

2017

Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina¹

Rubén A. Alderete Lobo

RESUMEN

Este artículo comenta la reforma de la Ley de Ejecución Penal llevada a cabo en julio de 2017 mediante la sanción de la ley N° 27.375. En este sentido, el trabajo desarrolla un estudio constitucional sobre el modo en que impacta esta normativa en el régimen de ejecución de las penas.

VOCES

Ejecución de la pena. Reforma legal. Progresividad de la pena. Salidas transitorias. Libertad condicional. Libertad asistida. Principio de legalidad. Principio de progresividad.

¹ Este artículo fue publicado originalmente en el libro “El debido proceso penal”, tomo N° 5, dirigido por Ángela Ledesma y coordinado por Mauro Lopardo, publicado en el año 2017 en Buenos Aires por la editorial Hammurabi.

Reforma de la ley 24.660

El fin del derecho de ejecución penal en Argentina

ÍNDICE

I. Introducción II. El principio de legalidad. Aplicación temporal de la reforma III. El problema de la determinación del ámbito de aplicación espacial IV. La eliminación del régimen progresivo V. La violación al principio de igualdad en relación con el derecho a la reinserción social V.1. La recepción de esta línea argumental en la jurisprudencia VI. Contradicciones en la propia regulación. Intentos fallidos de legitimar las modificaciones introducidas dándoles una pretendida lógica interna VII. La falacia del llamado “régimen preparatorio para la liberación” como herramienta para garantizar la progresividad del régimen penitenciario VIII. Otro falso argumento legitimante: la supuesta autorización de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) para diseñar regímenes progresivos sin liberación anticipada IX. Endurecimiento para el acceso a los institutos de liberación anticipada IX.1. Período de Prueba IX.2. Salidas transitorias IX.3. Libertad condicional IX.4. Libertad Asistida X. La contradictoria regulación del régimen para graves delitos contra la integridad sexual XI. Participación de la víctima XII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de julio de 2017 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.375. Esta norma introdujo la reforma más importante que ha sufrido la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660) desde su sanción en 1996. La decisión legislativa tiene características apocalípticas para el derecho de ejecución de penas. Pocas veces en la historia del derecho penitenciario argentino se ha contado con una propuesta así de deficiente, de tan baja calidad técnica y autocontradictoria como la efectuada. La tradición normativa y científica en materia penitenciaria de nuestro país es riquísima y, más allá de los vaivenes ideológicos, el debate fue siempre técnicamente destacable, sobre todo el proveniente del penitenciarismo ilustrado del siglo pasado². Esta reforma contrasta en todo sentido con ella, transformándose, sin exagerar, en la mancha más oscura de la legislación penitenciaria argentina en toda su historia.

² La creación en 1907 del Instituto de Criminología tuvo una importancia decisiva para la evolución científica del saber penitenciario argentino. En su gestación y organización están unidos los nombres de Joaquín V. González, Antonio Ballvé, quien era entonces Director de la Penitenciaría Nacional y José Ingenieros, su primer Director. Fue el primer instituto oficial de esta naturaleza en el mundo. Juristas de la talla de Eusebio Gómez estuvieron involucrados en la redacción del reglamento de la Penitenciaría Nacional que dedicaba al Instituto de Criminología una relevancia absoluta. En 1933, al sancionarse la ley

El diputado Luis Alfonso Petri, autor del proyecto original y principal impulsor de la reforma, expresó en la primera reunión de tratamiento en recinto de su proyecto que la medida se justificaba "porque hay un reclamo constante y reiterado de la ciudadanía en el sentido de cerrar la puerta giratoria" y porque "vemos que muchísimos delincuentes que cumplen sus condenas y a la mitad de ellas obtienen los beneficios de las salidas transitorias o de la utilización del régimen de semilibertad, terminan cometiendo delitos cuando deberían estar cumpliendo sus penas"³.

Las afirmaciones presentan una carencia de apoyatura en datos de la realidad de tal magnitud, que las críticas que merecen exceden nuestra opinión personal al respecto. Este tipo de reformas han sido intentadas a lo largo de los últimos años; en general, ofreciéndose como respuestas espasmódicas tras la ocurrencia de algún hecho particularmente grave o cruento. Y, una y otra vez, han mostrado ser ineficientes a la hora de brindar una respuesta adecuada a las legítimas demandas sociales de seguridad. Así, entonces, esta nueva medida se inserta en la larga lista de intentos frustrados de brindar una respuesta de calidad y eficacia frente al delito.

En el año 2004, a través de la ley 25.948⁴, y en el marco de un contexto social similar al actual, se excluyó de todos los institutos pre-liberatorios a una pluralidad de figuras delictivas graves con resultado muerte. A doce años de la utilización de esa medida, como respuesta al reclamo de seguridad, los propios fundamentos del proyecto denuncian un incremento del delito, por lo

nacional N° 11.833, de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, se crea el Instituto de Clasificación que amplió su horizonte y ámbito de acción a la población de todos los establecimientos que integraban el sistema penitenciario federal. Argentina tuvo, también luego, un papel relevante en la redacción de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1955. Designó como delegados oficiales para asistir al Primer Congreso de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes a quien entonces era Director Nacional de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación, Roberto Pettinato y al Inspector General de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación Juan Carlos García Basalo. En el decreto de designación se destacaba que: "...esa reunión será una continuación de los congresos organizados anteriormente por la ex Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, organismo cuyas funciones fueron transferidas a la organización de las Naciones Unidas y del cual formó parte la República Argentina hasta el momento de su disolución (...) Que en el último congreso organizado por esa comisión que tuvo lugar en La Haya en agosto de 1950 y en la sesión final de la misma que se llevó a cabo en Berna en 1951, la delegación argentina intervino activamente en el estudio de los temas que serán reexaminados en esta oportunidad..." (Merlo 2005, 203). A su vez, en los dos años anteriores (1953 y 1954) se habían celebrado en Argentina dos congresos penitenciarios importantes cuya idea y organización correspondió a Roberto Pettinato. En el último de ellos, llevado a cabo en Resistencia-Chaco, se aprobaron reglas para el tratamiento de los internos que tuvieron trascendencia mundial al ser presentadas al año siguiente en el Congreso de Ginebra y que influyeron decididamente en la conformación de las reglas mínimas (Zaffaroni 1983, 147). Argentina tuvo un lugar destacado en el congreso y presentó, además, el trabajo de Roberto Pettinato "El sistema de semilibertad en las colonias penales argentinas" (Marcó Del Pont 1984, 104).

³ Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión No. 21 - 20a. Sesión, Sesión Ordinaria (Especial) celebrada el 23/11/2016. Libertad condicional y ejecución penal, 3805-D-2016 - 4829-D-2016 - 7420-D-2016.

⁴ Sancionada: 20/10/2004, Promulgada de Hecho: 11/11/2004.

menos desde el año 2008, lo que evidencia, desde la lógica misma de la propuesta, su ineptitud para neutralizar la comisión de delitos y garantizar la seguridad de los ciudadanos.

