

Nueva Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad. Un retroceso en materia de Derechos Humanos.

Blanca Yamili Alderete*

Introducción.

La nueva ley 27375 de ejecución de la pena privativa de la libertad recientemente promulgada el 28 de julio de 2017 contraviene los estándares constitucionales de resocialización y reinserción social de los penados, los cuáles fueron reconocidos tanto por nuestra C.S.J.N., como por la CIDH, y están previstos como finalidad de las penas de prisión en las “Reglas de Mandela”, que constituye la normativa de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. El cumplimiento de la condena no provoca una cuestión penitenciaria, sino que debe haber un control judicial necesario no sólo para la eficaz defensa social y la seguridad, sino también para la tutela de la dignidad y los derechos del condenado, como así también para la vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, trato de los reclusos, reeducación para la reinserción social, etc.-

En virtud de ello, los diferentes instrumentos internacionales establecen a través de sus normas principios que no pueden ser soslayados al momento de aplicar la nueva Ley de Ejecución Penal.-

Entre ellos, encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece en el art. 25 “todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que su art. 10 indica que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el art. 5 establece – “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con

el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.-

Hay otros instrumentos que si bien no tienen una categoría de tratados se han convertido en reglas insoslayables a tener en cuenta: a) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas que establecen: “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles”. b) Los principios básicos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos expresan que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...”. c) Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. d) La regla 13 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: “No se deberá negar a los menores

privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”. e) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores disponen que “Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – social, educacional, profesional, psicológica, médica y física – que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”. f) Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes. g) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Cruelles Inhumanos y Degradantes.-

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

La presente propuesta pretende probar que la nueva legislación va en dirección opuesta a nuestra Carta Magna y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad a través del art. 75 inc. 22 en la reforma Constitucional del año 1994, y en vez de constituir un avance sobre la legislación vigente, constituye una involución en virtud de ser más rígida que la Ley 24.660.-

El fin de la pena en el derecho argentino.

Desde un punto de vista absolutamente formal, la pena constituye un mal con el que amenaza el derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito. Su aplicación redundaría en la restricción coercitiva de derechos del autor del delito. Sin embargo, que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución.-

Los fines de la pena, son propósitos que el acto punitivo puede y debe tener frente al reo y la colectividad, por lo que ellos van a depender del modelo de estado en el que se inserta.-

A lo largo de la historia y con el devenir de distintas concepciones podemos mencionar brevemente las principales elaboraciones que se realizaron en relación a los fundamentos y fines de la pena.-

En un primer momento, surgieron las teorías absolutas o retributivas, en las que la pena se orienta exclusivamente hacia el pasado. Su fin se satisface con la respuesta al delito cometido. Luego, el acento se coloca en el momento de aplicación que es en el que se interviene coercitivamente sobre el responsable del delito. Hay una idea del Estado como guardián de la justicia y compendio de las nociones morales. En consecuencia, la anulación del delito es retribución, en cuanto es una lesión de la lesión. La desventaja de esta teoría, es que la pena debe procurar la prevención de nuevos delitos y no la satisfacción de un criterio metafísico de justicia. Asimismo, la pena como sola retribución no resulta útil para dar respuestas a ciertas causas del delito.-

Por otra parte, las teorías relativas o preventivas, en ellas la pena se orienta hacia el futuro. Su función no se satisface con la respuesta al delito cometido, sino que busca prevenir nuevos delitos, dirigiéndose a sus posibles autores para que no los cometan. Esta corriente discrepa con la concepción de la pena como un fin en sí mismo. Su propuesta radica, en que la pena sea tenida como un medio para el fin de prevenir futuros

delitos. Ahora bien, ese objetivo puede perseguirse dirigiéndose a la comunidad toda, como sostienen las concepciones de prevención general o sólo al autor del delito como refieren las elaboraciones de prevención especial.-

La prevención general, se caracteriza porque su tarea preventiva se dirige a la colectividad y no al autor del delito, procurando evitar que surjan delincuentes en la sociedad. Tal cometido puede procurarse positiva o negativamente.-

La prevención general negativa, surge con Feuerbach, quién sostenía que la existencia de la sanción penal, conminada en abstracto, actuaba a modo de coacción psicológica, colaborando para que prevalecieran los esfuerzos psíquicos que procuraban impedir la comisión del delito.-

Por su parte, la prevención general positiva o integradora, aunque entiende que la pena se dirige a la colectividad para que no se delinca, lo hace de manera positiva, buscando demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo, evitando la legitimación del delito.-

Roxin, destaca los siguientes efectos: a) “el de aprendizaje social, b) el ejercicio de la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal, c) el de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica y d) el de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción...y considera solucionado el conflicto sobre el autor.¹” -

Este último aspecto, es el que ha motivado la denominación de la prevención positiva como prevención integradora.-

Las desventajas que se advierten de esta teoría, son que las necesidades de prevención pueden llevar a una instrumentalización del hombre atentando

¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducción a la 2ª. ed. Alemana de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remepsal, Civitas, Madrid, 1997, t. 1, p.92 (apartado 27).-

contra su dignidad al exigir sanciones que no tengan ninguna proporción con la magnitud del injusto y la culpabilidad. Llevan ínsito el peligro de convertir la sanción penal en terror estatal.-

La prevención especial, se centra en prevenir futuros delitos por parte de quién ha cometido el sancionado. La intervención estatal no se dirige ya a la generalidad de las personas, sino al delincuente, con lo que el acento se desplaza a la etapa de ejecución. Ello así, toda vez que es en este período en el que se desarrolla el tratamiento del condenado, idea que junto con la resocialización, definen el medio y el objeto perseguido por esta modalidad. Se advierte, la idea de un estado social intervencionista, que admitiendo una suerte de “corresponsabilidad de la sociedad en el delito²”, se hace cargo del delincuente.-

