro homine* para que la prisión preventiva o fondal no agrave o genere un padecimiento y/o aflicción físico o moral al justiciable³⁴ o sus hijos y o acabe y/o afecte su vida y/o integridad psicofísica.

Finalmente, el artículo innova en el Juez resolverá, **“previo dictámenes que lo fundamenten y justifiquen” –antes tales dictámenes eran necesariamente penitenciarios realizados por la Junta de selección y evaluación-** Estos dictámenes, según está redactada la norma, serán realizados **en todos los supuesto estipulados-** de la a) la f)- por los peritos y/o

²⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de separación de los poderes, fundamentalmente en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto del caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos 249:425; 250:17; 263:460)

³⁰ Así: “... si bien la posibilidad de autorizar el arresto domiciliario del padre de una menor de cinco años, no está específicamente contemplado en los arts. 10 del C.P. y 33 de la ley 24.660, -la posibilidad del arresto domiciliario está prevista para la madre de un niño menor de cinco (5) años-, lo cierto es que dada las particulares circunstancias del presente caso, en donde la madre de la menor se encuentra ausente, corresponde evaluar el pedido formulado atendiendo al principio del “interés superior” del niño.” Y “... la hija menor de Pérez, se encuentra al cuidado de su abuela paterna, de nombre N H Q, y que atendiendo a lo informado por la profesional del Cuerpo Médico Forense, se puede observar en la menor significativas dificultades en su lenguaje y discarencias afectivas, por la falta de ambas figuras parentales en su vida cotidiana, circunstancia que a pesar de la buena relación que mantiene con su abuela, ello no alcanza a suplir las ausencias mencionadas atento a la corta edad de la niña. “... la modalidad de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria se presenta, en este caso, como la mejor alternativa a los efectos de no agravar, aún más, la aflicción que padece la hija menor de Pérez ...” (.TOCF N° 2, Pérez, Edgardo V., 7/12/2010)

³¹ EN efecto: ““Si el legislador ha otorgado un derecho al acusado de un delito, ese derecho no puede ser desoído en nombre de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino, so pretexto de la propia ineficacia del Estado para controlar el cumplimiento de un modo de prisión preventiva legalmente previsto. En otras palabras, no puede hacerse caer sobre el acusado la obligación del Estado de cumplimentar con sus obligaciones internacionales ni tampoco su propia ineficacia, puesto que es él –el Estado— y no el imputado, quien se encuentra obligado internacionalmente. Como vimos en el apartado anterior, si bien la concesión del arresto domiciliario por cumplimiento del requisito etario no funciona de manera automática, el Juez puede rechazarla sólo cuando medien circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad (artículo 1 de la Constitución Nacional). Por ello, el acusado tiene un derecho a que, cumplido el requisito etario, se le conceda el arresto domiciliario de no mediar circunstancias justificantes de un razonable rechazo. Ese derecho –el que, una vez concedido por la legislación, integra el derecho de defensa en juicio del acusado— no puede ser desvanecido con la mera alegación de que el Estado argentino se encuentra obligado internacionalmente a investigar los delitos que aquí se ventilan”. Conf. CNCP, Sala IV, causa Nro. 12.811, “RODRÍGUEZ, Hermes Oscar s/recurso de casación” de la Cámara Nacional, 20/12/10, voto del Dr. Hornos).

32 Conf. art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23849)

³³ Así: “..., si bien no se aprecia un desamparo material, ante la ausencia de un vínculo de confianza y comunicación entre el niño(...) con su abuela y tía paterna, entendemos que podemos hallarnos ante un desamparo moral que compromete los derechos superiores del niño, y por tanto, puede afectar el desarrollo afectivo y social del mismo. Que, siendo ello así se hará lugar al recurso, debiendo el a quo proceder de conformidad con lo establecido por el art. 502 del C.P.P.N., en cuanto a las medidas que allí se prescriben, tal como lo señalara el señor Fiscal Federal de primera instancia (...) en oportunidad de expedirse a favor de la concesión de la detención domiciliaria solicitada. (Cámara Federal de La Plata, Rtro.S. I T.68 f° 65,29/4/09).

³⁴ Vgr. si se halla en juego una enfermedad que, de no tratarse eficazmente, va a comprometer el bien jurídico jerárquicamente alzaprimado a todos los demás, que es la vida humana.

auxiliares y/o organismos penitenciarios que el juez crea convenientes, **lo que configura una asimetría inadmisibles con el art. 33 de ley 24.660 que requiere que en los supuestos a), b) y c) la decisión se funde sólo en un “informe” médico, psicológico y social.** Más allá que la opinión emitida en el dictamen no es ni puede ser vinculante para el Magistrado³⁵, **la exigencia expresa de realizar tales estudios para los supuestos d) a f) cuando su par nacional no lo exige, configura un sobre-requisito ilegal marcando una desigualdad manifiesta para justiciables bonaerenses³⁶.**

Por último se especifica que la resolución³⁷ “podrá ser recurrida por apelación”, **clarificando el nomen iuris – y por lo tanto las reglas aplicables³⁸- del recurso por el cual se podrá recurrir una eventual decisión jurisdiccional adversa a los intereses de las partes.**

III.3. Plan individualizado de tratamiento. La progresividad. La educación intramuros. La recompensa por estudiar o trabajar (arts. 28,29, 31 y nuevo 41 bis)

Por otro lado, el segundo párrafo añadido al art. 28 dispone que “Cuando se tratare de condenados, los grupos de admisión y seguimiento realizarán un plan individualizado de avance en la progresividad que ofrecerá todas las alternativas de tratamiento y asistencia que estime necesarias para la consecución de los fines establecidos en el artículo 4° de la presente Ley.” **Estimamos muy conducente estipular un deber legal a las autoridades de realizar un plan individualizado y concreto que posibilite, o al menos coadyuve, la en pos de la efectiva reinserción del penado³⁹.** El texto del tercer párrafo corresponde al anterior art. 29.

³⁵Sin embargo: “En el caso, reitero, el sentenciante apoyó su decisión en el dictamen de los médicos, quienes indicaron que F. podía ser atendido en la penitenciaria, dado que existían allí recursos humanos y materiales a dicho efecto. Se ha sostenido in re “Castro” (S. n° 31, 28/04/2006), que si bien la opinión del perito no obliga al juez (Núñez, Ricardo C., Código Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1986, 2° ed. actualizada, p. 230, nota 3 al artículo 255; Palacio, Lino Enrique, La prueba en el proceso penal, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2000; TSJ, Sala Penal, Sent.n° 8, 01/07/1958), el apartamiento de éste respecto de aquélla, debe ser debidamente fundado. Precisamente, al enumerar las hipótesis en las que puede prescindirse del dictamen técnico, suele ejemplificarse con aquellos casos en los que éste aparece defectuoso, o contradictorio con las demás pruebas reunidas (Jauchen, Eduardo M., Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2002, p. 415/416) (conf. TSJ de Córdoba, Sala Penal, “F., H. O. s/ejecución pena privativa de la libertad -Recurso de Casación-” Expte. “F”, 62/2011,23/2/2012)

³⁶ La norma tampoco estipula la prohibición de control de la persona esté a cargo de organismos policiales o de seguridad prevista en el art. 33 in fine de ley 24660.

³⁷ Recordamos que la resolución de este instituto esta excluida del procedimiento oral fijado por el art. 3 de ley 12.256, siendo aplicable por tanto el art. 498 inc fine del CPP.

³⁸ O sea, 498 y 439 y cc. del CPP.

³⁹ 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.”

En efecto, el nuevo art. 29 se especifica que el “El avance o retroceso en la progresividad se dispondrá, conforme las pautas que reglamentariamente se determinen, sobre la evaluación de la conducta del penado y la adaptación a las pautas regimentales vigentes .Para ello calificará trimestralmente su conducta de acuerdo con los siguientes guarismos:..”. **Acto seguido se explicitan que ante cierta calificación numérica – vgr. 9 (nueve)- corresponde un concepto – vgr. “ejemplar”-⁴⁰, especificando que el guarismo asignado por la conducta “será notificado al condenado.”.**

Si bien el avance de los distintos regimenes no es secuencial⁴¹, no es menos cierto que junto con la existencia, data y gravadas de las sanciones disciplinarias – lo que denota el acatamiento a los reglamentos carcelarios-, el concepto alfa-numérico del interno es muy importante – casi decisivo- para evaluar el avance en la progresividad en la modalidad y/o regímenes y la eventual obtención de benéficos liberatorios; pero tal determinación está naturalmente reservada a los grupos de admisión y seguimiento⁴² penitenciarios según el decreto 2.889, sin perjuicio de su evaluación final por los Magistrados. **Entonces, sin invadir competencias propias del Poder Ejecutivo y al mismo tiempo prevenir y/o desminuir arbitrariedades –vgr. asignación de un concepto inferior que no corresponde con el calificación numérica asignada⁴³- la calificación de los organismos penitenciarios⁴⁴; resulta muy conducente especificar y, sobre todo, explicitar los rangos de calificación y periodicidad de evaluación de la conducta del interno y estableciendo su respectiva –y va de suyo que fehaciente- notificación al evaluado.**

Para fortalecer la continuidad la educación *intra* y *extra* muros de los internos, se agregan dos párrafos al art. 31 que, en síntesis, establece que la Dirección General de Cultura y Educación:1) “arbitrará los mecanismos pertinentes para contar con la matrícula en los establecimientos educativos de la Provincia para garantizar al interno su incorporación al sistema formal al momento del egreso” y 2) coordinará con el Servicio Penitenciario la creación de un legajo educativo – que contendrá toda la información de su historial educativo- y que acompañará al interno cuando fuere trasladado para asegurar la continuidad de su proceso educativo. Para garantizar derecho al deporte de los interno y como parte esencial del

⁴⁰ Los guarismos completos son:“a) Ejemplar: Nueve (9) y Diez (10); b) Muy Buena: Siete (7) y Ocho (8); c) Buena: Cinco (5) y Seis (6); d) Regular: Tres (3) y Cuatro (4); e) Mala: Dos (2) y Uno (1); f) Pésima: Cero (0).”

⁴¹ Cond. Art. 6 in fine.

⁴² Conf. art. 28 y cc de ley 12.256.

⁴³El art. 102 de la ley 24660 no menciona el rango numérico correspondiente a cada concepto, por lo que comparativamente la reforma que comentada es mucho más específica.

⁴⁴ Estos cambios deberían ser acompañados de capacitación y formación de los operadores para contribuir atener claramente como objetivo la reducción al máximo el deterioro funcional y no ser un reproductor de la violencia institucional. Así El trabajo de los equipos debe facilitar el diálogo, enfatizar el pluralismo, el respeto por el otro, el reproche por toda forma de discriminación, como elemento basal para la convivencia intramuros y las finalidades de prevención especial positiva perseguida.

tratamiento y la integración social el 2º párrafo añadido al art. 40 dispone “, el Servicio Penitenciario suscribirá convenios de cooperación y colaboración con la Secretaría de Deportes de la Provincia de Buenos Aires con el fin de desarrollar en forma conjunta actividades deportivas y recreativas...”. **La efectiva implementación de los referidos planes y/o convenios a repercutirán positivamente en un mejor tratamiento y reinserción social de los justiciables privados de su libertad**⁴⁵.

Con casi idéntico texto del art. 105 de ley nacional⁴⁶ y compartiendo el título “Recompensas”, se incorporó el nóvel art. 41 bis cuyo primer párrafo establece que “Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas”. Se trata que por vía reglamentaria –decreto- o, sería lo recomendable, legislativa⁴⁷; se establezca un sistema que premie el buen comportamiento, predisposición y adaptación del condenado y/o procesado – lo norma no distingue- a la vida *intra muros*, pudiendo el justiciable peticionar la aplicación de tales “beneficios” que todavía los órganos gubernamentales – legislatura y/o ministerio- no establecieron su tipo, clase u operatividad.