Esta crítica no es ideológica sino que tiene como base el razonamiento invocado por los mismos autores del proyecto. Si no hay seguridad es porque no hay respuestas acordes, y si se reiteran las pretendidas "soluciones" que ya mostraron ser absolutamente ineficaces, la medida legislativa aparece condenada a frustrar, una vez más, las expectativas de seguridad reclamadas.

Pero más allá de ello, afirmaba Petri que "muchísimos delincuentes" a la mitad de su condena obtienen salidas transitorias y cometen nuevos delitos. Invitamos a confrontar los datos publicados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena en el sitio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, para poner a prueba esta afirmación. Los datos oficiales allí cargados (actualizados hasta 2015), muestran que, de un total de 34.992 condenados, 26.754 *no tenían, ni habían tenido nunca, salidas transitorias* (el 89,9%). En oposición, 2.632 sí había accedido a ellas (el 8,8%). De ese exiguo porcentaje sólo 270 salidas fueron suspendidas (0,9%) y 103 revocadas (0,4%) (SNEEP 2015, 29). Las estadísticas, además, no aclaran el motivo de la suspensión o revocación, de modo que al irrisorio número hay que agregar que no todas esas suspensiones y/o revocaciones responden, necesariamente, a nuevos delitos. Como sea, los números aportados por el Poder Ejecutivo evidencian que los condenados en la situación descrita por Petri distan de ser "muchísimos", sino todo lo contrario.

Con la semilibertad, los números son coincidentes. Del mismo total de 34.992 personas privadas de libertad, 32.283 no estaban incorporadas, ni habían accedido nunca al beneficio (el 94,6 %). De los 1.756 incorporados (5,1 %) sólo 80 fueron suspendidas (0,2%) y 23 revocadas (0,1 %) (SNEEP 2015, 30).

La justificación de la medida, entonces, no sólo parte de una afirmación errada, sino que no encuentra apoyo en los datos oficiales. Por el contrario, éstos demuestran que el número de egresos transitorios y de su revocación es cuantitativamente ínfimo frente al fenómeno delictivo y no resulta ni someramente relevante para incidir en sus índices.

Podrá anticipar el lector, a partir de estas palabras iniciales, nuestras profundas diferencias con el sentido ideológico, político-criminal y de oportunidad de la reforma. No las negamos, ni sería justo ocultarlas frente al posible sesgo en la crítica acerba que dirigiremos aquí a la medida legislativa analizada. Sin embargo, nuestro estudio intentará ser prioritariamente jurídico-dogmático y orientado a analizar la validez y posibilidad de aplicación práctica de la medida legislativa.

Cabe aclarar, sin embargo, que la pluralidad y magnitud de las modificaciones realizadas, impiden un análisis completo en un solo trabajo. Deliberadamente hemos escogido los problemas de mayor complejidad y relevancia o con impacto práctico en el corto plazo.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. APLICACIÓN TEMPORAL FRENTE A LA REFORMA

Nuestra Corte ha sentado con un estándar contundente en el ya conocido fallo "Romero Cacharane"⁵ que:

...uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía... (considerando 16).

No hay, a esta altura, prácticamente, discusión sobre el punto.

Sin embargo, también es cierto que no toda la normativa penitenciaria tiene que estar regulada por leyes, también puede estarlo por reglamentos o normas de rango jurídico inferior con la única salvedad de que no afecte a los derechos fundamentales de los privados de libertad. Es decir, toda norma cuyo contenido permita modular la intensidad o gravedad de la privación de libertad debe ser una norma de rango legal por estricto cumplimiento del principio de legalidad (Mapelli Caffarena & Alderete Lobo 2015, 31).

En este aspecto, hay que reconocer que la reforma posee una única "virtud": Ha solucionado el grave defecto que poseía la ley 24.660 en cuanto a que efectuaba una, excesiva e ilegítima, remisión tácita a los reglamentos para regular sobre el sistema de avances y retrocesos por las distintas etapas del régimen progresivo. Ello se manifestaba, con particular intensidad, en la determinación de las fases del período de tratamiento y las condiciones para acceder a ellas y al período de prueba. No sin el altísimo costo del endurecimiento de exigencias, el legislador decidió finalmente incorporar, en una ley formal, tal mecanismo en los artículos 14 a 15.

Tomando en consideración que prácticamente no hay aspecto de la reforma que presente una regulación *más favorable* para los privados de libertad, se plantea como inevitable la determinación de las personas que serán alcanzadas por ella. Se sabe que la consecuencia inherente del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley. Con carácter general este límite de vigencia de la ley penal se describe como la imposibilidad de aplicar una norma legal a un supuesto acontecido con anterioridad a su entrada en vigor. La irretroactividad afecta al Derecho penal salvo cuando la nueva disposición resulta más favorable para el reo. Con respecto a las normas penitenciarias debido a que dentro de un mismo cuerpo legal encontramos normas de carácter sustantivo y otras que no lo son, es indispensable determinar en qué medida se ven afectadas, cada una de ellas, específicamente, por el principio de irretroactividad.

En este sentido son irretroactivas, con idéntico rigor que las normas penales, aquellas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de libertad –elemento sustantivo de la pena de prisión– (tales como las salidas transitorias, libertad condicional, libertad asistida, condiciones regimentales de las distintas fases, etc.) y solo serán retroactivas en la medida que

⁵ CSJN, Fallos 327:388.

favorezcan al interno. En cambio, las normas de contenido técnico, que se refieren a los aspectos organizativos de la administración penitenciaria, entran en vigencia derechamente quedando sólo sometidas al principio de eficacia en coordinación con los principios constitucionales (Mapelli Caffarena & Alderete Lobo 2015, 37-38).

Una cuestión que puede presentar alguna discusión, y sobre la que es necesario tomar posición, es el punto divisorio para la aplicación de una u otra legislación. Como primera medida, cabe señalar que aquellas disposiciones que se refieren al régimen que afecta directamente el aspecto cualitativo de la pena, deberán ser consideradas en su totalidad; es decir a partir de la entrada en vigencia de la ley coexistirán dos sistemas normativos, sin que exista la posibilidad de tomar y aplicar parcialmente uno u otro.

Más allá de los reparos constitucionales que efectuaremos en este trabajo, no puede desconocerse que la ultraactividad de la ley 24.660, en su redacción original, alcanzará a una cantidad importantísima de personas que se encuentran hoy privadas de libertad por penas de diversa cuantía. En este sentido nos hallamos, probablemente, frente al caso de ultraactividad normativa con mayor proyección temporal y cuantitativa de la historia de nuestro derecho penal. Arriesgamos que, como mínimo, por los próximos veinte años habrá una importante cantidad de personas a las que se les continuará aplicando el régimen derogado. En este sentido, es muy recomendable para el operador vinculado con el derecho de ejecución penal, conservar una copia de la ley no alterada⁶.