Por último, las teorías mixtas o de la unión, procuran superar las desventajas de las posiciones “puras” descritas precedentemente. De este modo, se posibilitaría además, que no haya que castigar a pesar de la ocurrencia de un injusto culpable cuando no concurren necesidades preventivas de castigo.-

Como corolario de las líneas anteriores, podemos decir que la pena entendida como prevención general es retribución y como prevención especial es reeducación o resocialización, lo que se vislumbra en la etapa de su ejecución, ya que el detenido deberá volverse capaz de conducir en el futuro, con responsabilidad social, una vida sin delitos (objetivo de ella).-

Ahora bien, en nuestra legislación nacional el fin de la pena siempre se encontró plasmado en el Art. 18 de la Constitución Nacional “la pena tiene por finalidad la seguridad y no el castigo”, pero sin tratar en forma expresa el principio de la resocialización que fue incorporado en forma expresa con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra

² BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1988, p.13.-

Carta Magna con la reforma del año 1.994 en el art. 75 inc. 22 y que integran el bloque de constitucionalidad.-

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 5 apartado 6 establece: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10, apartado 3: reza “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. De ello, se colige que las mismas tienen esencialmente una función preventivo especial.-

Por su parte, la Resolución N° 01/08 del 13 de marzo de 2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³, en su 4to. párrafo indica: “Teniendo presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados, la resocialización y la reintegración...”.-

Plasmándose así, el principio de resocialización en forma efectiva en la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660, que dice en su art. 1°: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...”. Dicho principio, también fue receptado en la Jurisprudencia de la C.S.J.N.: “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5 inc. 6 CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10 inc.3 PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos

³ Conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia “Carranza Lastrubersse” se le reconoció obligatoriedad también a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.-

de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”⁴. Entendiéndose así, que la finalidad de la pena es ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo.-

El fin de la pena conforme al principio resocializador, también se encuentra interrelacionado a los principios de humanidad de las penas (art. 18 C.N., 5° DUDH, 7° PIDCP, 5° inc. 6° CADH), de personalidad de la pena (art. 5° apartado 3 de la CADH, art. 119 de la C.N.), garantías para la ejecución penitenciaria (art. 6° apartado 2 de la CADH, art. 8° apartado 3 a) del PIDCP) y del principio de legalidad entre otros (art. 18 C.N.)⁵.-

Sin embargo, la nueva legislación en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad, si bien modifica el art. 1° de la Ley 24.660, conserva como finalidad la resocialización del penado, más precisamente reza en su parte pertinente: “...procurando su adecuada reinserción social,...”.-

Ahora bien, no obstante estar consagrado dicho principio en forma expresa en la norma, lo cierto es que el mismo se torna ilusorio si se realiza una interpretación armónica de todos los artículos modificados a través de dicha ley.-

Reinserción social.

En consonancia con lo señalado en el párrafo anterior, la finalidad de la ejecución de la pena es la reinserción social, así surge del art. 1° de la ley 27375, art. 18 de la C.N. y de los Tratados Internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, conforme los arts. 10.3 del PIDCP y 5°.6 de la CADH (art. 75 inc. 22 de la C.N.).-

⁴ Maldonado Daniel Enrique, Sentencia de fecha del 7 de diciembre de 2005. Expediente: 1022/2003 Tomo:39 Letra: M Tipo: RHE.-

⁵ LASCANO, Carlos J. (h) – BUTELER, Enrique R., *Derecho Penal Parte General*, Advocatus, 1ª. Edición, 2005, p. 661 y 662.-

La reinserción social es un proceso de “personalización, en el cual a partir del trato humano se tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios (intelectuales, físicos, técnicos, sociales, familiares, etc.) para que pueda tomar conciencia de su rol y salir del estereotipo selectivo del poder punitivo, dejando así de ser vulnerable al sistema penal”⁶.-

Esta definición constituye una adaptación conceptual a la denominada “teoría de la pena”, que fue objeto de innumerables críticas por su fracaso frente a la aparición del delincuente reincidente. Estas objeciones generaron el resurgimiento de teorías absolutistas claramente lejanas a la concepción personalista de la pena. Al establecer como objetivo ya no la reinserción como concepto utópico sino, por el contrario, como el deber del Estado de disminuir el índice de vulnerabilidad que originó que el sujeto fuera captado por el sistema penal, el fin de la ejecución penal se transforma en una idea pragmática y adaptable al condenado y, por lo tanto, frente a la reincidencia no se produce el fracaso de la teoría, sino del Estado a quién le corresponde redoblar los esfuerzos para lograr el objetivo principal señalado.-

La aceptación de la finalidad resocializadora que tuvo su auge en la década del 70 no ha determinado un concepto con precisión de su contenido y alcance. Son varias las cuestiones que el concepto resocializador trae aparejado, pues van desde su ámbito de actuación –teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de la libertad, teoría de la ejecución– hasta la finalidad última –teoría individual o defensa social–. Existen varias teorías en cuanto a la naturaleza del proceso resocializador.-

Para la tesis de la teoría de la socialización, el acto delictivo ejecutado por parte de la persona condenada encuentra su explicación en la deficiente

⁶ PINTO, Ricardo Matías, en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la libertad*, Nueva serie, t.15. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 251.-

socialización de aquél, de manera que la ejecución de la pena debe aprovecharse para lograr una forma que se denomina “socialización en reemplazo”, que está orientada a corregir esa ausencia o defecto de socialización.-