Pero resulta mucho más fructífero el segundo párrafo: “Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez (10) días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado.” Salvo las exclusiones establecidas para los delitos del art. 100, se dispone que el condenado con sentencia firme⁴⁸ que posea una conducta de concepto ejemplar⁴⁹ solicite ante el Magistrado una **rebaja de pena a razón de diez días por cada año de prisión y/ reclusión cumplida que haya comprobadamente estudiado o trabajado y, de prosperar el pedimento, se realizará el descuento pertinente y**

⁴⁵ Estos cambios están en línea con la innovaciones que la ley 26.695 operó en los arts. 138 y 139 de la ley 24.660

⁴⁶ Sólo se diferencia que su par nacional al final establece que tal sistema será “reglamentariamente determinado”.

⁴⁷ Ninguna hasta ahora fueron dictadas.

⁴⁸ La mención que el instituto será aplicado Juez “competente” – vgr. órgano de juicio- y no sólo por el de Ejecución, y considerando el alto índice de aplicación de prisión preventiva a ciertos delitos -vgr. robo agravado- y la larga duración de los procesos – incluyendo el trámite ante instancias recursivas-, eventualmente posibilitaría que el instituto reseñado se podría aplicar aún casos de condena no firme en que la pena – por ausencia de recurso Fiscal- sólo pueda ser reducida y/o revocada, pero es indudable que tal interpretación, si bien beneficiaría de facto al justiciable porque lo habilitaría a un beneficio a priori vedado por su condición, **afectaría su estado de inocencia porque se lo estaría considerando como pena el encierro cautelar y por culpable al todavía inocente. Sin perjuicio de ello, el condenado sin sentencia firme goza de los mismos derechos que los penados –art. 9 ley 12.256- y puede requerir las excarcelación en tiempo de libertad asistida o condicional (conf. art. art 169 -Texto según Ley 14128- inc. 10 del CPP).**

⁴⁹ O sea calificada numéricamente como 9 o 10 según el art. 29 inc. a ley 12.256.

practicándose un nuevo computo con la respectiva modificación de la fecha de agotamiento temporal de la condena. Algunas consideraciones.

Primeramente, cabe diferenciarlo notoriamente con el art. 140 de la ley 24660- texto según ley N° 26.695- que si bien dispone un estímulo ceñido sólo a lo educativo consistente en la reducción de “los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario”, orientado a reducir el requisito temporal para peticionar, y eventualmente acceder si se cumplan los demás requisitos legales, ciertos beneficios –vgr. Salidas transitorias o libertad condicional⁵⁰, **quedando en cambio el monto de condena intacto; en cambio la norma aquí glosada sí opera rebajando la pena produciendo un adelantamiento de su agotamiento temporal a razón de diez días por año laborado en cualquier ocupación o revistiendo en cualquier nivel o curso educativo y/o de capacitación laboral. Va de suyo que el instituyo en glosa no afecta ni las escalas penales abstractas.**

Ahora bien, entre los fundamentos de la norma en glosa específicamente: “Se reitera en el texto la necesidad de trabajar en el fortalecimiento de las herramientas educativas y laborales de los internos dentro del Servicio Penitenciario, a cuyo efecto, entre otras medidas, se faculta al Juez para que, salvo los casos graves previstos por el artículo 100 de la ley, pueda establecer un sistema de recompensas orientado a favorecer la adhesión de los internos a esas herramientas esenciales del tratamiento resocializador.”⁵¹

En este línea las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” dispone en su parte 70 titulada “Privilegios” un eventual antecedente del artículo en litigio: “ En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento.”; siendo además coincidente en la intención – no así en los alcances y efectos- con el propio art. 140 de la ley 24660

⁵⁰ Bien explica el Dr. Chirinos el sentido y alcance del art. 140 de la ley 24660: “La norma establece un “Estimulo educativo” que sólo afecta a los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario reduciéndolos de acuerdo a las pautas que el mismo fija, estableciendo una valoración taxativa por períodos de formación recibidos por el interno, con posibilidad de acumulación hasta un máximo de 20 (veinte) meses. La ley no crea un sistema automático de promoción entre fases y períodos, sólo permite adelantar el factor temporal para acceder a ellos, pero el interno deberá cumplimentar los restantes requisitos que exige la normativa” (JEP Gral. Roca a cargo del Dr. Juan Pablo Chirinos, expte. N° 236-JE10-10 caratulado “Ortiz, Irene Del Carmen S/ Ejecución De Pena, 06/03/2012.)

Va de suyo que por tener carácter fondal y por los argumentos vertidos al inicio

⁵¹ La finalidad y sentido de la sanción de la ley 12256 que sintetiza en la parte final de sus fundamentos: “En definitiva, se estima que con la sanción de este Proyecto no sólo se cumplirá definitivamente con el mandato de la Corte Nacional en orden a la adecuación de la legislación provincial en materia de ejecución penal y penitenciaria sino que, además, se dotará a la Provincia de un cuerpo armónico plenamente consistente con garantías y estándares contenidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a ella y los demás instrumentos internacionales aplicables a la materia”.

En efecto: "... cabe reafirmar que la disposición legal de referencia es coincidente con las normativas provincial y nacional de ejecución penal , y con las pautas y principios consagrados en las correspondiente directivas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos , cuya jerarquía constitucional fue consagrada por el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna; entre ellas el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, y el artículo 5.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que determinan que " Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados""⁵².

Así el art. 41 bis no hace más que adecuar la ley 12.256 a la normativa nacional e internacional, cumpliendo con el art. 31 y 75 inc. 22 de la CN, **cumpliendo con la finalidad de reinserción social insita en la pena privativa de libertad según los artículos. 1 de la ley 24660 y 4 de ley 12.256, y posibilitando uno de fines propios del Juez de Ejecución Penal de la Provincia de Bs. As estampado en el art. 25 inc 10 de su Digesto Ritual cuando dispone que conocerá:** "En la reeducación de los internos, fomentando el contacto del penado con sus familiares, y dando participación a entidades públicas y privadas que puedan influir favorablemente en la prosecución de tal fin; propendiendo a la personalización del tratamiento del interno mitigando los efectos negativos del encarcelamiento."

Vuelvo a citar un excelente fallo de la Alzada Penal Mercedina: "Siguiendo con esta línea argumental – en suma- que el régimen carcelario no puede ni debe significar únicamente un castigo ante el mal causado, sino que pretende lograr ante todo y sobre todo la repersonalización y la resocialización del detenido, ayudándole a recobrar mediante su período en detención lo que el mismo perdió al ingresar en la esfera del delito – es decir su libertad-, a través del cumplimiento de etapas que ayuden e incentiven dicha recuperación individual y social, y este sistema que se implementa a través de la normativa tachada de inconstitucional busca cumplir con estas finalidades; en conjunción – incluso- con la creación y vigencia del fuero de la ejecución penal de esta provincia (art. 25 inc. 10 – en especial- parte segunda del CPP)⁵³

Ya en el plano práctico, la norma no exige para la concesión de la reducción punitiva, por lo que tampoco lo podrán hacer los magistrados, que el interno no posea sanciones disciplinarias – basta que tenga la conducta de concepto "ejemplar"-o que se desempeñe cierto tipo de labor o estudio –basta que desempeñe cualquier labor y/o haya

⁵² CAG de Mercedes, Sala II, causa n° 21.379, "Cabral del Valle, Oscar Eduardo s/ Robo Agravado", 23/2/2012, voto del Dr. Dante Pietrafesa.

⁵³ CAG de Mercedes, Sala II, causa n° 21.379, "Cabral del Valle, Oscar Eduardo s/ Robo Agravado", 23/2/2012, voto del Dr. Dante Pietrafesa.

realizado cualquier curso de instrucción laboral y/o nivel educativo-, **o que tales actividades se hayan desempeñado en forma ininterrumpida durante todo el año calendario**⁵⁴ – basta que se hayan realizado por un período en forma concreta, **o que pertenezca a un régimen determinado (abierto, semi abierto o cerrado)**- la ley no especifica-, **o cualquier otro requisito que en forma taxativa no surja del texto legal**. Entendemos que la norma incluye a los penados a prisión y/o reclusión perpetua o a los reincidentes⁵⁵, salvo los casos de la accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.), la cual - pese a su vigencia formal- fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en el Caso “Gramajo”⁵⁶ por lo que es virtualmente inoperante.

Para las equivalencias y contabilización de los años cumplidos se aplicará el art. 24 del CP y opinamos que este instituto conviene solicitarlo uno o dos meses antes que se cumpla el requisito temporal para solicitar la libertad asistida o condicional – **o sea, seis meses antes de los**

⁵⁴ Cuando el Establecimiento Penitenciario de alojamiento no tenga o haya tenido oferta educativa o de capacitación laboral y el interno haya solicitado capacitación laboral o la posibilidad de estudiar y no hubiere sido posible atender a su pedido, ello debe computarse favorablemente a los fines de resolver su acceso al régimen de recompensas. La ausencia de documentación que consigne la negativa expresa del interno a aceptar la oferta educativa o de capacitación laboral que se le debe efectuar, obliga a presumir que no fue posible atender a su favorable disposición a estudiar o capacitarse laboralmente.

⁵⁵ La exclusión de la libertad condicional que dispone el art. 14 del CP a los reincidentes o para ciertos delitos, no los excluye de otros beneficios como la libertad asistida o las salidas transitorias. Igualmente, el art. 14 del CP en cuanto niega la libertad a los reincidentes, es un claro ejemplo de derecho penal de autor y ya dos fallos de tribunales inferiores – que esperamos tengan eco en los superiores- lo han tachado de inconstitucional.

El primero reza: “analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo ‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.). En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de “igualdad ante la ley” (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario” Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, “Navarro, Zacarías Andrés s. robo calificado” (Expte. N° 3603-0296), 4/8/2004, voto de la Dra. Bernard.

El segundo dispone: “... la prohibición a obtener libertad condicional del art. 14, constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva y al amplio ejercicio de control jurisdiccional, al establecer la norma cuestionada, una presunción iuris et de iure, ab initio, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de gobierno, por todo lo cual resulta claramente inconstitucional.” Y “... la taxatividad en la redacción de la norma cuestionada, en tanto constituye una presunción que no admite prueba en contrario, impide a todas luces, una interpretación de la misma dentro de parámetros constitucionales, por todo lo cual considero que corresponde declarar su inconstitucionalidad por lesionar los principios de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto, autonomía moral, derecho de defensa, readaptación social mínima, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva que se desprenden de manera expresa o por derivación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), entre los mismos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.8 y 9) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7)” (Tribunal Oral Federal n° 1 de “Cordoba, “auto interlocutorio N° 104/102”, GOMEZ, Roque S/Legajo ejecución” (Expte. N° 06/08),27/7/2010, resuelta por el Dr. Jaime Díaz Gavier)

⁵⁶ G. 560. XL – “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa, causa N° 1573”, 05/09/2006.

dos tercios de la pena o sólo a los dos tercios⁵⁷ - y así el recorte punitivo rendirá sus frutos por cada año de encierro y acortará sensiblemente la posibilidad de solicitar el reingreso al medido libre⁵⁸.