En cuanto al momento a partir del cual la norma penitenciaria resulta aplicable hay coincidencia doctrinaria en que debe considerarse la ley vigente "al momento del hecho". Es la solución que encuentra Marcos Salt quien explica que el principio de legalidad previsto constitucionalmente no sólo exige una definición respecto de la duración de la pena, sino también una regulación legal de las condiciones de cumplimiento de las penas en general. En este sentido, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que tanto la definición de la conducta delictiva como la pena deben estar determinadas por la ley (texto normativo emanado del Poder Legislativo) *antes de que suceda el hecho que es objeto de una sentencia condenatoria* (Salt 2005, 199-198). A la misma conclusión arriban Zaffaroni, Alagia y Slokar cuando sostienen que:

El *nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva, porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo de menor

⁶ Repárese, por ejemplo, en que el portal de información legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (infoLEG), el mismo día de publicación en el Boletín Oficial de la reforma, ya había cargado el nuevo articulado con su redacción actual. Se espera que los compendios legislativos en soporte papel hagan lo mismo. En el corto plazo, la redacción original de la ley 24.660, que será aplicable por muchos años a gran cantidad de personas, será de difícil acceso.

entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento (2002, 124).

En la misma línea, cabe un argumento adicional. Es cierto que la irretroactividad es una garantía asociada, en primer lugar, al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también se le atribuye una función motivadora de las normas. Los legisladores presentaron esta reforma como "herramienta para garantizar la seguridad de los ciudadanos". Si esto es cierto, sólo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos socialmente no deseados. De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito. Más allá de coincidir o no con ello, la misma lógica de razonamiento que inspira la reforma sugiere contradictorio tomar un punto de partida de aplicación que no sea el hecho delictivo. Si eso es lo que busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito, puede cambiarse la forma en que se va a aplicar la pena.

Es más, para zanjar aún más cualquier discusión, se debe advertir que el mayor endurecimiento que propone la reforma, a partir de la exclusión de beneficios penitenciarios, no opera aquí como consecuencia indiferenciada del hecho sino que, precisamente, en muchos casos, modula la ejecución de la pena en función del delito cometido. Estas previsiones forman parte de la amenaza penal y, en consecuencia, se impone que su aplicación tome en cuenta el momento de la comisión del delito.

III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY Nº 24.660

La reforma introdujo modificaciones desconcertantes en los artículos 228 y 229, dos disposiciones que ya eran controvertidas y que generaron un intenso debate doctrinario y jurisprudencial no zanjado hasta hoy. Lejos de aportar claridad a la cuestión, las variaciones efectuadas son, quizás, la primera muestra del absoluto desconocimiento e improvisación del legislador en la materia.

La discusión sobre la unidad del régimen penitenciario es centenaria en nuestro país. La intención de establecer un régimen de ejecución de penas único con aplicación en todo el territorio nacional se remonta a la presentación del proyecto de Código Penal por parte de Rodolfo Moreno (h) y fue apoyada enérgicamente por penalistas de la talla de Julio Herrera quien pretendía garantizar la unidad mediante la inclusión de reglas fundamentales en el Código Penal. Para Moreno, no sólo el régimen carcelario debía establecerse en una ley especial, sino que el sistema debía ser uno para toda la nación y así evitar que el mismo delito sea castigado de manera diferente (1922, 84 y 329).

La lógica unificadora fue constante en nuestro medio pero su implementación, dificultosa. Al no lograr el tratamiento conjunto de una ley penitenciaria con la sanción del Código Penal de 1921, Moreno presentó en 1922 (inmediatamente después de sancionado el Código Penal) el "Proyecto sobre Sistema Carcelario para la aplicación uniforme del régimen de la penalidad en

toda la República" que tampoco logró ser ley. La falta de consenso para dar cumplimiento a ello generó el dictado de legislaciones penitenciarias diversas a lo largo y ancho del país. La primera ley penitenciaria (11.833)⁷, tuvo la declarada intención de no tener alcance nacional. El propio Juan José O'Connor, autor de la ley, afirmaba: "su aplicación se limita a los establecimientos penales de la Nación, y por lo tanto, no se la incorpora como complementaria del Código Penal" (1935, 8-9).

Fue la sanción de la "vieja" Ley Penitenciaria Nacional (Decreto-Ley 412/58)⁸, el primer intento materializado de unificación legislativa. Su artículo 131, por un lado, declamaba que "Esta ley se tendrá como complementaria del Código Penal". Por el otro, el art. 132 estableció un plazo de 180 días a la nación y a las provincias para "revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en este decreto-ley". La ley 24.660 mantuvo prácticamente idéntica la redacción de ambas normas (arts. 228 y 229).

La confusa, y aparentemente contradictoria regulación, generó un debate, como dijimos, hasta hoy no resuelto. Salvo alguna minoría que entendía al derecho penitenciario como una rama del derecho administrativo (Luder 1959, 790; Luder 1976, 11), mayormente la doctrina se inclinó por la regulación unitaria de la ejecución penal en todo el país. Como señalaba Nuñez, las razones son constitucionales. La unidad del régimen de ejecución penitenciaria deriva de la facultad que tiene el congreso para dictar el Código Penal. Esta facultad involucra la de regular todo lo atinente a la modalidad del régimen de ejecución de las penas que impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando la vigencia de la garantía *nulla poena sine lege* (Nuñez 1960, 379-380).

Modernamente, el razonamiento fue seguido por Salt (2005) quien retoma la línea marcada por Nuñez sobre la correcta interpretación del alcance y consecuencias de la vigencia del principio de legalidad (que llama legalidad ejecutiva). Es así que en la medida en que la ley 24.660 posee normas penales materiales, integra el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación (Salt 2005, 166; Cesano 2003, 56-61).

La violación al principio de igualdad, que generaría la aplicación de diversos modos de ejecución, también fue advertida tempranamente por la doctrina. Soler ya marcaba que: "No es razonable que el contenido de las penas privativas de libertad pudiera experimentar variaciones fundamentales que la desnaturalizaran según fuera la provincia en la que se cumplieran (Soler 1963, 383). Zaffaroni, siguió esta línea de pensamiento, en su primer estudio de la cuestión, donde expresaba que: "Dos penas que se ejecutan de modo diferente son diferentes, y el artículo 16 de la Constitución Nacional exige que el delincuente goce (o no) del sistema progresivo (o de otro), tanto en Buenos Aires como en Jujuy" (1983, p. 208).

⁷ Ley de organización carcelaria y régimen de la pena, sancionada el 30/9/33, Boletín Oficial, 13/10/33.

⁸ Sancionada el 14/1/58, B.O. 24/1/58.

La naturaleza indiscutiblemente penal de las disposiciones que autorizan la modificación del aspecto cualitativo de la pena contenidas en la ley de ejecución de penas; el reparto constitucional de facultades legislativas delegadas por las provincias para legislar en materia de fondo, con más la necesidad de garantizar la vigencia del principio de legalidad material y la igualdad en la aplicación de penas, son, para nosotros argumentos decisivos para sostener la unificación en materia penitenciaria a través de *una sola ley formal emanada del congreso federal y aplicable en todo el país*. La sanción de una ley provincial (cualquiera sea su contenido) presenta, a nuestro modo de ver, una inconstitucionalidad manifiesta.