Las teorías mixtas se fundan en dos opciones: la resocialización para la moralidad o para la legalidad. La primera, se basa en que la intervención resocializadora debe estar dirigida a que el individuo internalice criterios valorativos dominantes en la sociedad a la que debe integrarse. La llamada resocialización para la legalidad debe perseguir un fin más modesto de resocialización mínima.-

Ahora bien, si se considera que todas estas teorías tienen sus falencias, la meta resocializadora no sirve para prevenir el delito que obedece a otro tipo de factores que no tienen que ver con los individuales y las condiciones de vida en prisión, son incompatibles con un acertado tratamiento penitenciario, además de erigirse en un factor vulnerante para los derechos individuales de los internos. la resocialización se trata de un mito que está dirigido a ocultar una realidad de intervención penal cada vez más represiva y que sobre la base del discurso resocializador o terapéutico legitima el castigo. Las críticas contra el ideal resocializador en ningún caso merecen ser consideradas como definitivas y suficientes para el rechazo de la resocialización. Si se asume que es un mito o un ideal, aunque se logre un mínimo saldo positivo en ello, ya constituye un logro.-

Tal como lo señalan De La Fuente – Salduna a través de la idea de resocialización el condenado debe conservar, pese a su condena, todos los derechos inherentes al ser humano, de modo que hay que reconocer que resulta plenamente libre para tener sus propias convicciones y sistema de valores. “En definitiva, no debe buscarse a través del fin de prevención especial de la pena una especie de “lavado de cerebro” o “tratamiento compulsivo” del condenado, sino algo mucho más moderado”. El principio

de progresividad que propone la ley depende no solamente del establecimiento carcelario sino también del condenado un pronóstico de reinserción social.-

En virtud de ello, se proponen dos objetivos: a) Que el condenado comprenda la obligación y conveniencia de respetar la ley. O sea, que aun cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de la pena se debe procurar que el interno conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad de convivencia social; b) proporcionarle al condenado alternativas superadoras y lícitas de comportamiento lo que conlleva a procurar que la ejecución de la pena contribuya a que el condenado cuente con mayores posibilidades para llevar una vida conforme a derecho⁷.-

Pone, en una forma un tanto imprecisa, en manos de “la sociedad” el control directo e indirecto y vigilancia el cumplimiento efectivo de las penas, lo que implica volver al rótulo del “derecho penal de autor”.-

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

⁷ DE LA FUENTE Javier – SALDUNA Mariana “*El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad*” en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob.cit. t15, ps. 335/337).-

Progresividad del régimen penitenciario.

El principio rector en la ejecución de la pena es la progresividad, el cual consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los establecidos por la ley y los reglamentos.-

La característica fundamental del régimen progresivo es la posibilidad de atenuación paulatina de las condiciones de encierro e intensidad de las restricciones de derechos durante la pena privativa de la libertad. Es una variación derivada del cumplimiento por parte del interno de determinados requisitos, más o menos objetivos, según el sistema de que se trate, hasta alcanzar nuevamente la libertad plena.-

Las notas características de este sistema han sido definida con gran precisión por Juan Carlos García Basalo, quién explica que se distinguen por: la división del tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes (por ejemplo, cambio de lugar de alojamiento, distinto régimen de vigilancia, mayor posibilidad de contactos con el mundo exterior, posibilidad de salidas transitorias, distinto régimen de trabajo, etc.); un sistema determinado de avance y retroceso de los internos por las distintas fases ya sea por criterios objetivos, como por ejemplo el tiempo, o por valoraciones sobre la evolución de la personalidad del interno como su mayor avance en el proceso de resocialización; un período de cumplimiento de la pena en libertad (reintegración del condenado al medio libre antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones), que en nuestro sistema está previsto a través de los institutos de libertad condicional y libertad asistida⁸. Faltando algunos de estos requisitos no habrá régimen progresivo⁹.-

⁸ ALDERETE LOBO, Rubén A, en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley*

El término “progresivo” – escalonado, paulatino, gradual – da la pauta reglamentaria de los principios constitucionales y transnacionales de la resocialización como finalidad de la ejecución de la pena.-

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

La implementación de un régimen de característica progresiva es, en nuestro contexto, un imperativo derivado de la particular recepción que se ha hecho de los principios y estándares internacionales en la materia. La Regla 87 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), prevé que: “Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz”. La formulación actual de estas reglas con consenso internacional la constituyen a nivel regional los Principios y Buenas Prácticas sobre las

24.660 *Ejecución de la Pena Privativa de la libertad*, Nueva serie, t.15. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 205/206.-

⁹ GARCÍA BASALO Juan “*El régimen penitenciario argentino*” Ed. Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975, p.32 citado por D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “*Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*” 2ª. edición actualizada y ampliada, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 1256.-

Personas Privadas de Libertad que en su art. 4° expresan que: “Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia”. A ello debemos sumarle que la Corte Suprema ha dicho que: “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas se han convertido por vía del art. 18 de la C.N. en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”¹⁰(CSJN, 3/5/2005, “Vertbisky”, CSJN – Fallos, 328:1146), por lo que se deduce que la necesidad de aplicación de un sistema progresivo se deriva del contenido del art. 18 de la CN.-

En virtud de ello, siempre deberá optarse por la decisión más favorecedora del avance progresivo. Ya que es la consecuencia lógica de trazar un sistema de ejecución que aspira a la reinserción social entendida como principio reductor de los efectos del encarcelamiento.-

No obstante, la nueva Ley 27.375 elimina el régimen de progresividad de la ejecución penal para la mayor parte de los condenados y lo reduce a su mínima expresión para el resto. Incluso, plantea la imposibilidad para determinados delitos del acceso a salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida. Amplía la lista de delitos ya existente, considerados como “aberrantes”, tal como veremos a continuación al tratar los distintos institutos.-

Régimen de semilibertad.