Si bien por la consignación del requisito de la conducta “Ejemplar”, que es en principio establecida por los órganos penitenciarios⁵⁹-, el instituto pareciera unívocamente orientado para condenados que cumplen su pena en establecimientos carcelarios, **entendemos no existe óbice que se aplique también a los casos de prisión domiciliaria (art. 10 del CP) previo un informe que califica la conducta del justiciable y se constate que trabaja y/o estudia.** Finalmente, el verbo “podrá” ubica a la efectiva procedencia del descuento a una facultad jurisdiccional **que deberá ejercerse en forma justa sopesando la finalidad de reinserción de la pena y, sobre todo, orientada a recompensar el buen desempeño del justiciable en el cumplimiento de su condena.**

Por último, los eventuales achaques a la constitucionalidad del instituto – por eventuales afectaciones a las escales penales o por que se trata de una norma fondal- fueron refutados por un notable fallo que, además, explica la operatividad del instituto: “.... no puede afirmarse que el contenido del artículo 41 bis constituya una directiva penal que atente contra la estructura fijada en nuestro código de fondo, sino por el contrario - como el mismo texto legal lo señala – se trata de un sistema de recompensas que persigue estimular en las personas detenidas, su inclusión en actividades productivas y educativas, que les brinden las herramientas y los medios útiles para lograr con éxito una adecuada reinserción social. Incluso, dicho beneficio no es de concesión automática sino que está sujeto a determinados requisitos – tal como prevé la norma- con la finalidad de coadyuvar al avance progresivo del penado en el régimen del tratamiento penitenciario.” Y sigue “Tampoco se puede soslayar -junto con el loable objetivo, ya mencionado- que desde una perspectiva formal la concesión de la recompensa no modifica las escalas penales del código de fondo ni tampoco el monto de la pena impuesta en la sentencia, ya que se trata específicamente de una norma instrumental, y en la única esfera de incidiría es en la relativa a la modalidad de cumplimiento de la sanción privativa de la libertad, al igual –inclusive- que otros institutos previstos en la ley de ejecución penal Bonaerense n° 12.256; siempre teniendo presente el fin de resocialización”⁶⁰

III.4. El movimiento, distribución, alojamiento y cambio de régimen (arts. 73 y 98)

⁵⁷Conf. arts. 13 CP y 104 y cc. ley 12.256.

⁵⁸De lo contrario, la petición no será considerada por extemporánea, debiendo reeditarse más cerca del cumplimiento del requisito temporal para los beneficios aludidos.

⁵⁹Conf. art. 28 ley 12.256.

⁶⁰ CAG de Mercedes, Sala II, causa n° 21.379, “Cabral del Valle, Oscar Eduardo s/ Robo Agravado”, 23/2/2012, voto del Dr. Dante Pietrafesa.

Para atender y remediar la problemática⁶¹ que apareja las decisiones del Servicio Penitenciario sobre el movimiento, distribución y cambio de régimen de los internos y la potencial afectación que apareja sobre su tratamiento, acceso y conservación a sus derechos y actividades laborales educativas y culturales⁶², posibilidades de reinserción social, conservación del vínculo familiar⁶³ y consecuente derecho a visitas, sin nombrar la afectación de la inmediatez física con su defensa y el Magistrado competente, se modificó las disposiciones que tratan del traslado y cambio de régimen de procesados y penados⁶⁴.

Ya tiempo antes la resolución 1938/10 del Ministerio de Justicia y seguridad de la Prov. de Bs. As. establecía que “Toda decisión destinada a la distribución y clasificación de internos, debe tender al fortalecimiento del vínculo de los internos con el núcleo familiar o afectivo y a la cercanía con la defensa y autoridades judiciales.”(conf. art. 2), que “luego de establecido el lugar de alojamiento del detenido, el cambio de destino de los internos debe entenderse como herramienta excepcional..” y “En caso de conflicto de intereses, se deberá buscar la interpretación que permita el mayor resguardo de derechos posibles, debiendo garantizarse al detenido el derecho a ser oído”. (art. 3), estableciendo en su Anexo las pautas de

⁶¹ Una temática habitual de las personas encarceladas es la distancia que está la Comisaría o Unidad Carcelaria de su residencia y/o familia, lo que dificulta las visitas y/o contacto del interno con sus seres queridos. Así por razones de cercanía familiar y para facilitar un contacto fluido con sus esposa y/o concubina, son frecuentes del pedido de los abogado para que se efectivice traslado a una a otro lugar de detención que, destacando que el poco contacto familiar es una aflicción extra que soporta el justiciable, más allá de las que estoicamente sobrelleva cualquier ciudadano privado de su libertad

⁶² **Entonces, cualquier pauta destinada a la distribución de la población penitenciaria se debe orientar a obtener un estado de situación en el que se privilegie, como criterio ordenador del sistema, el acercamiento de los internos con su grupo familiar y las autoridades judiciales intervinientes, beneficiando no solo el proceso de reinserción social y limitando la trascendencia del encierro a terceros (Principio IX. 4 de los Principios y Buenas prácticas s/la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, de la CIDH; arts. 37 y 79 de las Reglas Mínimas de ONU para el Tratamiento de Reclusos; art. 19 del Conjunto de Principios para la protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención; art. 9 inciso 5to. Apartado a.- de la Ley 12.256 y art. 19 CN y su doctrina). Así, al asegurarse la permanencia y el arraigo de los internos en Unidades Carcelarias determinadas, se garantiza el tratamiento y asistencia que debe dispensarse en forma continua, permitiendo garantizar el acceso a las actividades, educativas, culturales y laborales**

⁶³ La lejanía familiar puede constituir una situación de agravamiento en la detención de las personas, e inclusive importar un trato cruel, inhumano o degradante vedado por el plexo internacional. Además el someter a un detenido a continuos traslados se imposibilita la realización de un adecuado tratamiento carcelario, al discontinuar los cronogramas educacionales o los planeamientos laborales como así también las terapias médicas o psicológicas además de alejar el interno de su ámbito familiar(conf. art. 25 inc. 1 y 3, 105, 106 y ccds. del Código Procesal Penal, artículos 8 y 98 de la Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense; arts. 15 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, entre otras cosas)

⁶⁴ Debe considerarse la posición especial de garante en que se encuentra el Estado para con las personas privadas de libertad (conf. Ac. 5/09 CSJN), circunstancia que obliga a extremar recaudos sobre el respeto de derechos que el encierro no puede alterar (conf. CIDH casos “Caesars vs Trinidad y Tobago”, sentencia del 11 de marzo de 2005, párr. 97; caso “instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay” del 2 de febrero de 2004, párr. 37 y 178, caso “Tibi vs. Ecuador”, párr. 129, causas n° 41.702 y 43.503 del TCP). Justamente, una forma reconocida por los Tribunales Internacionales articularse acciones para favorecer los derechos del interno es asegurar el resguardo de los vínculos familiares y afectivos (conf. Corte Interamericana, caso “De La Cruz Flores Vs. Perú”, sentencia de 18 de noviembre de 2004, punto 136; caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”, sentencia de 25 de noviembre de 2005, punto 230; caso “Boyce y otros vs. Barbados”, sentencia de 20 de noviembre de 2007 punto 100, entre otros).

distribución y clasificación de la población carcelaria, explicitando y priorizando criterios de cercanía material, para alojar a cada interno según cada establecimiento carcelario⁶⁵.

En este línea, para conformar el articulado de la ley provincial a los estándares internacionales y convencionales⁶⁶, controlar la racionalidad y legitimidad⁶⁷ de los actos de las autoridades penitenciarias⁶⁸ -**Vgr. evitar la utilización de sucesivos traslados como una velada sanción disciplinaria-**, positivizar los deberes de garante del Estado respecto de las personas privadas de su libertad⁶⁹, evitar posible responsabilidad internacional por prácticas

⁶⁵Por ejemplo, el art. 12° el anexo dispone: "Salvo orden jurisdiccional expresa, queda prohibido el alojamiento de internos fuera de los parámetros estipulados en la presente. Si mediaren razones objetivas que tornen imprescindible apartarse de la regla precedente deberá recabarse autorización previa, escrita, fundada e indelegable del señor Jefe del Servicio Penitenciario, la que será comunicada en forma inmediata el Juez competente y al Defensor. En estos supuestos, deberá procurarse el realojamiento en las Unidades Carcelarias más próximas al Departamento Judicial a cuya disposición se encuentre el detenido. Del mismo modo deberá procederse para todo realojamiento de internos no fundado en la progresividad del régimen o que se produzca dentro de los seis meses posteriores a un traslado previo....".

⁶⁶ Las reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1985, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV) del 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de Mayo de 1977 disponen en su artículo 37 que los reclusos están autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas. El artículo 44. 3 contempla que todo recluso tendrá derecho a comunicar inmediatamente a su familia su detención o su traslado a otro establecimiento. Entre los principios rectores -el artículo 57- indica que la reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación. El artículo 61 establece que cada establecimiento penitenciario deber contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con la familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles.

⁶⁷ Con el fin de preservar el Estado de Derecho, todo acto discrecional pronunciado por una autoridad estatal debe necesariamente ser revisado judicialmente desde la óptica constitucional a fin de evaluar si sortea el control de arbitrariedad y razonabilidad. Pero este control no lleva a que el propio juez es quien debe decidir cual es el lugar de detención para cada condenado, es la autoridad administrativa la que cuenta con una visión global del estado del sistema carcelario, al contrario el juez sólo cuenta con la acotada información que le brinda el conocimiento de la situación particular de los detenidos a su cargo. Es la autoridad administrativa quien mejor conoce sus propias capacidades, o si se quiere sus limitaciones, para intentar brindar un debido tratamiento penitenciario logrando optimizar al máximo sus recursos materiales y humanos.

⁶⁸ Cabe destacar que a los jueces les esta vedado determinar las políticas penitenciarias, como así también el merituar las razones de oportunidad y conveniencia de su dictado. El juez es ni más ni menos que un estricto guardián que dichas políticas no afecten los derechos y garantías de las personas detenidas

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide respecto a la temática expuesta, en el renombrado fallo "Verbitsky" donde se ha establecido claramente que a los jueces le están vedada la evaluación de las políticas penitenciarias -punto 25-, sin que puedan imponer estrategias específicas ante lo cual sólo deben exigir a la autoridad de aplicación que tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política penitenciaria -punto 26-, es por la misión del poder judicial de garantizar la eficacia de los derechos -punto 27- en este caso de aquellos ciudadanos privados de la libertad, que se debe invalidar, con la prudencia debida, la política instrumentada sólo en la medida que se lesione algún interés concreto. Desconocer esta facultad de los jueces impediría ejercer un eficaz control de constitucionalidad.-

⁶⁹ **Según la corte Interamericana de Derechos Humanos "garantizar" el goce de un derecho implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para organizar el aparato estatal y remover los obstáculos existentes para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos (opinión consultiva N° 11/90). Por lo que, en el marco de la debida diligencia señalado como conducta positiva de los Estado parte de los instrumentos de protección de derechos humanos.** En efecto, a detención carcelaria no puede ir contra postulados fundamentales que hacen a la reeducación y reinserción social del detenido (art. 4 d ley 12.256), que tienen a la educación, el trabajo y los lazos familiares o quasi-familiares como coadyuvantes dichos objetivos fundamentales, acordes con el art. 18 de la Constitución Nacional y a los pactos internacionales sobre derechos humanos. Restringir a título de sanción tales prerrogativas implica ir contra los objetivos de la ley precitada, concordantes con los fijados por la Carta Magna federal (Sala I, sent. del 5/12/02 en causa 9428).

cuestionables⁷⁰, y, sobre todo, que la reubicación y/o traslado de los internos no afecte sus derecho a la salud, al trabajo y a la educación que se encuentren consolidados y, en suma, enmendar en forma inmediata cualquier situación injusta, lesiva y/o perjudicial de su detención, se agregó como 2º párrafo al art. 73 sobre movimiento y distribución de procesados que “Si a criterio del imputado o de la defensa el cambio implicare el agravamiento de la modalidad de detención, el Juez competente resolverá sobre su legitimidad, en el plazo de setenta y dos (72) horas de formulado el planteo.”. Un párrafo casi idéntico se agregó al art. 98 sobre cambio de régimen de condenado: “Si, a criterio del interno o de su defensa, el paso de régimen implicare agravamiento de las condiciones de detención, el Juez competente resolverá sobre su legitimidad, en el plazo de setenta y dos (72) horas de recibida la comunicación De igual forma se procederá cuando por razones de necesidad o urgencia se haya dispuesto el cambio desde el régimen abierto hacia el semi-abierto o cerrado.”