Sin embargo, la regulación de la ley 24.660 renovó el debate. Algunas provincias acudieron a "cumplir" con el mandato del art. 228 y sancionaron sus propias leyes penitenciarias. La pluralidad normativa hizo surgir la aparición doctrinaria y jurisprudencial de un criterio más laxo en cuanto a su validez constitucional. Así Zaffaroni, Alagia y Slokar reafirmaron la necesidad de garantizar el principio de igualdad en la ejecución de las penas en todo el país, pero señalaron la imposibilidad de invocar esa manda "de mala fe", de manera que se autorice una igualdad "para peor". De allí, concluyeron que el art. 228, "no deroga ni prohíbe la legislación penitenciaria provincial sino que dispone su revisión, lo que constitucionalmente es admisible si con ello se pretende eliminar de las leyes provinciales las normas que no garanticen en igual o mayor medida los derechos de los presos" (Zaffaroni et al, 2002, p. 176). La ley 24.660 es, según este criterio, un marco garantizador mínimo de derechos al que las provincias deben ajustarse, pero que pueden superar y perfeccionar, legislando en forma menos limitadora y con más garantías que la ley nacional; es decir, siempre que sea en beneficio de una mayor amplitud de los derechos de las personas privadas de libertad⁹. El criterio pretendía, declaradamente, favorecer una dinámica legislativa en la que el avance de las legislaciones provinciales pueda poner en evidencia las carencias del Estado federal¹⁰.

Esto no fue, precisamente, lo que ocurrió, ni la interpretación que efectuaron algunas legislaturas provinciales. Los ejemplos más relevantes son los de la ley 12.256 de la Provincia de Buenos Aires¹¹ y del "Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza"¹². La ley bonaerense, que declama en su art. 2 una suerte de declaración de independencia en materia penitenciaria¹³, fue la primera en endurecer el régimen de ejecución

⁹ La posición es seguida también por Herbel (2005, 567-594).

¹⁰ Cfr. Dictamen elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el que se analiza el proyecto de ley de Ejecución de la Provincia de Córdoba elaborado por la diputada provincial Martha Arana, firmado por Eugenio Zaffaroni y Alejandro Slokar. Bs. As, 22/7/1998.

¹¹ Ley 12.256, sancionada el 22/12/98, promulgada con observaciones el 19/1/99 (Boletín Oficial, 25-29 de enero de 1999).

¹² Ley 8.465, sancionada el 12 de Septiembre de 2012, B.O, 17 de Octubre de 2012

¹³ Art. 2: A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo ellos se encuentren.

por sobre el fijado en la ley 24.660. Mediante la sanción de la ley provincial 12.543¹⁴, se limitó el acceso al régimen de salidas transitorias a los condenados por ciertos delitos específicos¹⁵. En el fallo "Vertbisky"¹⁶, bajo la pluma de Eugenio Zaffaroni, el voto de la mayoría se expresó concretamente sobre ello, declarando que la ley 24.660 era:

...una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones (considerando 59).

A partir de ello, la CSJN exhortó "a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación" (considerando 60); es decir a que se eliminen las limitaciones al régimen de salidas transitorias introducidas en la ley provincial.

No sólo ello no ocurrió, sino que meses antes del fallo de la CSJN, la ley 24.660 ya había imitado a la ley provincial, a través de la ya mencionada ley 25.948 e introducido las mismas limitaciones al régimen de salidas transitorias. La legislación regresiva de las provincias marcaba la agenda de la ley nacional.

El Código de ejecución de la pena privativa de la libertad mendocino es el ejemplo más grave de ello. Conocida como "Ley Petri", se implementó en la provincia, en 2012, una ley absolutamente más restrictiva que la ley 24.660. Muchas de las "soluciones" allí propuestas fueron la base del proyecto presentado por el mismo autor (ahora diputado nacional) y que se transformó en la ley que aquí se comenta. Otra vez, la legislación provincial liderando el endurecimiento de la que era "una ley marco mínimo de derechos" que las provincias debían mejorar y, directamente, desconociendo el estándar fijado por la CSJN¹⁷.

¹⁴ Boletín Oficial, 14 de diciembre de 2000.

¹⁵ Específicamente, homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal); delitos contra la integridad sexual, en sus formas agravadas (artículo 119, párrafo 4, incisos a, b, c, d, e y f del Código Penal); violación seguida de muerte (artículo 124 del Código Penal); privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis, último párrafo del Código Penal); tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2 del Código Penal); homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal); incendio y otros estragos seguidos de muerte (artículo 186 inciso 5 del Código Penal).

¹⁶ CSJN, Fallos 328:1146, rta. 3/5/2005.

¹⁷ Fui invitado a exponer en la Cámara de Diputados cuando se debatieron en comisión los proyectos iniciales que culminaron con esta reforma. En oportunidad de referirme al estándar fijado en el fallo "Vertbisky" de la CSJN fui interrumpido abruptamente por el diputado Petri quien se apresuró a expresar que "era falso" que la Corte se haya referido allí a limitación alguna a las provincias para legislar en materia penitenciaria y que sólo se había referido a la regulación de la prisión preventiva. (Cfr. Registro de la Comisión de Legislación Penal, Anexo "A" Sesión del 9/8/2016, 10:00 hs., Sala 2). Remito para ello, a la

El mismo impulsor de la reforma mendocina, que dado su contenido sólo podría ser considerada constitucional con apoyo a una abandonada tesis administrativista de la ejecución penal, es quien nos ilustra ahora sobre la cuestión con la nueva regulación de los arts. 228 y 229.

El reformado art. 228 expresa:

La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes dentro de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, a efectos de concordarlas con sus disposiciones. De igual forma, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias.

Como puede apreciarse, el mandato de adecuación legislativo y reglamentario está exclusivamente dirigido *a la nación*. En este sentido, la reforma nos remonta a 1933 cuando la ley 11.833 decidió regular en la ejecución de las penas sólo para los establecimientos nacionales. La mera "invitación" a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a "readecuar su legislación y reglamentaciones" no puede interpretarse sino como una simple formalidad. Siquiera allí se consigna que esa adecuación debe hacerse "concordantemente con el contenido de esta ley". De modo que se traduce en una "invitación sin plazo" a readecuar "si lo desea" y "como guste" su legislación penitenciaria. Una mera sugerencia.

Dado el contenido de la reforma, la noticia es buena. Las provincias carecerían absolutamente de la obligación de seguir el descalabro normativo realizado. Así como está redactada la disposición, la única interpretación posible es que la ley 24.660 sólo rige para el orden federal y nacional (en tanto no se complete la transferencia de la justicia penal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues ésta también está a invitada a hacer lo que le venga en gana al respecto).

Pero el nuevo art. 229 nos aporta mayor confusión. Según su letra: "Esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida". ¿Qué quiso decir el legislador aquí?