La semilibertad es un instituto que le brinda al interno la posibilidad de desarrollar una vida laboral por fuera del establecimiento carcelario, como si se tratara de un hombre libre sometido a determinadas condiciones, pero

¹⁰ C.S.J.N., “Vertbisky”, Fallos 328:1146, 3/5/2005

sin que su actividad sea objeto de supervisión continua por parte del personal penitenciario. Constituye un régimen de confianza que tiene como objetivo morigerar los efectos de la prisionización y, por lo tanto, prepara al interno para una futura reinserción exitosa¹¹.-

En este caso, al igual que en las salidas transitorias la nueva normativa legal impone a los penados reunir los requisitos del art. 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del art. 56 bis.-

Asimismo, incorpora a la ley 24.660, el art. 23 bis, que requiere un informe de la sección de asistencia social en el que se constate: datos del empleados, naturaleza del trabajo ofrecido, lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas, horario a cumplir, retribución y forma de pago, debiendo el profesional emitir su opinión fundada, la que será sometida a valoración del Consejo Correccional.-

Adviértase, que si bien el artículo mencionado anteriormente no estaba previsto en la ley 24.660, en la práctica el informe se realizaba.-

La modificación de esta norma ha recibido la justa crítica de los integrantes que participaron en un dictamen elaborado por el Área de cárceles de la Asociación Pensamiento Penal¹² al respecto dicen: “La principal consecuencia en relación con la libertad condicional es que, excepto en los casos de delitos menores a 5 años (en los que la incorporación a las salidas transitorias es contemporánea al periodo de prueba), el acceso a la libertad condicional sería ANTES que las salidas transitorias. Por lo tanto, en todas las penas superiores a 5 años, el acceso a la libertad no será de forma gradual. Obsérvese que para el periodo de prueba se requiere el cumplimiento de 2/3 [en realidad el art. 15 estipula la mitad de la condena]

¹¹PINTO, Ricardo Matías, en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la libertad*, ob.cit. p.274.-

¹² Dictamen elaborado por el Área Cárceles de la Asociación Pensamiento Penal y en el que participaron HUÑIS Magalí – BRICCOLANI Guadalupe – PETRONE Camila – PEREYRA Paulo – BOGADO María – POLO Lourdes – MOLLIS Santiago – ZERBINO Larisa en “Observaciones y Crítica al Proyecto de Reforma de la Ley 24.660” [www.pensamiento](http://www.pensamiento.penalar.gov.ar) penal.com.ar.-

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

No obstante ello, vemos nuevamente que también aquí se reducen derechos, ya que el instituto en cuestión prescribe más requisitos y no es aplicable para aquellos penados comprendidos en el art. 56 bis de la ley 27.375.-

Salidas transitorias.

Las salidas transitorias forman parte del período de prueba, y tienen por finalidad, incrementar los espacios de relación entre los condenados y el medio libre. Se trata de preparar el regreso del penado al mundo exterior

intentando que ello no ocurra de modo repentino, sino gradual, contribuyendo de esa forma a la meta resocializadora perseguida. Por lo tanto, constituyen un instrumento que está dirigido por un lado, a atemperar las innegables consecuencias desocializadoras propias de la ejecución efectiva de una pena privativa de la libertad y, por el otro, a ser el primer paso real en la preparación del condenado para su reintegro al medio social. El art. 28 del decr. 396/99 regula la periodicidad de las salidas transitorias. De ello surge que podrá incrementarse la duración y frecuencia de los egresos en una relación inversamente proporcional al tiempo que le reste al condenado para cumplir la exigencia temporal prevista para la obtención de su libertad anticipada o definitiva. Esto es, que cuanto más lejana se encuentre la fecha de posible libertad, menor tiempo permanecerá el condenado en el medio externo y lo hará más espaciadamente. La ponderación de los horarios y frecuencias de las salidas transitorias, sólo debe realizarse cuando se trata del afianzamiento de los lapsos familiares o sociales, pues en relación a los demás motivos contemplados por la ley, dicha determinación habrá de ser adoptada de acuerdo con la actividad que desarrolle el condenado extramuros.-

Ahora bien, con el nuevo régimen legal establece que además de haber cumplido el interno los tiempos mínimos de ejecución a saber: para penas temporales sin la accesoria del art. 52 del C.P. la mitad de la condena; para penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del C.P. quince años; para penas con la accesoria del art. 52 del C.P. cumplida la pena tres años; además no tener causa abierta u otra condena pendiente y poseer conducta y concepto ejemplar, exige al interno estar comprendido en alguno de los siguiente tiempos mínimos de ejecución: para penas mayores a diez años: un año desde el ingreso al período de prueba, para penas mayores a cinco años: seis meses desde el ingreso al período de prueba y para penas menores a cinco años: desde el ingreso al período de prueba.-

Asimismo, será requisito no tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida.-

Así también, deberá meritarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo poseer como mínimo al tiempo de solicitar el beneficio “buena”, habiendo obtenido esta calificación durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida a ese momento.-

Por otra parte, el penado deberá contar con informe favorable del director del establecimiento y no encontrarse en los supuestos del art. 56 bis.

La norma agrega delitos que requieren informe del equipo interdisciplinario del Juzgado de ejecución, tales son los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del C.P.-

Obsérvese, que en este caso, la nueva ley 27.375, también restringe derechos ya que impone más requisitos y mayor rigidez a la hora de conceder dicho beneficio, contraviniendo una vez más el fin resocializador de la ejecución penal y el principio de progresividad.-

Libertad Condicional.