Sin perjuicio de la facultad jurisdiccional del art. 100 1º párrafo de ley 12256 respecto del régimen abierto, el movimiento como la distribución de imputados como condenados dependen de las autoridades penitenciarias, con una salvedad: hasta la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, el traslado debe realizarse con autorización al Juez competente⁷¹. Entonces, si bien es cierto que -en principio- los traslados y ubicación de detenidos resultan de competencia del Servicio Penitenciario, sin perjuicio de los controles jurisdiccionales previstos por la ley; **no lo es menos que dicho "control" no podría ser meramente el "anoticiamiento" del movimiento en cuestión sin una evaluación seria de los fundamentos de la medida por medio del control judicial**⁷²

Es este sentido; “Con el fin de brindar plena operatividad al control constitucional la comunicación al juez competente -estipulada en el artículo 98 de la ley de Ejecución Penal "condenados"- debe estar debidamente fundadas y motivadas las razones que estimó en su momento la autoridad de aplicación para adoptar la decisión de efectuar el traslado. Como asimismo se deber garantizar, que dicho traslado no romperá los lazos familiares; no distorsione

⁷⁰ Mediante el Comunicado de Prensa n° 64/10 del 21/6/10 la relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) informó sobre la visita realizada a la República Argentina del 7 al 10 de junio de 2010, en el marco de la invitación abierta y permanente extendida por el Estado argentino a la CIDH, en la que constató con preocupación la existencia de una política de traslados de detenidos como forma de control del orden interno de los penales o sanción disciplinaria, que se aplica de manera sucesiva e indiscriminada por parte de las autoridades del Servicio Penitenciario, con la circunstancia agravante que durante el traslado se somete a los internos a un trato inhumano y degradante, lo que, tomando en cuenta la vasta extensión de la provincia de Buenos Aires perjudica seriamente el contacto regular de los privados de libertad con sus familias, y les impide acceder a programas de educación y empleo que favorezcan su proceso de resocialización..

⁷¹ En este sentido “Resulta inaplicable el artículo 73 de la ley de ejecución provincial n° 12256 en el caso de personas que aún no tienen el carácter de penadas, quienes no podrán ser trasladadas sin orden judicial (TCPBA, Sala I, 31342 RSD-302-8 S, CARATULA: P.,A. s/ Hábeas corpus originario,10-4-2008.)

⁷² De lo expresado no implica desconocer el control que deben ejercer los jueces en la legalidad y razonabilidad de los actos que son cuestionados ante sus estrados, esto último en lo referente a lo normado por el art. 99 de la ley 12.256.-

los cronogramas educacionales o los planeamientos laborales como así también las terapias médicas o psicológicas que estén recibiendo el interno”⁷³.- **De esta manera el juez podrá evaluar cada uno de los factores que hacen al tratamiento penitenciario, teniendo en cuenta por ejemplo, el domicilio de los familiares, la continuidad en los estudios o de un tratamiento médico, como asimismo la posibilidad que sea ejercida efectivamente la defensa técnica.**

En suma los traslados y/o reubicaciones de los detenidos y/o penados que disponga la autoridad penitenciaria deben estar debidamente fundadas y motivadas las razones que estimó en su momento la autoridad de aplicación para adoptar la decisión de efectuar el traslado, más **cuando se trata de un una cambio retrocesivo regimental que significa la afectación del principio de progresividad de la pena.** Asimismo se deber garantizar que el traslado no romperá los lazos familiares; no distorsionara los cronogramas educacionales⁷⁴ o los planeamientos laborales como así también las terapias médicas o psicológicas que estén recibiendo el interno.

Por ello, y en forma independiente de la acción de *habeas corpus* del art. 405 del CPP, se establece un control jurisdiccional que a pedido de parte evalúa la legitimidad de los traslados y/o los cambios de régimen que constituyan un “agravamiento de las condiciones de detención”, en el plazo de setenta y dos horas ya sea de recibido el planteo (art. 73) del interesado, o comunicado el retroceso regimental, **debiendo en este último caso ponerse en conocimiento efectivo a la defensa técnica del justiciable para que realice el planteo pertinente vgr. argüir la ilegitimidad del cambio del régimen abierto a cerrado.** Cabe destacar que sólo por “razones de necesidad o urgencia” y por ende excepcionales e interpretadas estrictamente, las autoridades penitenciarias podrán realizar un cambio regimental retrocesivo para el interno; **de no alegar o que no estén explícitos y/o sean inatendibles tales motivos, el traslado tendrá *visu de ilegitimidad.***

Ahora bien, entendemos que el concepto de “agravamiento de las condiciones de detención” debe entenderse de forma amplia y comprensiva de cualquier situación fáctica que perjudique derechos educativos, laborales, culturales del justiciable vgr. imposibilidad y/o dificultad de continuar con los estudios-, y/o afecte el contacto y visita con su familia. Entonces, para evaluar la legitimidad del traslado se deberá mensurar, entre otros factores: 1) las razones fácticas y/o operativas brindadas por el Servicio penitenciario para fundar el traslado o cambio regimental,

⁷³JEP n° 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, Incidente 9657 en causa "Vázquez, Salomón Jesús s/ Legajo de Ejecución por Robo Calificado" 22 de marzo 2010.

⁷⁴ La ejecución de los traslados a nuevos lugares de alojamiento debe respetar los ciclos lectivos iniciados, no debiendo realizarse los que resulten interruptivos de los ciclos lectivos iniciados. Para el caso en que resulte necesario realizar un cambio de alojamiento, éste debe ser coordinado con la actividad educativa que el interno desarrolle.

2) el tipo, clase Vgr.. Régimen cerrado-, capacidad y nivel de ocupación de la Unidad Carcelaria con iguales parámetros de la Unidad donde de origen; 3) posibilidad efectiva de proseguir estudios y/o cursos educativos y/o laborales o otro tipo de actividades o de tratamientos y/o terapias médicas o de otro tipo, 4) la distancia el nuevo alojamiento y núcleo familiar⁷⁵, 5) existencia de sucesivos traslado en poco plazo, evitando que sean utilizados como sanción disciplinaria encubierta o con la intención de castigar, reprimir o discriminar al interno, sus familiares o representantes, 6) preservación de la integridad psicofísica del justiciable, 7) el tipo de pabellón y/o sección del nuevo alojamiento respecto del anterior, 8) cuando se emplea como una sanción disciplinaria encubierta, 9) o cuando las nuevas condiciones de detención que imperan exhiban, entre otras, sobrepoblación, hacinamiento, falta de higiene, mala alimentación, carencia de atención médica, odontológica y psicológica adecuadas, y otras particularidades que perjudican el normal desarrollo vital. Entonces el empeoramiento de las condiciones de detención, puede revestir un sentido material o atingente a la afectación del mejoramiento espiritual e intelectual del justiciable.

Se ha dicho al respecto que: “..., las deficiencias estructurales en el sistema de trasladados, en la asistencia sanitaria, en el suministro de medicamentos, irregularidades en la confección de los Informes Técnicos Criminológicos y en la forma en que se llevan adelante las requisas de seguridad, entre otras circunstancias; implican un agravamiento injustificado de las condiciones en que se cumple la detención”⁷⁶. Más específicamente: “Cabe hacer lugar a la petición de Hábeas Corpus interpuesta y disponer el reintegro del peticionario a una unidad penitenciaria con asiento en la capital de la Provincia, cuando al accionante -que cursaba una carrera universitaria teniendo rendidas y aprobadas más de la mitad de las materias de la currícula-, a través del traslado a una unidad del interior de la Provincia, se lo coloca en la imposibilidad de seguir sus estudios, quebrantando así el principio sentado por el art. 133, de la ley 24.660 y el derecho constitucional a recibir educación”⁷⁷.

De considerarse ilegítimo el traslado y/o cambio de régimen el Juez competente deberá reubicar al justiciable en su unidad de origen o en otra que no lesione y/o afecte sus derechos⁷⁸, integridad, dignidad y/o contacto familiar.

⁷⁵ Como la Provincia de Bs. As. es territorialmente extensa, los traslados y los establecimientos federales deben ser empleados exclusivamente de modo regional, evitando alojar en ellos personas oriundas de ciudades lejanas. En esos casos, lo ideal sería que sólo con previa autorización judicial debe hacerse excepción a este criterio y debe asignarse intervención al juez de rogatorias competente en la supervisión de dicho alojamiento en ajena jurisdicción

⁷⁶ TCPBA, Sala II, 48189 RSD-858-11 S, CARATULA: D.,a. s/ Habeas corpus colectivo 14-7-2011 .

⁷⁷ TCPBA, Sala I, causa 25.847, “Polischuk”, sent. del 24/4/07.

⁷⁸En efecto: “Por último cabe aquí reafirmar que, según la corte Interamericana de Derechos Humanos “garantizar” el goce de un derecho implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para organizar el aparato estatal y remover los obstáculos existentes para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos (opinión consultiva N° 11/90). Por lo que, en el marco de la debida diligencia señalado como conducta positiva de los Estado parte de los instrumentos de protección de derechos humanos, entiendo que no sólo debería respetarse el derecho a

Al final del art. 73 se dispone que dentro de las veinticuatro horas de fallecer un procesado se deberá comunicará de manera fehaciente al Juez acompañando copia autenticada del respectivo certificado de defunción.

III.5) Cambios en las facultades, trámite y evaluación jurisdiccional de ciertos beneficios (art. 100 y 101)

Se reformó el art. 100 eliminando el término “favorable” respecto de la evaluación criminológica mencionada en su primer párrafo, relativizando ya desde el mismo texto legal el alcance e incidencia que puede tener en la obtención de los beneficios los informes técnico-criminológicos 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 administración⁷⁹, convirtiéndose el Magistrado en un mero ente burocrático que homologa irreflexivamente los pareceres penitenciarios.** En este sentido citamos al 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.”⁸⁰

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*

la educación en los términos expuestos sino también en los previstos por los arts 55 y 56 de la ley nacional 26.206, específicamente establecidos para educación en contextos de privación de libertad. En definitiva, en función de las normas internacionales de recepción constitucional arriba precitadas, atendiendo a los precedentes de este Tribunal y teniendo muy presente la necesidad de salvaguardar el principio al cual atiende la Resolución de la Subsecretaría de Política Criminal arriba mencionada, corresponde: 1ro.) acoger el amparo que se recalifica como constitutivo de acción de hábeas corpus por desmejoramiento de las condiciones de detención, y disponer la consolidación de la orden de no innovar en el alojamiento y que todo traslado deberá ser motivado, basado en circunstancias concretas, que se refieran a aconteceres ocurridos en el año lectivo en curso y que sólo podrá hacerse efectivo previo conocimiento y aquiescencia del magistrado a cuya disposición se halle cada interno, haciendo conocer al juez o tribunal de que se trate, en cada caso, lo aquí decidido.” (TCPBA, Sala I, Causas N° 35.562, caratulada “C., J. L. y otros s/ Hábeas Corpus”. 7 de abril 2009.)

⁷⁹ Conf. fundamentos de la ley.