La libertad condicional ya está regulada en el Código Penal (art. 13 a 17). Las normas previstas en los arts. 28 a 29 bis de la ley 24.660 son meramente administrativas y procesales puesto que no se establece allí ningún requisito de fondo que regule el instituto. No comprendemos demasiado, entonces, el significado de esta inclusión.

En cuanto a la forma de computar la pena, las únicas referencias en la ley 24.660 son aquellas relacionadas con la prisión discontinua (art. 38), las formas de semidetención (art. 43) y los trabajos comunitarios (art. 50). Sin embargo, todas estas modalidades ya no son, según la propia ley, complementarias del Código Penal. De modo que se estaría incluyendo en el código de

lectura íntegra de los considerandos 54 a 60 del voto de la mayoría que la propia Corte titula "La legislación procesal y penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires".

fondo -y de aplicación obligatoria en todo el país-, la forma de computar institutos de cumplimiento de pena que las provincias no estarían obligadas (ni siquiera invitadas expresamente) a incluir, pudiendo incluso crear otros nuevos. La regulación es simplemente absurda.

La alternativa es entender que esta disposición se refiere a las reducciones de los plazos para el acceso a las distintas fases y períodos del régimen progresivo conforme al sistema de estímulo educativo (art. 140), pero tampoco parece una interpretación razonable. En primer lugar, porque aquellas reducciones *no afectan el cómputo de la pena* cuyo vencimiento se mantiene inalterado. En segundo orden, porque las reglas de estímulo educativo (al no ser tampoco, según la propia ley, complementarias del Código Penal) no resultarían obligatorias para las provincias, al igual que los "períodos y fases", lo cual transformaría, de nuevo, en incoherente esta interpretación. Así, la libertad asistida, pasa a ser el único instituto de la ley 24.660 que integra el Código Penal.

Incluso si, por hipótesis, dejásemos a un lado esta manifiesta irracionalidad e inconsecuencia, no podemos sino concluir, de acuerdo con el desarrollo que aquí efectuamos y los principios constitucionales que se hallan en juego, que estas dos disposiciones resultan manifiestamente inconstitucionales.

IV. LA ELIMINACIÓN DEL RÉGIMEN PROGRESIVO

La reforma excluye totalmente de la posibilidad de acceder a un régimen de libertad permanente, previo al agotamiento de la pena, (libertad condicional o asistida) a las personas condenadas por una importante cantidad de delitos¹⁸.

Probablemente, uno de los aspectos que evidencia de modo más notorio el absoluto desconocimiento teórico de los promotores de esta reforma sea la contradicción insalvable que implica declamar, por un lado, la vigencia del régimen progresivo y, al mismo tiempo, amputar groseramente una de sus notas distintivas esenciales: La posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada.

¹⁸ Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal; Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal; Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal; Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal; Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal; Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737; Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. (Cfr. art. 14, CP y art. 56 bis Ley 24.660).

Vale la pena realizar aquí un repaso somero del nacimiento de los regímenes progresivos y sus características para comprender la entidad de esta autocontradicción de la reforma.

Hay coincidencia doctrinaria en que el origen de los regímenes progresivos se remonta a la Europa de la primera mitad del siglo XIX como una reacción superadora de los sistemas celulares filadélfico o pensilvánico y auburniano. Estos regímenes no pretendían otra cosa que disciplinar el régimen interior de las prisiones y la corrección eventual de los reclusos, sin afectar la ejecución de las penas que, invariablemente, transcurrían en el tiempo prefijado en las sentencias¹⁹. Los denominados regímenes progresivos, en cambio, fueron obra principal de directores de establecimientos penitenciarios que idearon diversos sistemas que tomaban como base el “innato deseo de libertad de los reclusos como fuerza motora para encausar la emulación de conductas que los conducirían a ella” (Garrido Guzman 1983, 134). Se introdujo así en las penas privativas de libertad la idea de indeterminación; su duración dependía, en parte, de la conducta del penado en prisión y su trabajo.

La idea central del sistema progresivo radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y el comportamiento del interno. En virtud de ella va atravesando distintas etapas, que van desde el aislamiento celular *hasta la libertad condicional*²⁰. La lógica y principal característica de estos regímenes es evitar el cumplimiento íntegro de la pena en prisión.

Fueron básicamente cuatro los principales responsables de la instauración de los sistemas progresivos en Europa: Alexander Maconochie en Inglaterra; George M. von Obermayer en Munich, Walter Crofton en Irlanda y Manuel Montesinos en España. Excedería con creces los objetivos planteados en este trabajo describir en detalle las características de cada uno de estos regímenes. Son muchos los manuales de ciencia penitenciaria que pueden consultarse al respecto pero todos coinciden en describir que cada uno de ellos culminaba con algún tipo de sistema de liberación condicional²¹. Alcanzar la liberación es la meta primera del régimen progresivo, es lo que el sistema ofrece a cambio del apego a las reglas de la prisión. Régimen progresivo y liberación condicional son las dos caras de una misma moneda: No hay régimen progresivo sin liberación vigilada.

Con toda claridad y contundencia Juan Carlos García Basalo explica esto cuando afirma que: “para considerar que un régimen, con toda propiedad, es progresivo –cualquiera sea el número de sus períodos o grados y su técnica de promoción o regresión–, es imprescindible que reúna estas tres notas o características distintivas:

¹⁹ Las características más salientes de estos regímenes (con algunas atenuaciones en el Auburniano) eran el aislamiento continuo y absoluto, inexistencia de trabajo y silencio total (Neuman 1984, 97-112).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Sin ánimo de exhaustividad Cuello Calón (1958, 313-324); Garrido Guzman (1983, 132-141); Marco Del Pont (1984, 146-149); Neumen (1984, 112-122).

- a) División del tiempo de la sanción penal en partes que, llámese grados, períodos, fases o de cualquier otro modo, para que tenga razón de ser, deben poseer un contenido propio diferente en alguno de sus elementos o métodos del grado, período o fase que lo precede o sucederá;
- b) Avance, detención o retroceso a través de los grados, períodos o fases mediante una valoración actualizada del condenado.
- c) Posibilidad de la incorporación social del penado *antes* del vencimiento del título ejecutivo” (García Basalo 1975, 32).

La afirmación de García Basalo es terminante:

Si falta alguna de estas notas no hay régimen progresivo; podrá ser algo aproximado, pero no igual. La tercera nota supone el egreso del condenado por medio de la libertad condicional u otro método transinstitucional similar. La libertad condicional, tal vez convenga recordarlo, es uno de los aportes más grandes y duraderos del régimen progresivo al repertorio de los métodos de tratamiento (1975, 32).

Los regímenes progresivos son uno de los sistemas posibles de cumplimiento de pena y nuestro país tiene una tradición normativa arraigada en receptorlo. Ya el Código Penal de 1921 contenía al régimen de libertad condicional, pero fue en 1933 donde la *Ley de organización carcelaria y régimen de la pena* N° 11.833 estableció un verdadero régimen progresivo.