Con relación a este instituto, el actual artículo 28 reemplaza los delitos previstos en los Arts. 119, 2º y 3er. párrafos, 120 y 125 del Código Penal (CP), por los citados delitos contemplados en los Arts. 128, 3er. párrafo, 129, 2º párrafo, y 131 del CP (facilitación del acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de 14 años; exhibiciones obscenas si los afectados fueren menores de 18 años; contactar a una persona menor de edad, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier tecnología de transmisión de datos, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad

sexual).-

La reforma establece que, en estos casos, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escuchar si desea hacer alguna manifestación; agrega que también en esta oportunidad se requerirá un informe del Equipo Interdisciplinario del Juzgado de Ejecución Penal y se notificará a la víctima o representante legal, quien será escuchada y podrá proponer peritos especialistas a su cargo, quienes estarán facultados a presentar su propio informe.-

A su vez, establece la obligación de que -con el pedido del interno- se confeccione un expediente en el que se deberá consignar, entre otros aspectos, su conducta y concepto desde su incorporación al Régimen de Ejecución Anticipada, las sanciones que posea, un informe de la Sección Asistencia Social sobre la existencia y conveniencia del domicilio propuesto por el interno, y un informe del Consejo Correccional acerca de la conveniencia de su otorgamiento con base en entrevistas previas que sus miembros deberán tener con el interno.- Ese informe se referirá por lo menos a su salud psicofísica, educación, formación profesional, actividad laboral, educativa, cultural y/o recreativa, así como relaciones familiares y sociales del interno en cuestión y todos aquellos aspectos peculiares que presente el caso como una sugerencia sobre las normas de conducta que debería observar en caso de que se le conceda la libertad condicional solicitada.-

Se agrega que el llamado “pronóstico de reinserción social” establecido en el CP podrá ser favorable o desfavorable conforme la evaluación que se realice, aclarando que sin perjuicio de otros casos que aconsejen dictamen desfavorable respecto a ella, ésta deberá ser denegada en el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de un nuevo delito durante el cumplimiento de la condena, así como en caso de no haber

alcanzado la conducta y concepto del interno, como mínimo, la calificación de “Buena” durante al menos las 2/3 partes de la condena cumplida al momento de solicitar la obtención del citado beneficio liberatorio.-

Se ha entendido en forma prácticamente unánime en la doctrina que la libertad condicional no es una simple gracia o beneficio excepcional que se le concede al condenado, por su buen comportamiento en prisión, sino que una vez cumplidos ciertos parámetros legales se convierte en un derecho que no puede ser negado en forma discrecional por el juez, ya que es una etapa imprescindible de un sistema progresivo orientado a evitar reincidencia, conjurando el factor criminógeno que supone pasar bruscamente de una absoluta restricción de derechos a enfrentar todas las exigencias de vivir en libertad. En consecuencia, todo condenado debe pasar en libertad preparatoria la última parte de la pena, cualquiera haya sido el comportamiento carcelario, ya que si no existe pronóstico favorable, su situación no mejorará negándole la libertad anticipada.-

Por otra parte, el hecho de que cese el régimen carcelario, en el sentido que el interno recupera efectivamente su libertad, forma parte del cumplimiento de la pena porque el cumplimiento de ciertas condiciones o reglas de conducta impuestas, también constituyen penas¹³.-

Los comentarios más adversos se centran en los siguientes ítems: a) se modifica el Código Penal al establecer más requisitos que los previstos para el otorgamiento de la libertad condicional en el art. 13. b) la dirección del establecimiento carcelario no sería un órgano especializado a los fines de pronosticar la reinserción. c) la creación de un expediente con “la situación legal de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena, el vencimiento y demás antecedentes procesales; conducta, concepto y calificación del

¹³ DE LA FUENTE Javier – SALDUNA Mariana “*El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad*” en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob.cit. t15, ps. 363).-

comportamiento durante el proceso; sanciones disciplinarias; posición en el régimen de progresividad; informe de asistencia social sobre el domicilio propuesto; propuesta del organismo técnico criminológico sobre la evaluación del tratamiento; dictamen del Consejo Correccional”. No se propone una forma eficaz de relevar toda esta información en 45 días para así evitar demoras y una burocratización del derecho a la libertad condicional, el que podrá ser frustrado ante las habituales dilaciones en la obtención de dicha información, d) establece que el dictamen del Consejo Correccional deberá ser desfavorable: en caso de tener otro proceso penal por nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena; no haber alcanzado la calificación como mínimo buena en el concepto y la conducta, durante los últimos 2/3 de la condena o manifieste conductas que permitan suponer verosímilmente que cometerá nuevos delitos o participará de organizaciones delictivas. Este último punto resulta sumamente discrecional y no tiene ningún sustento científico ni jurídico en el que sostenerse. Acentúa la caracterización de la persona como delincuente – derecho penal de autor – y su estigmatización en contra del principio resocializador. Debería regirse básicamente por la ley de fondo y no que ésta se desvirtúe o contravenga principios de aquélla.-

Libertad asistida.