⁸⁰JEP 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 cuanta 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”

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 1° 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)

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”⁸¹

Además se establece como nuevo segundo párrafo que “El Juez competente podrá, por resolución fundada, tomar una decisión que se aparte del resultado de la Junta de Selección y/o suplir o complementar el informe criminológico con el que produzcan otros equipos interdisciplinarios.”.

El texto expone, tal vez en forma redundante pero necesaria, el criterio unánime de la facultad jurisdiccional, basado en los principios de judicialización e intermediación de la pena de apartarse del resultado de los informes de las autoridades penitenciarias a la hora de resolver la situación del justiciable ⁸²y, al abrogarse la limitación del texto anterior, recepciona la posibilidad, sin perjuicio de la potestad de ordenar medidas para mejor proveer, de que el Magistrado de oficio a pedido de parte supla o complete los informes carcelarios con cualquier otro peritaje o medida que lo ilustra sobre la cuestión a decidir⁸³. En el mismo orden, se consigna que la petición de salidas transitorias será sustanciada y resuelta en la audiencia oral fijada por el nuevo art. 3 de la ley 12.265.

Destaco que la suprimirse como beneficio excluido de la enumeración de delitos del actual cuarto párrafo del art. 100, se posibilita que aún los condenados por ciertos delitos puedan **peticionar y eventualmente ser incluidos dentro del régimen abierto, instituto otrora expresamente vedado a los penados incluidos dentro de alguna causal obstativa.**

En cuanto a las causales obstativas ⁸⁴ para la obtención de libertades anticipadas, se tomo como parámetro básico la regulación nacional (artículo 56 bis de la Ley Nº 24.660 y sus

⁸¹ 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.).

⁸² 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).

⁸³ Vgr. informes socio-ambiental, peritajes psicológicos por peritos de parte etc.

⁸⁴ Es evidente que los justiciables comprendidos en tales causales obstativas no rigen la finalidad de la pena y del sistema de ejecución penal: la progresiva inserción del condenado, sin perjuicio de afectar la igualdad ante la ley y otros derechos y garantías. En efecto, aquí el art. 100 de ley 12256 como el art. 56 bis de ley 24660 nulifica las garantías y derechos constituciones a los autores de delitos, los compele a cumplir toda su condena en prisión, a estar por el mayor tiempo posible apartado de la sociedad; ciertamente, cuesta encontrar un ejemplo más evidente de enemigo en nuestro sistema legal vigente. Pero hay más. A todo evento, determinadas modalidades

modificadorias), **aunque con algunas asimetrías que a continuación detallamos**: inc. 1) se excluye solamente el inc. 1 del art. 80 del CP, cuando la norma nacional solo incluye el inc. 7 del mismo delito; inc. 2) se mencionan sólo algunos delitos contra la integridad sexual⁸⁵ – antes era todo el Título 3 del CP-, siendo igualmente una exclusión más extensa que su par nacional⁸⁶; inc. 3) Se mantiene igual aunque el delito de privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte está previsto en el anteúltimo y no en el último párrafo del art 142 bis del Código Penal⁸⁷ como incorrectamente consigna la ley local; inc. 4) persiste la tortura seguida de muerte (art. 144 tercero, inciso 2º CP), delito que pese a su innegable gravedad **no está previsto en la ley nacional**, constituyendo una inadmisibile desigualdad ante la ley entre ambos regímenes que la reforma tendría que haber subsanado; inc. 5) se mantiene igual; inc. 6) se sustituye el art. 186 inc. 5 del CP por el secuestro extorsivo con muerte intencional de la víctima -art. 170, anteúltimo párrafo del CP.-, que si bien corresponde a la jurisdicción federal, resulta posible que por conexidad, acumulación de causa o por no existir intereses federales en juego, la competencia termine siendo asumida por los tribunales locales, sin perjuicio de existir además casos que ya fueron objeto de juzgamiento provincial y respecto de los cuales se mantiene el cumplimiento de la pena. Finalmente, se excluye también a los penados a de los nuevos benéficos estipulados en los nuevos arts. 123 bis- 147 bis, cuyo operatividad y alcance que más adelante detallaremos.

Por otro lado, el art. 101 dispone en su nuevo 2º párrafo que la resolución de la libertad condicional y libertad asistida se tomará en la audiencia oral prevista en el art. 3º de la ley 12.256⁸⁸.

III.5- Especificaciones y nuevas facultades jurisdiccionales respecto de la libertad asistida (arts. 104 y 105)

Superadas discusiones⁸⁹ jurisprudenciales estériles sobre el alcance y vigencia⁹⁰ del instituto de la libertad asistida -art. 104-, se mantiene su regulación comparativamente mas

delictivas, por más graves que sean, no pueden condicionar la totalidad del sistema penal, procesal penal y penitenciario, en aras de que la pretendida orientación resocializadora propugnada por el constituyente se vea desplazada por “exigencias preventivo generales positivas” , enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad.

⁸⁵ La redacción quedo así “inc. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119 segundo, tercer y cuarto párrafo, 120 segundo párrafo, 124, 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;”.

La regulación que avanza en el sentido de los parámetros nacionales, al excluir de la causal impositiva supuestos que se estiman de mucha menor gravedad que los restantes que contiene la norma.

⁸⁶ La norma nacional estatuye: “2.- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal.”

⁸⁷El último párrafo del art. 142 bis dispone “La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.”

⁸⁸ Sobre el punto ver de mi autoría “La oralización de la Ejecución Penal Bonaerense: el nuevo art. 3 de la ley 12.256, GOUVERT, Juan Fernando, “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.-

amplia y beneficiosa⁹¹ que la ley nacional, especificando que también podrá otorgarse – además de penas a tres años de prisión o reclusión- al condenado a “penas perpetuas” seis meses antes de los treinta y cinco años estipulados en el art. 13 del CP; estableciendo que en forma concurrente además deberán verificarse los requisitos específicos para la concesión de la libertad condicional y el “condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación”.

Así se exige para el supuesto de libertad asistida peticionada seis meses antes del término del art. 13 mayores recaudos que para la procedencia del instituto regulado por el Código Penal, **porque lo contrario importaría la aceptación de regímenes paralelos de contenido contradictorio en lo que hace a los plazos de procedencia.** Finalmente, el requisito conductual requerido se refiere a la calificación máxima en la evaluación *intra* muros obtenida en el plazo de alojamiento en el establecimiento carcelario, independientemente de la eventual existencia de sanciones disciplinarias y no siendo necesarios para la procedencia del beneficio la realización de estudios educativos y/o actividades laborales o tareas de pre-egreso⁹².

Cabe destacar que el instituto de la libertad asistida “es una herramienta de progresividad tendiente a socavar los efectos negativos del encierro carcelario” que como forma

⁸⁹ Empero, es cierto que este tema, sobre cuya constitucionalidad los juristas y doctrinarios no terminan de ponerse de acuerdo, y respecto de cuya concesión los jueces no tienen criterio uniforme, torna necesario un análisis más detenido. No caben dudas de que este beneficio contradice el proceso de tratamiento penitenciario para los detenidos (condenados o procesados) en la provincia de Buenos Aires respecto del resto del país, por lo que aunque el mismo ponga en mejor situación a los alojados en la provincia de Buenos Aires, debe regir un principio de igualdad para todos los encarcelados.

⁹⁰ En efecto: “La Ley 12256, que regula en el ámbito provincial la misma materia de la ley nacional 24660 en lo que atañe al cumplimiento, modificación y extinción de las penas privativas de libertad, no puede ubicarse por encima de esta última y, por consiguiente, anular o restringir los efectos de la supremacía jerárquica que dimana de lo dispuesto en los artículos 31 y 75 inciso 12, de la Constitución Nacional, la cual sufre excepción en favor de la soberanía legislativa provincial sólo en lo relacionado con las disposiciones de índole procesal o administrativa. (TCPBA, Sala I, 396 RSD-17-00 S, 27-6-2000, “T.,T. s/ Recurso de casación , voto del Dr. Sal Llargues).O Mas explícitamente: “No debe reputarse inconstitucional la decisión de la provincia de Buenos Aires de introducir mayores beneficios que la Ley 24660 al flexibilizar los requisitos temporales para el otorgamiento del instituto de la libertad asistida” (TCPBA, Sala II, 47747 RSD-1183-11 S, 27-9-2011 , “C.,R. s/ Recurso de casación”)

Asimismo: “Para el supuesto de la libertad asistida, la ley provincial señala que puede concederse, respecto a condenados a penas mayores de tres años de prisión o reclusión, seis meses antes del término previsto para la procedencia de la libertad condicional (art. 104 de la Ley 12256), resultando, consecuentemente, más beneficioso que la ley de ejecución nacional, donde dicha morigeración se difiere hasta seis meses antes de agotarse la pena temporal impuesta (art. 54 de la Ley 24660). (TCPBA, Sala III., 41937 RSD-802-10 S, 3-6-2010 , CARATULA: A.,N. s/ Recurso de casación, voto del Dr. Carral)

⁹¹ Así: “Por ser más beneficioso para el imputado, resulta de aplicación el artículo 104 de la Ley provincial 12256 y no el artículo 54 de la Ley 24660, toda vez que el primero estatuye que la libertad asistida podrá otorgarse al condenado a penas mayores a tres años de prisión o reclusión, seis meses antes del término previsto por el artículo 13 del Código Penal para la obtención de la libertad condicional, en tanto que el segundo establece que ese beneficio permitirá el egreso anticipado sólo seis meses antes del agotamiento de la pena temporal” (TCPBA, Sala I, 23055 RSD-640-6 S, 26-9-2006 , “B.,V. s/ Recurso de casación”, voto del Dr. Sal Llargues)

⁹² Así: “No se ajusta a derecho la decisión que, por aplicación la ley provincial 12256, en cuanto ésta condiciona el otorgamiento de la libertad asistida a la realización a una tarea de pre-egreso, deniega el beneficio por no haberse cumplimentado dicha labor, habida cuenta que la ley nacional 24660, plenamente operativa en el ámbito provincial, sólo supedita la concesión del beneficio de la libertad asistida a los informes previos emanados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento (art. 54). (TCPBA, Sala I, 396 RSD-17-00 S, 27-6-2000 , “T.,T. s/ Recurso de casación”, voto del Dr. Sal Llargues)

de cumplimiento de pena anticipa el cese del encierro e “implica afirmar el carácter resocializador de su ejecución, y que la readaptación no importa lograr la modificación de la personalidad del condenado, sino permitirle su reintegro al medio, previo a haberle ofrecido las herramientas necesarias a los efectos de disminuir su nivel de vulnerabilidad al sistema penal y evitar su constante prisionización”⁹³, pudiendo acceder a ella “todos los condenados que no proporcionen motivos para presumir fundadamente que incumplirán sus obligaciones durante esta etapa de la ejecución de la pena”⁹⁴ e inclusive asequible bajo la modalidad de excarcelación para casos de sentencia no firme⁹⁵ según el art. 169 inc. 10 del CPP⁹⁶. Cabe recordar también que: “... el criterio rector que asume el régimen penitenciario es el de limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y avanzar progresivamente hacia la recuperación de su libertad (art. 7 ley 24.660, art. 1 decreto 396/1999)⁹⁷, de este modo ante una situación de duda se debe beneficiar el otorgamiento de los beneficios que tiendan hacia su reinserción social”⁹⁸.

Con idéntico sentido texto y sentido que el agregado al art. 100, se adiciona como segundo párrafo al art. 105 que el caso de la libertad asistida “El Juez de Ejecución o Juez competente podrá por resolución fundada, tomar una decisión que se aparte del resultado de la Junta de Selección y/o suplir o complementar el informe criminológico con el que produzcan otros equipos interdisciplinarios”.