No obstante, pareciera que el legislador se mostró siempre desconcertado sobre cómo proceder frente al hecho de que la libertad condicional precediera al sistema progresivo. En efecto, la ley 11.833, que, como dijimos, sólo regía para los establecimientos penitenciarios de la nación y no era complementaria del Código Penal, contenía un régimen progresivo dividido en cinco grados: A) de observación; B) de reclusión; C) de orientación; D) de prueba y E) de reintegración. Como explica García Basalo, este último grado contenía una “libertad vigilada” distinta a la libertad condicional regulada por el Código Penal, que luego fue eliminada por la reglamentación del año 1947 (art. 40 apartado 5) a través de la cual se previó que el grado E) consistiría en “la reincorporación del recluso al consorcio social mediante la concesión de la libertad condicional en la forma establecida por la ley penal y bajo la tutela del Patronato de Liberados” (García Basalo 1975, 32). Este antecedente nos ilustra acerca de una cuestión de relevancia. En efecto, al preverse un régimen de reintegro (que se llamó libertad vigilada) distinto al de la libertad condicional se mostraba que ésta era considerada algo ajeno al régimen general de ejecución de penas; es decir, la regulación de la ley 11.833 tenía la intención de prever un régimen progresivo cuyo período de reintegro consista en algo diferente a la libertad condicional, sin perjuicio de que ella podía ser otorgada posteriormente por la autoridad judicial. Esto, probablemente, porque la autoridad penitenciaria, con acierto, *no concebía un régimen progresivo sin libertad condicionada y pretendía tener competencia para disponerla bajo alguna*

forma y sortear la limitación a los reincidentes. Sin embargo, cuando la reglamentación eliminó ese supuesto, fundamentalmente en base a las críticas realizadas por Eusebio Gómez²², mantuvo a la libertad condicional como una característica del *periodo de reintegración*, pero se encargó de distinguirlo de éste a fin de no generar confusiones, agregando que posibilitaría la libertad condicional *en la forma establecida por la ley penal* (Alderete Lobo, 2016).

Posteriormente, la hoy derogada Ley Penitenciaria Nacional (Decreto 412/58) redujo las etapas a tres (Observación, Tratamiento y Prueba), y ubicó a la libertad condicional como un instituto incluido dentro del período de prueba, encargándose, una vez más, de aclarar expresamente que se trataba de la soltura del art. 13 del C.P.. De todo ello se concluye que el art. 12 de la ley 24.660 al incluir a la libertad condicional como período no aparece con una propuesta novedosa. pues el estudio de la evolución legislativa muestra que la libertad condicional fue ubicada en distintas etapas del régimen progresivo, pero siempre en las mismas condiciones previstas en el Código Penal.

El repaso evidencia los esfuerzos del legislador por sostener un régimen progresivo de características *puras*; es decir, que respete la nota distintiva central de ellos que es ofrecer la liberación anticipada con base en la conducta del penado. El mayor ejemplo de ello lo constituye la libertad asistida (art. 54 de la ley 24.660), instituto creado en 1996 para corregir la “imperfección” o anulación del régimen progresivo en el caso de los reincidentes.

La ley 24.660 original se encargó de manera contundente en declamar, por dos veces, que el régimen penitenciario que recepta es “progresivo”. Así lo expresa en el art. 6: “El régimen penitenciario se basará en la progresividad” y en el artículo 12: “El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad”. Luego hace referencia de diversas formas y en distintos pasajes a lo largo de toda la ley a la misma idea (arts. 104, 135 y 140).

La modificación legislativa no sólo no alteró estas disposiciones sino que agregó otras que reafirman con elocuencia la naturaleza *progresiva* del régimen de ejecución de penas. El nuevo art. 7 hace referencia a las decisiones operativas para el desarrollo de “la progresividad del régimen penitenciario” y al avance del interno “en la progresividad”; el art. 8 menciona a la “evolución del régimen progresivo”; el art. 14 expresa que “El período de tratamiento será progresivo”²³; el art. 28.d somete a consideración la posición del interno “en la progresividad del régimen” y el art. 56 *quater* habla de garantizar “la progresividad”.

²² Gómez objetó su constitucionalidad porque entendía que esta “libertad vigilada” no se encontraba contenida en el Código Penal y, al quedar reservada para aquellos internos que cumplían condena en los establecimientos nacionales consagraba una desigualdad contraria a la unidad de la legislación penal que prescribe la Constitución Nacional (Gómez 1939, 598).

²³ Aquí el legislador confunde, una vez más, los conceptos de régimen y tratamiento pero no profundizaremos aquí sobre esta cuestión por exceder los objetivos de este trabajo. Para un panorama

Como se aprecia, la reforma que aquí comentamos no ha abandonado de ningún modo nuestra tradición normativa penitenciaria y ha sostenido este tipo de regímenes como el vehículo para alcanzar la reinserción social. Podemos afirmarlo sin temor a dudas no sólo desde la terminología utilizada sino también de la referencia expresa hecha en la exposición de fundamentos del proyecto original presentado por el diputado Petri: “El objetivo en ningún momento deja de ser la resocialización *a través de un régimen progresivo*, pero se trata de adaptarlo a ciertos casos para que pueda cumplirse respetando el cumplimiento íntegro de la pena intramuros”.²⁴

Lo que sigue después del “pero” demuestra, sin embargo, la enorme incompreensión del diputado de lo que estaba afirmando. Sostener un régimen progresivo significa, precisamente, evitar el cumplimiento íntegro intramuros de las penas. Esa consecuencia es, como señalamos, a la que aspiraban los sistemas (filadélfico o auburniano) frente a los cuales las ideas progresivas reaccionaron y que constituyeron las bases de su abandono.

Es así que no cabe duda alguna que la regulación de la reforma presenta una autocontradicción insalvable. Si se sostiene un régimen con características “progresivas” la imposibilidad de reintegro mediante un sistema de liberación anticipada resulta conceptualmente **contraria a esa idea**. Entonces sólo nos quedan dos caminos: O bien, el legislador quiso abandonar el sistema progresivo (cosa que no parece posible dada la cantidad de veces que la ley -y los ideólogos de la reforma- insisten con su vigencia), o bien no comprendió en absoluto las implicancias que tiene la consagración de estos regímenes y abortó irresponsablemente su característica central, generando una legislación irrazonable y contradictoria de imposible comprensión para el intérprete y, en consecuencia, inaplicable.

El descalabro sistemático y desconcierto es de tal magnitud que la única forma de sostener la vigencia de un sistema penitenciario coherente que permita mantener la finalidad de reinserción social declamada constitucionalmente es obviar por irracional (en consecuencia inconstitucional) la reforma impulsada. El acto irracional emanado de cualquier poder del Estado es ilegítimo en términos constitucionales y esta reforma demuestra sobradamente reunir las características para ser calificada de esa manera. Así lo explica con toda claridad Bidart Campos:

De modo general podemos decir que cada vez que la constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en

sobre el punto y sobre la importancia de su diferenciación Mapelli Caffarena 1984, 139-169, Salt 2003, 226-231 y Cesano, 2005.