Con la entrada en vigencia de la nueva normativa, ocurre algo similar, el actual art. 54 reemplaza al igual que el art. 28 de la citada norma los delitos previstos en los Arts. 119, 2º y 3er. párrafos, 120 y 125 del Código Penal (CP), por los citados delitos contemplados en los Arts. 128, 3er. párrafo, 129, 2º párrafo, y 131 del CP (facilitación del acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de 14 años; exhibiciones obscenas si los afectados fueren menores de 18 años; contactar a una persona menor de edad, por medio de comunicaciones

electrónicas, telecomunicaciones o cualquier tecnología de transmisión de datos, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual).-

Asimismo, prevé que el condenado podrá ser incorporado a dicho régimen siempre y cuando posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. Agrega, que el Juez podrá denegar el acceso a dicho beneficio si el egreso del penado puede constituir un grave riesgo para la “víctima”, que no estaba expresamente incluida en la Ley 24.660. Y como corolario final, reduce el egreso anticipado y reintegro al medio libre del condenado a tres meses antes del agotamiento de la pena. De ello, podría colegirse que la aspiración final de la norma es que las penas se cumplan en forma efectiva hasta el último día.-

La libertad asistida está restringida para los casos contenidos en el art. 56 bis y en aquellos supuestos que tengan la accesoria del art. 52 del C.P.. Por otra parte, el egreso anticipado al medio libre se reduce de seis meses a tres meses antes del agotamiento de la pena temporal.-

La libertad asistida consiste en un beneficio que le permite al interno condenado con pena privativa de la libertad sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del C.P. al que se le agrega los delitos contemplados en el art. 56 bis de la nueva ley, a egresar del establecimiento penitenciario tres meses antes – antes se establecía seis meses –. Se trata, a decir verdad, de una incentivación motivadora para el interno durante el cumplimiento de la pena a fin de que trate de alcanzar objetivos propios del tratamiento penitenciario.-

No puede ser concedida de modo general a partir de una verificación de la exigencia temporal, pues de razonar de dicha forma, la intervención del magistrado no tendría sentido, pues el instituto sería factible de ser

regulado de modo directo por la autoridad penitenciaria tal como si se tratara de una agotamiento de la condena¹⁴.-

La existencia del “grave riesgo” debe elaborarse – ante su imprecisión – a partir de la calificación conceptual del interno, denegándose el acceso al instituto a aquellos penados que registren una desfavorable posibilidad de adecuada reinserción social.-

Nuevas categorías de delitos.

Mediante la modificación del artículo 56 bis se amplió la nómina de delitos que impedirán al condenado gozar de los beneficios del período de prueba. En idéntico sentido, se modificó el artículo 14 del Código Penal. Luego de debatir intensamente en la comisión, se incorporaron por los artículos 56 bis de la ley y 14 del CP los siguientes delitos, a cuyos autores no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba: los homicidios agravados previstos en el Art. 80 del CP (en todos sus incisos); los delitos contra la integridad sexual previstos en los Arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 1º y 2º párrafo y 130 del CP; la tortura seguida de muerte; el narcotráfico (arts. 5º, 6º y 7º de la Ley 23.737), la trata de personas, el robo con armas o en despoblado y en banda, el financiamiento del terrorismo, el contrabando agravado (arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero) y el agravante previsto por el artículo 41 quinquies del C.P. para los delitos que sean cometidos con el fin de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.-

Estos delitos, llamados por los medios de comunicación “aberrantes” se asemejan a la “criminología de la vida cotidiana”¹⁵, tal como la entiende

¹⁴ LÓPEZ Axel – MACHADO Ricardo “*Análisis del régimen de ejecución penal*”. Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2004, p. 187; PINTO Ricardo en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob.cit.t.15, p.299).-

Garland, ya que la pena es el modo de disuadir el delito. Dicha teoría sostiene que la única opción para disminuir el delito es la represión del instinto delictivo de ciertas personas, ya sea mediante la prisión o la pena de muerte pero, en definitiva, a través de un método que los aliene de la sociedad civil.-

Sin embargo, esta teoría, resulta inútil, pues los delincuentes no analizan los costos y beneficios del delito. La nueva ley plantea como “monstruos” a los autores de los llamados “delitos aberrantes”¹⁶, quienes en los casos en que fueran condenados a la pena de prisión perpetua, jamás podrán salir en libertad.-

Adviértase, que ya el art. 14 del C.P. había sido modificado por la llamada “Ley Blumberg” (25.892), elevando el plazo para solicitar la libertad condicional, de 20 a 35 años, en los casos penados con prisión perpetua. Sembrando a su vez, el germen de esta reciente reforma, pues eliminó de plano la posibilidad de acceder a dicho beneficio para los delitos de los artículos 80 inc. 7º, 124, 142 bis (anteúltimo párrafo), 165 y 170 (anteúltimo párrafo), tildados en ese entonces –como ahora- de “aberrantes”.-

Si hay un precepto que conspira contra todo lo que se ha postulado en el art. 1º de la presente ley y de la 24.660 con la reforma de la 25.948 es justamente este art. 56 bis que impide otorgar los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los delitos mencionados ut supra.-

Ya el anterior texto era criticado, más allá de las argumentaciones de política criminal que se hayan tenido en cuenta, por las razones que se han invocado al principio del comentario de este artículo y por contradecir

¹⁵ GARLAND, David, La cultura del control, Gedisa, 2005, p. 299

¹⁶ La Nación, “No saldrán antes de prisión los condenados por delitos aberrantes”, 21/10/2004, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/646894-no-saldrán-antes-de-prisión-los-condenados-por-delitos-aberrantes> (visitado por última vez 1/12/2017)

principios constitucionales referidos al régimen progresivo para todos los condenados. Otros han postulado directamente la inconstitucionalidad de dicho artículo basándose en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la C.N. – CADH y el PIDCP.-

También ha cosechado sendas críticas de De la Fuente - Salduna con argumentos parecidos a los expuestos, aunando que se debería establecer un límite a la perpetuidad de la pena considerando que los plazos previstos por el art. 13 del C.P. para la obtención de la libertad condicional son sumamente extensos al extremo de excluir directamente la libertad condicional en dichos supuestos¹⁷.-

“En concreto, quienes se encuentren condenados/as por más de once delitos del Código Penal, del Código Aduanero y la Ley de Estupefacientes no podrán insertarse nuevamente en la sociedad de forma gradual en aras de cumplir el fin de resocialización”¹⁸.-