En adición a lo ya expuesto, reforma confirma a opinión unánime que expresa que los informes penitenciarios son meramente indicativos para el órgano Jurisdiccional: “...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**

⁹³ Conf. TCPBA, Sala II, “G.,B. s/ Recurso de casación”, 45713 RSD-988-11 S, 10-8-2011.

⁹⁴ Conf. TCPBA, Sala II, “G.,B. s/ Recurso de casación”, 45713 RSD-988-11 S, 10-8-2011.

Asimismo: “Debe disponerse la morigeración de la coerción en términos de libertad asistida, cuando el imputado es insertable sin mayores dificultades en el agregado social -en el cual tiene familia y posibilidades de trabajo, además de crecidas responsabilidades en orden a sus hijos-, como así también a ello se suma la primariedad delictual” (Conf. TCPBA, Sala I, 34608 RSD-994-8 S, G.,M. s/ Habeas Corpus, 9-12-2008

⁹⁵ En este sentido: “Los artículos 4 de la Ley provincial 12256 y 11 de la nacional 24660, postulan en forma expresa que serán de aplicación a los procesados en lo que resulte más favorable para ellos. “ (TCPBA, Sala III, 41200 RSD-17-10 S, “C.,C. s/ Habeas Corpus”, 11-2-2010

⁹⁶ En efecto: “Art. 169.- (Texto según Ley 14128) Procedencia. Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando:... 10.- La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional o libertad asistida y concurran las demás condiciones necesarias para acordarla.”

⁹⁷ Normativa correlativa con el art. 6 de ley 12.256.

⁹⁸ Excma. Corte Suprema de Justicia Tucumán, Sala en lo Civil y Penal, “Recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Oficial en lo Penal de la 4ª Nominación, en contra de la sentencia dictada por la Cámara Penal, Sala VI del 11/11/2003”, resuelta el 01/3/2004, voto del Dr. Antonio Gandul.

podría impedir la procedencia de cualquier Derecho de egreso anticipado con sólo pronunciarse desfavorablemente sobre la Conducta y/o el Concepto del penado”⁹⁹.

Así los informes emitidos por la autoridad penitenciaria, no son vinculantes para el juez sino sólo orientativos ¹⁰⁰, que merecen ser evaluados, ya que si bien los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, si tienen el deber -en razón de su elevada función jurisdiccional y con fundamento en la garantía de la defensa en juicio- de pronunciarse expresamente sobre los puntos propuestos, en cuanto sean decisivos o relevantes en el pleito” **y que es facultad jurisdiccional evaluar sus fundamentos para apreciar su razonabilidad, pues el tribunal es soberano en la valoración de los informes aún cuando verse sobre temas en los que deban expedirse expertos**¹⁰¹.

Finalmente, la “fundamentación” requerida para apartarse de las conclusiones de los informes penitenciarios es la misma motivación que exige, bajo sanción de nulidad el art. 106 del CPP para los autos que resuelven incidentes vgr. el de petición de libertad asistida, y en lo referente a la sustitución o complementación del informe criminológico por otros equipos interdisciplinarios, podrá realizarse de oficio o a pedido de parte para ilustrar y/o ahondar y/o ampliar sobre aspectos del justiciable y/o su entorno familiar que sean conducentes y oportunos para la viabilidad del beneficio incoado.

III.6- Cambios y ampliación de los supuestos de procedencia de prisión discontinua y semidetención. Sustitución por trabajos comunitarios arts.117, 123 y 123 bis)

Por otro lado, se reformó el art. 117 homologando su texto al art. 35 de la ley **nacional**, dando la posibilidad al Juez de Ejecución o Juez competente de disponer, sin perjuicio de los casos propiamente contemplados por el artículo 123 -formas semi-institucionales dentro del régimen abierto-, a pedido o con el consentimiento del condenado, la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando: “a) Se revocare la detención domiciliaria; b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21,

⁹⁹ JEP 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”, 3/10/ 2008, es mía la negrita.

Es así que tales informes no serán vinculantes para la decisión final que adopte el magistrado (en igual sentido, Salt, Marcos Gabriel; Los derechos fundamentales de los reclusos citado, p. 245; Bovino, Alberto “Control Judicial de la Privación de la libertad y Derechos Humanos”, Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, Nro. 1, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000, p. 246) pues adoptar la postura diferente implica dejar de lado el principio de judicialización de la ejecución. De esta manera, los informes serán sólo indicativos y el juez los tendrá como un elemento más al momento de solucionar el caso.

¹⁰⁰ C.N.C.P. S ala IV, “Cespedes Norberto Fabricio s/ recurso de casación”, rta 24/05/2006, registro n° 7497.4 “Bordón Pedro rta el 13 de abril de 2000 y “Scopetta, Juan Carlos” rto el 22 de octubre de 2003, Sala III “Arias Ariel” y “Leuwens” del 22 de junio y 14 de diciembre de 2000 respectivamente

En este orden “Ciertamente es que los informes emanados de la autoridad penitenciaria, que actúan simplemente como asesores del tribunal, no son vinculantes para el juez), pero sí le corresponde controlar su razonabilidad en virtud del principio de judicialización de la etapa ejecutiva de la pena, el cual implica que “la ejecución de la pena privativa de libertad, y, consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente...” (cfr. voto del doctor Fayt in re C.S.J.N., R.230.XXXIV, 9/3/04).”

¹⁰¹ Conf. Fallos C.S.J. 233:147; 228:279; 229:860 entre otros.

párrafo 2 del Código Penal; c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal; d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia; e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis (6) meses de efectivo cumplimiento.” **El anterior texto del art. 117 solo habilitaba los casos previstos en los actuales incs. b y e para solicitar la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, por lo que su homogenización con la normativa nacional amplió sus acotados supuestos e igualó derechos para justiciables bonaerenses.**

Con idéntica finalidad de ajustarlos a la normativa nacional – y si bien anteriormente también era aplicable la ley Nacional en este aspecto¹⁰²-, se reformularon todos los institutos alternativos al cumplimiento de la pena en prisión, como son los supuestos de prisión discontinua, semidetención, sustitución de la pena por trabajos comunitarios y régimen de semilibertad, receptándose con ello el Fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema Nacional e incorporándose a nivel legal la interpretación dominante y casi unánime de nuestra jurisprudencia provincial.

Así se operaron grandes cambios y especificaciones en el art. 123 que regula las formas semi-institucionales de detención dentro del régimen abierto de los condenados y aplicables también a los supuestos del art. 117, aclarando que en el caso de la prisión discontinua la permanencia del condenado será “en una institución basada en el principio de autodisciplina” - manteniendo igual el resto del párrafo-, y agrega que “se computará un (1) día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución”, conformándolo a los arts. 36 y 38, respectivamente, de la ley nacional. El inc. b que regula la semidetención - vgr. Permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento de sus obligaciones familiares, laborales o educativas¹⁰³- en sus modalidades de prisión diurna y nocturna copia casi textual los art. 39, 41, 42 y 43 de la ley nacional, computándose un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado en la institución.

¹⁰² De acuerdo al criterio sentado por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (Sala I causa N° 125 “Pedroso” del 24-05-99; causa N°89, “Gil Brenta” del 08-09-99, entre otras), las disposiciones de neto corte penal incluidas en el régimen penitenciario Nacional por la ley 24.660 son aplicables en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Esta exégesis obedece a que la ley 24.660 resulta complementaria del Código Penal, conforme lo adicta su art.229, siendo menester recordar que el Congreso Nacional al momento de su dictado, ha reglamentado mínimamente las normas de jerarquía constitucional que consagran derechos reconocidos a toda persona y que conforman el bloque de constitucionalidad federal. Por consiguiente aquellas normas penales incluidas en la ley 24.660; por resultar derecho común de plena vigencia en la Provincia.

¹⁰³ Al diferencia del art. 40 de la ley 24660, aquí no se que deberá “acreditar fehacientemente” el plazo para cumplir familiares, laborales o educativas.

Destacamos que la aplicación de las modalidades de prisión discontinua o semidetención posibilita en gran medida, evitar las graves consecuencias desocializadoras de la privación de libertad, evitando el aislamiento social, favoreciendo que los condenados que reúnan condiciones para ser incorporados a los mismos, conserven sus vínculos familiares, sociales y laborales con la mínima afectación por la pena impuesta, sin que ello implique sustraerse al cumplimiento de la pena.

Acto seguido, el artículo dispone que estos regímenes “procederán en los supuestos del artículo 117 de la presente Ley y bajo las condiciones previstas en el artículo 100”, por lo que serán aplicables tanto en los casos enumerados en el art. 117 como también una forma de programa de tratamiento del régimen abierto¹⁰⁴, siendo autorizado por el Magistrado previo el asesoramiento de la Junta de Selección, en base a la evaluación criminológica dispuesta por el art. 100, rigiendo las exclusiones allí dispuestas.

Iniciadas las formas semi-institucionales de detención el Juez -de Ejecución o competente- “practicará el correspondiente cómputo de pena que fije el vencimiento de la sanción de acuerdo a las pautas antes mencionadas”, o sea y en principio, un día de pena privativa de libertad por noche -prisión discontinua- o jornada –semidetención- de permanencia del condenado en la institución. Empero, compartimos el fallo de la Casación Provincial: “La prisión discontinua no es más que privación de la libertad parcial durante un tiempo continuo, el tiempo que el interno no concurre al penal debe computarse de la misma manera que los días que efectivamente sufre el encierro en un establecimiento carcelario, en tanto siempre se trata de ejecución de pena.”¹⁰⁵. Va de suyo que el nuevo cómputo- que será fundado y deberá indicar expresamente la fecha de libertad¹⁰⁶- podrá ser recurrido por apelación según el art. 500 2º párrafo del CPP.

Con idéntico texto que los arts. 37, 44 y 45 de la ley nacional, se dispone los lapsos en que el Magistrado podrá autorizar al condenado a no presentarse en el establecimiento¹⁰⁷ y determinar en forma individualizada y por resolución fundada, “el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente”.

¹⁰⁴Conf. arts. 119 y 122 de ley 12.256 .

¹⁰⁵TCPBA, Sala I, LP 42313 RSD-704-11 S.;”F.,M. s/ Recurso de casación”, 1-8-2011, voto mayoritario del Dr. Sal Llargués.

Por el contrario la minoría del Dr. Natiello edicto: “Del artículo 38 de la Ley 24660 surge claramente que en los casos de prisión discontinua se debe computar un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución penitenciaria. “

¹⁰⁶Conf. art. 500 1º párrafo del CPP.

¹⁰⁷ En el caso de la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro (24) horas cada dos (2) meses, y en el caso de la semidetención, durante un lapso no mayor de cuarenta y ocho (48) horas cada dos (2) meses.

Al realizar el “plan de ejecución” de la forma semi-institucional el Magistrado deberá adecuarlo a las propias características del interno, para facilitar y contribuir a su efectiva reinserción social y/o familiar y/o laboral, su objetiva observancia a la ley y desalentar, en lo posible, la potencial reiteración de ilícitos.

Siguiendo el marco previsto en los arts. 48 y 49 de la ley 24.660, se dispone que en cualquier momento el condenado podrá renunciar irrevocablemente a la prisión discontinua o a la semidetención, y practicado el nuevo cómputo que establecerá el nuevo vencimiento de la pena, el Juez dispondrá que el resto de la pena se cumpla en establecimiento penitenciario. Ante incumplimiento grave o reiterado de las normas fijadas, y previo informe de la autoridad encargada de la supervisión del condenado, el Juez de Ejecución o Juez competente revocará la prisión discontinua o la semidetención practicando el cómputo correspondiente, lo que implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado con la lógica regresión en la progresión regimental.