²⁴ Cfr. Fundamentos del Proyecto original presentado por el Diputado Luis Alfonso Petri, que luego fue tratado en los expedientes 3805-d-2016 y 4829-d-2016, sobre modificación de la ley 24.660.

forma razonable; el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional (Bidart Campos 2000, 805).

El intérprete debe verificar el contenido de la ley más allá de su forma; es decir que si la ley no es razonable (o sea, es arbitraria) resulta inconstitucional.

La autocontradicción –generalmente invocada como causal de arbitrariedad de las sentencias– no puede estar autorizada en la regulación de la ley. El principio de legalidad exige que la norma sea inteligible. Si ésta presenta regulaciones contrapuestas, se transforma en incomprensible e irracional; y ello configura la ausencia del presupuesto básico para que cualquier persona pueda obedecer un mandato legal. Es cierto que "la inconsecuencia no se presume en el legislador" pero es evidente que aquí el Congreso ha hecho denodados esfuerzos para tenerla sobradamente comprobada. La CSJN en "Dessy" fue contundente al evocar aquel clásico dogma según el cual: "...no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener"²⁵. La inobservancia de este mandato en la reforma comentada es flagrante y la consecuente ilegitimidad constitucional que ello implica, inevitable.

V. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA REINSERCIÓN SOCIAL

A esta altura casi sobreabunda reiterar (y recordar) que la finalidad esencial y constitucional de la ejecución de las penas privativas de libertad es la reinserción social (arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)²⁶.

Sin embargo el sentido de la reforma parece obligarnos, una vez más, a ello. Hemos afirmado ya en varios trabajos anteriores que es prácticamente ineludible que todo estudio o actuación directamente vinculada con la ejecución de la pena privativa de la libertad en nuestro entorno, deba contener una definición precisa acerca de qué se entiende por reinserción social. La vaguedad que presenta el término, ha transformado al principio en una suerte de carta plurivalente cuya utilización parece autorizar soluciones de lo más diversas. Como se trata de un precepto de jerarquía constitucional, se impone darle contenido específico. La conceptualización y definición del principio de resocialización, entonces, no resulta una

²⁵ CSJN, Fallos: 318:1894 (rta. 17/10/1995) con cita de Alcorta, "Garantías Constitucionales", págs. 34 y 35; Alberdi, Juan B., "Organización de la Confederación Argentina", pág. 176 y art. 20 de su "Proyecto de Constitución", Fallos: 117:432. La pertinente evocación de esta cita fue efectuada por Leonardo Pitlevnik en el panel que compartimos en el "V Congreso de Derecho de Ejecución Penal" realizado los días 3 y 4 de agosto de 2017.

²⁶ Sobre la necesidad y diferenciación de los fines de la ejecución de la pena privativa de la libertad de los fines de la pena y la interpretación de la terminología usada en los tratados internacionales sobre derechos humanos Cfr. Zaffaroni (1995).

discusión (sólo) de orden criminológico sino, antes bien, de innegables consecuencias jurídico-dogmáticas (Alderete Lobo 2016).

Bajo esta propuesta, la finalidad de reinserción social contenida en los pactos internacionales de derechos humanos, no puede ser incompatible con la dignidad humana, los derechos que son inherentes a ella y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que, en una sociedad pluralista, la resocialización, como fin de la ejecución penal, no puede destinarse a obtener un cambio en el individuo, en su personalidad, convicciones o actitud intelectual (Muñoz Conde & García Aran 1993, 489), sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado ("derecho", por lo tanto, de las personas privadas de su libertad) de proporcionar al condenado, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad (Salt 2005, 177).

La reinserción social es un derecho del condenado, y de ello deriva una correlativa obligación estatal de garantizar su vigencia. Como derecho, no puede ser invocado en contra de la persona privada de libertad ni utilizado como fundamento para el dictado de decisiones que restrinjan otros derechos fundamentales o establezcan soluciones o condiciones de detención más perjudiciales para la persona.

Con llamativa particularidad, y a través de la mención difusa de una suerte de participación de la sociedad en el "control directo e indirecto" de ella, la reforma sostiene (y no podía no hacerlo sin manifiesta oposición al texto constitucional) la finalidad de reinserción social de la ejecución penal (art. 1 ley 24.660)²⁷.

En esta línea de razonamiento, como ya hemos señalado, resulta un hecho histórico difícil de controvertir que la tradición jurídico-penitenciaria argentina se inclinó de manera constante y coherente por la instrumentación de un sistema de tipo progresivo como herramienta para materializar la finalidad de reinserción social.

Hay que reconocer que existe cierta controversia acerca de las implicancias de esta manda constitucional y sobre el modo en que condiciona (o no) al legislador en el diseño del régimen general de ejecución de penas. En la terminología de los tratados, la finalidad de resocialización debe ser entendida como "esencial" y, sobre esa base, se ha objetado, por un lado, que se trate

²⁷ Artículo 1: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada".

de la única finalidad válida y, por el otro, que ello obligue al legislador a prever mecanismos de liberación anticipada²⁸.

Si aceptásemos, incluso, como correcto, que “finalidad esencial” no significa “finalidad única y excluyente” y que la recepción del principio de reinserción social no trae consigo – necesariamente – la obligación de consagrar regímenes de libertad vigilada previos al agotamiento de la pena, ello no alcanza para superar las objeciones respecto de la exclusión de determinada categoría de personas del régimen progresivo con base en el delito cometido.

En primer lugar porque si bien, terminológicamente, la palabra “esencial” parece no negar la coexistencia de finalidades distintas de la reinserción social, lo cierto es que los pactos no dan señal específica, en materia de ejecución de la pena, de algún objetivo diferente a alcanzarse durante su desarrollo. La única finalidad a la que se hace referencia expresa es a la reinserción social, de modo que el legislador debe ser cuidadoso al incluir regulaciones que puedan oponerse a ese fin. Así es que la hendidura que la regulación de los pactos deja para la entrada de “otras” finalidades no puede ser utilizada para desnaturalizar la que sí ha sido expresamente consagrada y que el intérprete está obligado a conceptualizar y definir con precisión. La afirmación genérica de que la reinserción social no es la única finalidad de la ejecución penal no puede autorizar una mención difusa de otros principios sino que, antes bien, se debe especificar cuáles son, su alcance y de qué modo se compatibilizan con el objetivo principal expresamente regulado. La obligación del Estado consiste en respetar el carácter “esencial” de este principio; es decir, tratarlo de forma prioritaria frente a las restantes finalidades que, eventualmente, pretenda asignársele a la ejecución penal. Puede reglamentarlo, pero no puede hacerlo de modo tal que deje de ser el horizonte principal a alcanzar en la ejecución de la pena.