La inconstitucionalidad del art. 56 bis de la anterior ley fue declarada, por ej. por la C. Casación Penal – Sala IV – “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación”, causa N° 675/2013, 20/12/2013; C. Penal Federal – Sala II –, “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal”, Reg. n° 438/2016, 10/06/2016 (mayoría); C. Casación Penal Federal, sala IV - 30/12/2014 - M. M., M. S. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad; C. Casación Penal Federal, sala IV – Lemes Mauro Ismael s/ rec. de casación – 6/03/15 www.pjn.gov.ar. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Nápoli” – CSJN, “Napoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”, 22/12/98 –, sostuvo que el legislador no puede limitar institutos vinculados a la libertad en base a la

¹⁷ DE LA FUENTE Javier – SALDUNA Mariana en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob.cit.t.15. ps. 388/389).-

¹⁸ HUÑIS Magalí - BRICCOLANI Guadalupe – PETRONE Camila – PEREYRA Paulo – BOGADO María – POLO Lourdes – MOLLIS Santiago – ZERBINO Larisa (ob.cit. www.pensamiento penal.com.ar).-

naturaleza del delito. Ello tiene sustento en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley n° 24.660 en cuanto establecen que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los/las condenados/as sin distinción¹⁹. – En definitiva, se advierte una política criminal de suma rigurosidad que se traduce en la cantidad de ilícitos – graves por cierto – que pueden impedir en forma indefinida la obtención del período de prueba del condenado, cuestión que no es novedosa, pues con anterioridad a esta reforma en varias oportunidades el mismo art. 56 bis de la ley 24.660 había sido declarado inconstitucional.-

Rol de la víctima.

La nueva legislación a través de la incorporación del art. 11 bis prevé el derecho de la víctima a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente ante el juez cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida y régimen preparatorio para su liberación. Inclusive podrán presentar peritos de control en dichas instancias, por lo que se le está dando una participación a la víctima, siendo éste un reclamo que se viene escuchando desde hace mucho tiempo: la necesidad de incorporar a la víctima a todo el proceso penal y obviamente, también al de ejecución de la pena.-

Así, la nueva ley, otorga un rol preponderante a la víctima en la toma de decisiones respecto de la libertad del condenado. Esto representa un cambio de eje en la discusión sobre la “resocialización”, puesto que el egreso del interno ya no depende exclusivamente de su buena o mala conducta, ni del

¹⁹ Idem. (ob.cit.www.pensamientopenal.com.ar).-

trabajo o de los estudios cursados dentro del penal sino, también de la opinión subjetiva de la víctima. No obstante, dicha opinión no resulta vinculante, será un elemento que el Juzgado de Ejecución deberá tener en cuenta a partir de este nuevo paradigma normativo.-

Lo curioso del asunto es que el accionar del interno dentro del establecimiento penitenciario, pasa a verse condicionado por el recuerdo de la víctima respecto del delito cometido. Es decir, una circunstancia por la que el interno está cumpliendo una condena, puede aún así, influir en la etapa de ejecución de la pena. Supongamos, que ante un caso dudoso, el Juez opta por denegar las salidas transitorias y fundamenta tal decisión, entre otros elementos en la declaración de la víctima y el relato sobre el sufrimiento que padeció. Surge así, una observación respecto de la garantía del *ne bis in idem*, pues el interno se enfrentaría a un doble juzgamiento: primero en la etapa de juicio, por el hecho en particular del que se lo acusa y, segundo, en la etapa de ejecución, al ser ese mismo hecho delictivo inicial relevante para otorgar o denegar ciertos beneficios.-

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

Prisión discontinua y semidetención.

La prisión discontinua y la semidetención se refieren a modalidades de cumplimiento de la pena privativa de la libertad que, en un caso, implican la presencia del condenado en el establecimiento carcelario por lapsos

alternados y, en el otro, requiere su permanencia continua en la institución con el goce de egresos diarios por un término de horario determinado²⁰.-

Teniendo en cuenta que ambos institutos conllevan un grado máximo de confianza y autodisciplina pero que, al mismo tiempo, no son generados en función del régimen progresivo, no resulta clara la participación en estos casos del tratamiento de reinserción social. El condenado habrá solamente de cumplir durante el tiempo en que permanezca intramuros con las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo, entendiéndose a este último como el destinado a cubrir las necesidades del aseo y orden del lugar de alojamiento.-

Si bien, esta modalidad, resulta ajena y contraria al sentido integral de la ejecución de la pena privativa de la libertad por no cumplir con el fin resocializador de la pena por falta de tratamiento penitenciario, lo cierto es que constituyen alternativas que brindan mejor solución para aquellas situaciones en las cuales por el escaso monto de la pena impuesta o por las circunstancias especiales que rodean el caso el encierro resulta contraproducente.-

Siendo la principal ventaja de estas medidas alternativas que el penado puede mantener sus relaciones familiares y sociales durante los momentos de libertad; de esta forma permite no separarse de su medio social.-

Asimismo, ambas modalidades son a pedido del interesado o debe contarse con su consentimiento para ser aplicadas, es decir, no pueden ser dispuestas de oficio.-

Sin embargo, adviértase que la modificación introducida por la ley 27.375 al art. 35 de la ley 24.660 ha suprimido el inc. e) que permitía dicha modalidad para penas privativas de la libertad, no mayores de seis meses de cumplimiento efectivo.-

²⁰ PINTO, Ricardo Matías, en ZAFFARONI Eugenio (dirección) – DE LANGHE Marcela (coordinación), *ob.cit.* p. 291.-

Se elimina el inc. e) y se deja fuera del sistema de prisión discontinua o semidetención a los casos comprendidos en el art. 56 bis., adelantamos la dudosa constitucionalidad de éste. Respecto a esta última cuestión se ha sostenido acertadamente que: “Tal supresión reduce la posibilidad de aplicación de estos mecanismos – ya de por sí poco usados – que constituyen una alternativa válida que menguan o disminuyen el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, como un medio de tutelar el denominado principio de no marginación, máxime para aquellas situaciones en las cuales por el escaso monto de la pena impuesta la prisión clásica resulta innecesaria y contraproducente. Asimismo se reduce también notablemente la chance de emplear el instituto del trabajo para la comunidad (art. 50 de la ley 24.660) ya que sólo se torna aplicable por la causal prevista en el inciso “b” del artículo 35.”²¹.-

Echando nuevamente por tierra la posibilidad de que el penado mantenga sus relaciones familiares y sociales y así evitar las consecuencias contraproducentes del encierro.-

Conclusión.