Cabe destacar sólo los incumplimientos graves o reiterados – y por ende no los nimios, leves, justificados, aislados o esporádicos-, acreditados en forma fehaciente por el informe de la autoridad de contralor (el cual de ningún modo es vinculante para el Magistrado), habilitan al Juez a mensurar la revocación de la forma semi- institucional. Sin perjuicio de apelar la revocación, es recomendable que para posibilitar el efectivo ejercicio material y técnico de la defensa en juicio, el Juez previo a resolver notifique a la defensa y al mismo justiciable – adjuntando en el informe de la autoridad de contralor- para que brinden las explicaciones y argumentos tendientes a refutar, negar, justificar y/o relativizar la existencia o la periodicidad de los incumplimientos enrostrados¹⁰⁸.

Además, en concordancia con el art. 50 de la ley nacional se agrega el art. 123 bis a la ley 11256 que prevé que en los casos de los incisos b) y e) del artículo 117 -, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, “el Juez de Ejecución o Juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada.” Es este caso “se computarán seis (6) horas de trabajo para la comunidad por un (1) día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho (18) meses.”

Se busca con esta modalidad evitar tiempos prolongados de privación de libertad y de que la persona condenada por un delito pueda por esta vía reparar el daño causado. El origen de esta norma debe encontrarse en el art. 29 inc. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8° inc. 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art.

¹⁰⁸ Por ello, si tales incumplimientos no son graves o se acredita su inexistencia, insignificancia o falta de periodicidad, la forma semi-institucional deberá ser mantenida.

6° de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece “No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente a una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que lo efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado...”.

Entonces, habida cuenta de las consecuencias deteriorantes de la prisionalización en las personas y la necesidad de su evitación¹⁰⁹, especialmente cuando se trata de penas de escasa magnitud¹¹⁰ y **duración, corresponde que de oficio el Magistrado competente evalúe de oficio, justo con otros parámetros¹¹¹, la eventual aplicación de la alternativa en glosa. Así, la sustitución de mentas sería procedente cuando el cumplimiento efectivo de la sanción constituiría una violación al Principio de Intrascendencia (derivado del Principio de Culpabilidad por el acto) y Proporcionalidad de la Pena**, que se verifica cuando resulta desaconsejable, desproporcional, aflictivo y contraproducente el encierro por un plazo corto, pudiendo verificarse, además, un traslado injustificadamente el dolor sufrido por el condenado a su familia ajena al injusto¹¹².

La sustitución total o parcial de la forma semi institucional por trabajo comunitario, podrá ser resuelta a pedido de parte o de oficio previa vista al fiscal¹¹³, y está ceñida entonces a los casos de conversión de la pena de multa en prisión o pena privativa

¹⁰⁹ Zaffaroni, E.R., “Tratado de Derecho Penal- Parte General” T° V p. 433; Zafaroni E.R., Alaglia, A. Y Slokar, A. “Derecho Penal- Parte General” Ediar p. 920; Neuman, Elías” Estado Penal y Prisión Muerte” entre otros.

¹¹⁰ En efecto, conminar al encierro mediante penas cortas privativas de la libertad resulta desaconsejable según lo estableciera el Segundo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento del delincuente (Londres 1.960).

¹¹¹ Vgr. nivel socioeconómico del condenado y su núcleo familiar, si el encierro supondría un gravamen para su familia. etc. Estas circunstancias conforman un cuadro que debe estar incluido en el juicio de la determinación de la forma de cumplimiento de la sanción.

¹¹² Así la solución prevista por el instituto comento deviene la más armónica con el Principio de Proporcionalidad mínima, que impone el deber de jerarquizar las lesiones a bienes jurídicos y ponderarlas comparativamente con la pena asociada al conflicto a fin de neutralizar toda irrazonabilidad, conforme la manda del art. 28 de la C. N. ((Conforme sobre el principio de proporcionalidad , Zaffaroni, Eugenio R. Alaglia, Alejandro Slokar “Derecho Penal- Parte General” p.123; Tozzini, Carlos A., Garantías Constitucionales del Derecho Penal”. 33 ; Gonzalez Cuellar Serrano, Nicolás “Proporcionalidad y derechos fundamentales del proceso penal” Ed. Colex, Barcelona, p. 29)

¹¹³ Sobre la falta de vista al fiscal y la necesidad de corroborar la realización de las tareas comunitarias antes de proceder a la revocación de la sustitución se dijo; “Como la cuestión a debatir en esta instancia era sobre la validez de la decisión del juez de ejecución -que hizo lugar a la prisión discontinua y seguidamente la sustituyó por trabajos comunitarios- una vez declarada la nulidad del acto, conforme la retrogradación que ello implica, corresponde correrle vista al fiscal para que se expida acerca de la procedencia del instituto mencionado y así, el nuevo juez que intervenga quedará en condiciones de resolver nuevamente la incidencia. De este modo, no corresponde resolver el fondo de la cuestión. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y en razón de que no se cuenta en el incidente con datos que permitan establecer si el imputado ha cumplido con las tareas comunitarias que le fueran impuestas, previo a que el nuevo juez resuelva la incidencia, deberá librar un oficio a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que informe si el nombrado a efectuado dichas tareas, y en caso afirmativo, que cantidad de horas ha cumplido, en razón de que, un error atribuible al Estado no puede operar en contra del condenado. (CNCP, Sala III, causa n° 5464, Registro n° 292.05.3, “Fernández, Ricardo s/recurso de casación”, 25/04/05)

de libertad de efectivo cumplimiento de hasta seis (6) meses¹¹⁴, practicándose cómputo fijando el nuevo vencimiento de la pena, equivaliendo la jornada de seis hora de trabajo como un día de pena. ,

En caso de incumplimiento del plazo o de la obligación fijada, el magistrado revocará el trabajo para la comunidad, lo que luego de practicado el cómputo contabilizando los días que efectivamente el condenado cumplió los trabajos comunitarios encomendados ¹¹⁵ – y estando este firme - implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado. Además; “Por única vez y mediando causa justificada, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá ampliar el plazo en hasta seis (6) meses.”¹¹⁶ **Le tocará a la defensa justificar el supuesto incumplimiento y solicitar la ampliación del plazo respectivo.**

Finalmente, se dispone que “El condenado en cualquier tiempo podrá renunciar irrevocablemente al trabajo para la comunidad. Practicado el nuevo cómputo, el Juez de Ejecución o Juez competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en prisión discontinua, semidetención o en un establecimiento penitenciario.”¹¹⁷ La renuncia voluntaria al beneficio piede implica la ejecución de la pena

III.7- La compatibilización del instituto de las salidas transitorias y la semilibertad con la ley nacional (arts. 146,147 y 147 bis).

Por último, –siguiendo la interpretación jurisprudencial prácticamente unánime de los tribunales y juzgados penales bonaerenses¹¹⁸ - se compatibilizó el instituto de las salidas

Empero, el respeto durante la ejecución penal de la vigencia del régimen acusatorio implica que el dictamen fiscal favorable al otorgamiento de modalidades atenuadas de ejecución, legalmente fundamentado a criterio jurisdiccional, obliga a una decisión jurisdiccional concordante.

¹¹⁴ Conf. arts. 117 incs. b y e, respectivamente, de la ley 12.256.

¹¹⁵.EN este punto se dijo: “En orden a lo manifestado por el señor Defensor Oficial ante esta Cámara referente a que la cuestión a resolver resultaría abstracta, cabe apuntar que la circunstancia que el cómputo indique como fecha de vencimiento de la pena el 19 de agosto de 2004 no resulta un parámetro adecuado para sostener que la misma se encuentra vencida. En tal sentido, tenemos presente que el artículo 50 de la ley 24.660 establece que por cada seis horas de trabajo comunitario, se computará un día de prisión, en tanto que los artículos 52 y 53 disponen que en caso de revocación del beneficio el condenado deberá cumplir la pena, para lo cual se practicará un nuevo cómputo. De lo expuesto, y teniendo en cuenta que sólo ha mediado en autos el transcurso del tiempo sin que el beneficiado por el decisorio impugnado cumpliera trabajos comunitarios, entendemos que el cómputo de la pena realizado sobre la base de que el condenado permanecería ininterrumpidamente en prisión ha perdido vigencia, debiendo en consecuencia practicarse uno nuevo, en el que se determine la fecha de vencimiento de la pena impuesta. (CNCP, Sala III; Registro n° 190.05.3, “Soave, Gastón Manuel s/recurso de casación, 23/03/05 Voto del Dr. Riggi)

¹¹⁶ El texto es casi idéntico al art. 52 de la ley 24660

¹¹⁷ Conf. art. 53 ley 24660

¹¹⁸ Ya antes de la reforma se estableció: “En materia de salidas transitorias, frente a la interpretación exclusivamente acotada al instituto regulado en la ley provincial, cabe efectuar otra, en términos teleológico-sistemáticos, que permitan analizar la misma ley en su conjunto, tomando para ello la totalidad de las figuras normadas y una vez efectuada dicha tarea, hacer lo propio con la normativa nacional -en el caso la ley 24660-, que por imperio de su artículo 229 resulta de aplicación en el ámbito provincial”. Y “A los fines de la procedencia del otorgamiento de las salidas transitorias, cabe hacer jugar armónicamente los arts. 16 y 17 de la ley 24660 con los arts. 100 y 146 de la ley 12256, fijando la primera de las normativas citadas el mínimo en que debe encontrarse la ejecución penal a efectos de que pueda operar el instituto de las salidas transitorias, mientras que el art. 146 de la segunda legislación enlistada brinda el máximo en que la mera posibilidad se transforma en derecho ante la proximidad del egreso; situación ésta que debe entenderse como el de seis meses previos al cumplimiento de plazo

transitorias con el esquema normativo nacional, de modo que no sólo se recepta en el texto proyectado la regulación de la Ley Nº 24.660 relativa a los motivos y condiciones de otorgamiento, sino también en lo referente a los tiempos para la obtención del beneficio, aspecto éste en el que se observan notorias diferencias – lo que constituía una gravosa desigualdad- con la normativa vigente en la Provincia vgr. mitad de la pena (art. 57 inc. a ley 24660) comparado a los “6 meses antes del termino de la pena”¹¹⁹ (art. 146 ley 12256 texto anterior a la reforma).

Cabe recordar que según la sistemática del régimen bonaerense, las salidas transitorias se ubican dentro de las posibilidades y beneficios que ofrece el régimen semiabierto.

Ahora bien, el actual art .146 de la ley provincial ostenta un texto idéntico al del art 16 de la ley nacional, aclarando como en el anterior texto que las salidas transitorias procederán en los supuestos del artículo 133 y “bajo las condiciones previstas en el artículo 100”, sin necesitar el Juez la proposición fundada del director del establecimiento para el tratamiento del instituto – conf. art. 18 ley 12256-, sino sólo el “asesoramiento” de la Junta de selección¹²⁰.