Esta nueva ley, sin lugar a dudas fue promovida para satisfacer reclamos de las víctimas de delitos. Se presenta como una herramienta en respuesta a la inseguridad. No obstante, exhibe en todo su articulado evidentes problemas de constitucionalidad y es tributaria de una política de mano dura para tratar mágicamente de responder a los acuciantes reclamos sociales que se formular constantemente, con relación a la falta de eficacia para solucionar problemas de criminalidad.-

Procura limitar la discrecionalidad de los jueces en la etapa de ejecución penal – dados los errores cometidos por algunos jueces que han desoído los

²¹ JIMÉNEZ María – MANSILLA Matías “*La mentada progresividad del régimen penitenciario ¿En qué consiste la ejecución de la pena privativa de libertad?*” publicado el 25/10/2017 en la Revista Jurídica *El Dial.com*, DC2420, Biblioteca Jurídica On line, Editorial Albrematica S.A., Buenos Aires, 2017.-

informes correccionales de los gabinetes técnicos de los servicios penitenciarios, concediendo beneficios y/o permisos inmotivadamente –, dejando de lado ciertas funciones jurisdiccionales, que pasan a manos de la autoridad administrativa penitenciaria sin contralor alguno; por lo que cabe inferir que la presente reforma se enrola en los postulados de aquellos sistemas penitenciarios de corte autoritario, que acentúan los aspectos subjetivos de la ejecución en favor de los fines defensistas de la sociedad al compás del clamor popular punitivista.-

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

Pareciera que la reforma penitenciaria actual se orienta a la aplicación de programas de resocialización máxima – cuyo objetivo es obligar al condenado a identificarse con los valores socialmente hegemónicos – que contienen medidas notoriamente contrarias a las garantías y derechos consagrados en la normativa internacional. Muchos de los aspectos introducidos por esta reforma implican un franco retroceso en materia de ejecución penitenciaria y de defensa de los DDHH de los condenados, el ablandamiento del principio de legalidad, y/o el debilitamiento del control judicial de la ejecución.-

Algunas de las modificaciones introducidas por la ley 27.375, en particular las prescriptas en los arts. 7, 8 segundo párrafo, 13 bis, 56 bis podrían resultar contrarias a lo estatuido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre DD.HH. incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la C.N., no es posible retorcer la teleología *pro homine* que inspira el progresivo reconocimiento de los Derechos Humanos. No resulta adecuada la sanción de legislación regresiva, cuando el texto anterior marcó un nivel más avanzado en la realización de los fines constitucionales y convencionales de resocialización de los condenados; la adición de

derechos tiene carácter irreversible cuando es legal, y la misma no podría ser dejada de lado por una reforma posterior.-

La actual reforma a la Ley 24.660 afecta parcialmente el régimen de progresividad de la pena y atenuación del encierro, perjudicando a la mayoría de los futuros condenados a pena privativa de la libertad de la República Argentina, ya que limitará los beneficios de salidas transitorias, semi-detención, libertad condicional o de libertad asistida por delitos de homicidio, de índole sexual o robo con armas, entre otros, desentendiéndose del fin resocializador de la pena, aplazando el problema de fondo – inseguridad –, ya que simplemente se prolonga la estadía de los condenados en las penitenciarías, sin pensar en los resultados adversos que dicha medida puede generar – hacinamiento en las cárceles, motines e inseguridad –, e implica una reforma velada o encubierta al Código Penal en tanto se agravan las penas de múltiples figuras delictivas. Dicha solución, además de producir un reintegro abrupto del interno al medio libre, indirectamente estimula conductas indeseadas.-

Todas las modificaciones al régimen de ejecución penal introducidas a través de la ley 27.375 tienen como factor común la restricción al acceso de toda clase de libertad previa al cumplimiento total de la condena, e impulsa la participación y control de la víctima como un modo más de condicionar el acceso a cualquiera de los beneficios pautados dentro de la lógica de progresividad que debe imperar en la etapa de ejecución.-

Así, entonces, podría decirse que la aspiración final es que las penas se cumplan en forma efectiva hasta el último día.-

Esta reforma, suma así, un nuevo endurecimiento de la legislación penal y presenta serias inconsistencias con las bases mismas del Estado Republicano de Derecho, que parte de reconocer el respeto a la dignidad del ser humano.-

Adviértase, que la nueva redacción del art. 14 del C.P., propone un sucedáneo de la pena de muerte, ya que quienes cometan alguno de los delitos allí mencionados, no podrán obtener jamás su libertad, ya que la pena es perpetua y solo podría extinguirse previa concesión de la libertad condicional que, ahora, resultará inadmisibile. Conculcando así, todos los estándares constitucionales y jurisprudencia de la C.S.J.N.-

***Abogada. Universidad F.A.S.T.A.**

Funcionaria del Poder Judicial Provincia de Neuquén. Responsable de la Oficina de Ejecución Penal IV Circ. Judicial. Junín de los Andes