El art. 147 engloba varios artículos de la ley nacional, empezando con el texto del art 17 de la ley 24660, pero no obstante, se introdujo en su una aclaración relativa al plazo de procedencia en los supuestos de penas temporales pues, **sistemáticamente, éstas no admiten un tratamiento más gravoso que las perpetuas**. Así la parte primera del art. 147 prevé en su inc. a) estipula que para la concesión de las salidas transitorias en el caso de la Penas temporales sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal – hoy virtualmente inaplicable por

-en las penas mayores a tres años de reclusión o de prisión- de las dos terceras partes de la condena, para que opere la libertad condicional. Por consiguiente, el condenado a veintidós años de prisión, podrá acceder la beneficio de las salidas transitorias una vez cumplidos los once años de su condena y se le deberá facilitar tal beneficio seis meses de operarse el plazo para la concesión de la libertad condicional, pues tal sería el plazo en que el imputado se encontraría próximo al egreso por encontrarse habilitado para obtener la libertad asistida. Y si el recurrente, por su declaración de primera reincidencia no puede obtener la libertad condicional, nada de ello impide la obtención de la salida transitoria, instituto éste harto diferente, si de la mencionada pena se han cumplido más de quince años reales -no por cómputo ficto de la ley 24390-, y el interno cuenta con informes favorables que muestran una profunda resocialización, toda vez que desde el punto de vista cronológico se halla más que próximo al egreso previsto por la norma del art. 146 de la ley 12256 y desde el filosófico los fines de la pena han sido satisfechos. “((TCPBA, Sala I, P 3191 RSD-323-2, “Q.,A. s/ Recurso de casación” 2-7-2002 ,voto del Dr. Sal Llargues)

En consecuencia, la anterior redacción de los artículos respectivos de la ley provincial, al fijar condiciones más gravosas, fueron declarados inválidos: “En el territorio de la provincia de Buenos Aires, el régimen relativo a las condiciones de aplicación de las salidas transitorias y de semilibertad, se define a través de la aplicación de los artículos 17, 23 y concordantes de la Ley 24660.” Y “Los artículos 100, 146 y 160 de la Ley 12256 que fijan y regulan condiciones y requisitos para acceder al régimen de salidas transitorias y semilibertad -o semidetención como es llamada por la legislación provincial- resultan violatorios de lo dispuesto por los artículos 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.” (TCPBA, Sala II, 47904 RSD-1181-11 S , “B.,J. s/ Recurso de casación”, 27-9-2011).

¹¹⁹ Es que “Si bien la Ley 12256 respondió al objetivo de "adecuación legislativa" respecto de la ley de ejecución nacional, algunas de sus normas resultan más perjudiciales para los procesados que las correspondientes a la Ley 24660, entre otras, las relativas al plazo estipulado para la solicitud de salidas transitorias”. (TCPBA, Sala III, 4406 RSD-323-11 S CARATULA: I.R. s/ Habeas Corpus, 22-3-2011)

¹²⁰ Aquí una de las mayores diferencias con el régimen nacional que por su art. 18 dispone que las salidas transitorias

la inconstitucionalidad dictada en el caso “Gramajo”¹²¹ - la mitad de la condena, “o quince (15) años si la mitad fuese superior;...” Vgr. en caso de una condena de cuarenta años, se podrá pedir este beneficio a los quince y no a los veinte años de pena.

El legislador provincial con razón advirtió que en el caso de penas temporales de más de treinta años¹²² el requisito de tiempo requerido para la concesión de salidas transitorias en el caso de penas temporales resulta más gravoso que para la prisión perpetua, puesto que la mitad de la pena – diecisiete años en una condena de treinta y cuatro- sería un plazo mayor que quince años (art. 147, parte I, incs. A y B, respectivamente), por lo que la aclaración resulta pertinente para evitar incoherencias y tratamientos más perjudiciales en la estipulación del requisito temporal para esta clase de beneficio.

Además, se elimina la parte IV del art. 17 nacional¹²³, recordando que por la actual redacción del art. 100 no se requiere que sea “favorable” la evaluación criminológica para que sean las salidas transitorias sean procedentes. Además, según concorde jurisprudencia, este beneficio también sería de aplicación en los casos de sentencia no firme, o sea, a los todavía “procesados”¹²⁴. Así: “Las salidas transitorias corresponden al imputado con mayor razón que si tuviera ya una condena firme, y nunca a la inversa; ello es consecuencia directa de la garantía

¹²¹ G. 560. XL – “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa —causa N° 1573—.” – CSJN – 05/09/2006.

El último considerado de la mayoría resulta contundente. “ Que de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, habrá de declararse que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas —de manera expresa o por derivación— en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra ley fundamental, entre los que cabe mencionar la convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Por otro lado, la doctrina emanada fallo Gramajo es aplicable a la reincidencia por lo que el art. 14 C.P. que excluye de la libertad condicional a los reincidentes, es inconstitucional, por lo que se propone su modificación para que la reincidencia no excluya sin más el análisis del Juez de ejecución sobre su procedencia, el que podrá negarla o concederla atento a las calificaciones de conducta y concepto alcanzadas por el interno.

¹²² Considerando el excesivo “límite” de cincuenta años de reclusión o prisión para casos de concurso real de delitos (art. 50 del CP) y la inflación punitiva imperante, la aplicación de penas de prisión de mas de treinta años devienen cada vez más comunes.

¹²³ Que estipula: “IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.”

¹²⁴ En efecto. Si bien el régimen de salidas transitorias se encuentra establecido sólo para condenados, los artículos 1º, 6º y 67 en su remisión a los artículos 140 a 145 de la Ley de Ejecución Penal Provincial n° 12256 permiten que los procesados ingresen voluntariamente a las áreas de asistencia y tratamiento de los condenados. (TCPBA, Sala III, I.,R. s/ Habeas Corpus, 44406 RSD-323-11 S, 22-3-2011) Y “La condición de procesado no puede resultar óbice para su inclusión en el régimen de salidas transitorias; no solo por lo irrazonable que resulta someter a un tratamiento más gravoso a quién todavía goza de un estado de inocencia, sino también por expresa aplicación del artículo 11 de la Ley 24660 que debe regir como base mínima en esta materia”. (TCPBA, Sala II, “P.,J. s/ Habeas Corpus”,44412 RSD-1525-10 S, 21-10-2010).

constitucional de la presunción de inocencia -arts. 18 de la Const. Nac., 8 inc. 2° de la C.A.D.H. y 14 inc. 2° del P.I.D.C.yP.- en virtud de la cual nadie puede ser considerado culpable sino en razón de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada”¹²⁵. **Por lo demás, se impone para su concesión un criterio amplio para favorecer la efectiva reinserción¹²⁶ del interno y la progresividad de la pena, siendo invalido valorar negativamente y/o argüir para su rechazo la adicción¹²⁷ o la negación a realizar labores intramuros por parte del interno¹²⁸**

El resto de la redacción del art 147 copia el texto de los arts. 19, 20,21 y 22 de la ley Nacional agregando que la supervisión a cargo de profesionales del servicio social se hará en “articulación con el Patronato de Liberados Bonaerense a través del Cuerpo de Agentes de Prueba”, consignando que “Las salidas transitorias, el régimen de semilibertad y los egresos transitorios a que se refiere el artículo 23 no interrumpirán la ejecución de la pena.” (conf art. 22 ley 24660”, **prosiguiendo en las salidas del interno el cumplimiento de su pena.**

Por otro lado se agregó el art. 147 bis. que copia los arts. 23 a 26 de la ley 24660, incorporando el beneficio de semilibertad que permite al condenado “al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre,

125 TCPBA, Sala III, 41200 RSD-17-10 S, “C.,C. s/ Habeas Corpus”, 11-2-2010 , voto del Dr. CARRAL.

¹²⁶ Así: “ Es viable otorgar el beneficio de salidas periódicas, para afianzar vínculos familiares, a quien se encuentra sometido a proceso más allá de un plazo razonable, que además ya goza de salidas transitorias, con fines laborales, y sin que existiera de su parte peligro de fuga (TCPBA, Sala II, 46889 RSD-612-11, “ S.,J. s/ Recurso de casación”, 9-6-2011)

¹²⁷ Así: “Pretender valorar, ante una petición de las salidas transitorias, la adicción a las drogas del encartado, deviene contrario a las máximas constitucionales de los principios de reserva y culpabilidad (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Const. Nac. y 11.2, primera parte, de la C.A.D.H.), que junto al de legalidad (art. 9 de la C.A.D.H.) resultan los principales valladares de contención del máximo poder represivo estatal. Ellos impiden la posibilidad de que en un Estado democrático y constitucional de derecho se castigue a una persona por sus pensamientos o modo de vida, mientras que no se traduzcan en conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos.”(TCPBA, Sala III, 43670 RSD-1936-10 S, “R.,J. s/ Recurso de queja interpuesto por el Fiscal”, 23-11-2010)

¹²⁸ Así: En punto a ello, tengo dicho que tal extremo -la falta de realización de tareas laborales- no puede ser valorado negativamente a los fines en trato, desde que los trabajos forzados se hallan expresamente proscriptos no sólo por la legislación de la materia, sino también por prerrogativas supraleales. Por tanto, desde un punto de vista “material” –no “formal”-, el trabajo de los internos no sería obligatorio, sino, antes bien, voluntario (arts. 6.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 27 de la Constitución Provincial; 107.b y 110 de la ley 24.660, en la parte que interesa). En lo que respecta a la problemática de adicción a las drogas y la supuesta falta de replanteos en orden al accionar ilícito que habría presentado R., estimo que tampoco constituyen escollos insuperables para su acceso a la libertad. Sabido es que los principios constitucionales de reserva y culpabilidad (arts. 18 y 19 CN; 11.2, 1ª parte, CADH), entendidos -junto al de legalidad- como los principales valladares de contención del máximo poder represivo estatal –derecho penal-, vedan terminantemente la posibilidad de que en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho se castigue a una persona por sus pensamientos o modo de vida, mientras que no se traduzcan en conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos (Cfr., en similar sentido, CSJN, “Gramajo, Marcelo s/ Rec. de Hecho”, c. 1573, G.560.XL).En esta inteligencia, pues, considero que las reflexiones internas de un condenado en modo alguno pueden serle opuestas a los fines de denegarle el derecho a la libertad, así como tampoco el que padezca una adicción a sustancias psicoactivas –sin perjuicio de que los informes criminológicos de referencia no indican que R. fuera sorprendido o sancionado por consumir o poseer estupefacientes durante los ocho años que lleva de encierro y que, si así lo fuera, nada impide que continúe con un tratamiento ambulatorio extramuros-, toda vez que ello contravendría las máximas constitucionales citadas. (TCPBA, Sala III, causa n° 11.815 (Registro de Presidencia n° 41.332) “R., J. C. s/ Recurso de Casación”,19/5/2010)

incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral. Para ello deberá tener asegurada una adecuada ocupación y reunir los requisitos de los artículos 100 y 147”. **El condenado – o en su caso el imputado- incorporado a semilibertad será alojado en una institución regida por el principio de autodisciplina, debiendo el trabajo ser diurno y por excepción nocturno, incluyendo el régimen una salida transitoria semanal de doce o veinticuatro horas.**

Finalmente, para evitar dificultades interpretativas, se sustituyó la denominación del instituto previsto en el artículo 503 del Código Procesal Penal por el de “Egresos” transitorios – antes decía “Salidas”- que configura claramente un supuesto diverso del regulado por la Ley de Ejecución. En efecto, a la esporádica autorización de salidas para que el penado cumpla sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo resulta (art. 503 del CPP), resulta un supuesto claramente distinto, por alcance, precocidad y sentido, a las salidas transitorias previstas en los actuales artículos 146 y 147 del ley 12,256,

IV- A modo de conclusión:

Las innovaciones reseñadas y elucidadas resultan, salvando ciertos puntos achacables apuntados, muy oportunas y conducentes para tender al mejoramiento del sistema penitenciario bonaerense y, lo más importante, superar severas desigualdades en la estructura jurídica de la ley 12.256 con el plexo nacional y convencional.

Que las reformas repercutan favorablemente en la asistencia, tratamiento, vigencia y ejercicio de derechos, y en su caso la efectiva resocialización de los justiciables prisionizados dependerá, en gran medida, de la cautelosa y recelosa aplicación que la jurisdicción vernácula realice de la novel reforma teniendo como norte interpretativo la firme vigencia y eficacia de los derechos y garantías de los justiciables que, no está de más recordar, fueron privados – vía sentencia firme- sólo temporariamente de su libertad locomotiva, pero de ningún otro derecho o prerrogativa que a todo ciudadano otorga la Carta Magna.

Juan Fernando Gouvert.