Y he aquí que, en relación con ello, si bien podría eventualmente admitirse que el legislador no estaba obligado a considerar la implementación de un sistema progresivo como una herramienta reguladora y útil a los fines de alcanzar la reinserción social, *ha decidido*

²⁸ En un precedente de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, a través de un enjundioso y detallado análisis de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se sostuvo que: “no hay elementos que permitan concluir de modo evidente que el art. 10.3 PIDCP impone forzosamente a los Estados Parte establecer un régimen legal que garantice a todo condenado a una pena privativa de libertad temporal la posibilidad de obtener alguna forma de libertad antes de haber cumplido totalmente la pena. [...] Partiendo del lenguaje del art. 10.3 del Pacto, la doctrina ha interpretado que la alusión a “finalidad esencial” permite constatar que el fin de readaptación no es el único fin de la pena, y que junto con éste a través del encarcelamiento pueden perseguirse otros fines. [...] cualquiera que sea el alcance que se asigne a los términos “finalidad esencial”, reforma, readaptación, reinserción o rehabilitación en los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH, de esas disposiciones no se infiere, derechamente, que ellas proscriban la ejecución total de las penas privativas de libertad en régimen cerrado, ni tampoco, que los Estados estuviesen obligados a incluir en sus sistemas domésticos, un régimen de libertad condicional, ni menos aún, cuáles deberían ser las características y excepciones a ese régimen. Los Estados deben diseñar y ejecutar las penas privativas de libertad orientándose a los fines de los arts. 5.6 y 10.3, para lo cual tienen un margen de discreción relativamente amplio” (Cfr. CNCCC, Sala 1, “Giménez, José Santiago”, c. 25.999/14, rta. 10/07/2015, reg. 238/15. Voto del Juez Luis García).

tradicionalmente en nuestro entorno adoptarlo en la legislación penitenciaria y ha constituido, desde sus albores, la característica del sistema argentino de ejecución de penas.

Es a partir de ello, entonces, que no logra apreciarse el fundamento mediante el cual una vez que el legislador optó *discrecionalmente* por incorporar en el derecho interno un régimen de estas características, queda autorizado a discriminar, de modo general, a un grupo de privados de libertad impidiéndoles el acceso a él; ni tampoco por qué tal distinción resulta legítima desde el orden constitucional. Este trato diferenciado, para ser válido constitucionalmente, debe ser compatible con la finalidad esencial de la ejecución penal que no admite su diferente abordaje, por fuera de las características individualizadas del tratamiento, sin mengua del art. 16 de la CN.

A nuestro modo de ver, la pregunta acerca de si la exclusión del régimen progresivo a determinada categoría de personas con base en el delito cometido supera el test de razonabilidad tiene una respuesta negativa. Nos parece claro que la distinción no posee ninguna justificación, pues implica aceptar que el Estado no tiene la obligación de favorecer, de la misma manera, la reinserción social de un sector de la población carcelaria. La norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar a todos los presos, con independencia del delito cometido. Una vez que se asume, en el orden interno, que el régimen progresivo es la herramienta de reinserción social, se sigue una prohibición al legislador de establecer “direcciones resocializadoras más restrictivas o diferenciadas” que priven de manera general y absoluta el acceso a los institutos de derecho penitenciario por él creados, sobre la base de clasificaciones **no relacionadas con el desempeño del interno durante la ejecución de la pena**. El principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN es la apoyatura de esta prohibición. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre las personas a condición de que el criterio empleado sea razonable (Bidart Campos, 2001, 77). La igualdad de trato requiere, por un lado, establecer cuál es el fin que persigue la norma y, por el otro, es necesario poder encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado (Saba 2007, 173-174). La negativa genérica al acceso a institutos de liberación anticipada a determinada categoría de personas por el delito cometido, no resulta una limitación que se apoye en la actividad desarrollada por los condenados durante el cumplimiento de su pena y recorta, sin argumento válido alguno, las posibilidades de una mejor y adecuada reinserción a través de un período de libertad antes del agotamiento de la pena. Y esto ocurre con personas que, frente a las necesidades y demandas de reinserción social derivadas de la privación de libertad, *se encuentran en situación similar*.

V.1. La recepción de esta línea argumental en la jurisprudencia

Existen algunos precedentes provenientes de los más altos tribunales penales federales y de la nación que ya han declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de condenados de regímenes de liberación anticipada con motivo del tipo de delito cometido. Esto demuestra el absoluto desconocimiento (o desinterés) de los legisladores del serio debate constitucional que generó

la reforma de las leyes 25.892²⁹ y la anteriormente mencionada 25.948, ya que insistieron con la medida, ampliando el catálogo de delitos excluidos, incluso con una irracionalidad y falta de meditación que supera el sentido de las reformas anteriores. Es que la decisión de estas leyes, pese a su inconstitucionalidad intrínseca, al menos guardaba una lógica interna: Los delitos seleccionados tenían en común la muerte de la víctima y todos ellos (con excepción del homicidio en ocasión de robo) estaban reprimidos con la pena de prisión perpetua³⁰.

La selección absolutamente aleatoria e incomprensible del nuevo catálogo de delitos excluidos representa un aditamento a la ya manifiesta ilegitimidad constitucional de la medida legislativa adoptada.

Como decíamos, la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal se pronunció sobre el punto en “Soto Trinidad”³¹. Allí el voto del juez Hornos sentó con firmeza que:

...toda persona condenada por un delito que haya cumplido en cada caso particular, los requisitos temporales y específicos para la concesión de cada instituto en especial, tiene derecho a una esperable y progresiva reinserción social, en vías de poder volver a convivir armónicamente en sociedad. La limitación legal impuesta se funda pura y exclusivamente en razón del delito cometido, es decir, con independencia de la situación particular del penado –de sus circunstancias y evolución personales– pero imposibilitando su acceso a quien pese a reunir los requisitos propios del instituto sujeto a análisis, se encuentra en una situación distinta a otros condenados por el resto de los delitos de la legislación criminal. Puede advertirse la violación al derecho de igualdad ante la ley, atento que el legislador, a través de la introducción de la mentada norma, ha impreso un tratamiento desigual sobre casos análogos, sin una justificación objetiva y razonable que guarde relación entre los fines constitucionalmente declarados y los medios discriminados. Justamente, la igualdad ante la ley significa otorgar igual tratamiento a quienes se encuentran en iguales situaciones, extremo que no encuentro se haya respetado en la resolución aquí recurrida, por cuanto el régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad refiere a internos y condenados, sin distinción en base a qué delitos en particular se trata. Por lo tanto, estimo que no cabe apartarse del criterio general que rige la materia, situación que se constataría en caso de interpretar aisladamente el artículo puesto en crisis,

²⁹ Sancionada: 5/5/2004. Promulgada de Hecho: 24/5/2004.

³⁰ Tampoco hacemos referencia aquí a la importantísima problemática adicional que plantea la posibilidad de la prisión materialmente perpetua por exceder los objetivos de este trabajo. La mención sólo pretende evidenciar cierta coherencia interna en la lógica de las reformas anteriores pese la relevancia y críticas que ambas merecen.

³¹ CFCP, Sala IV, rta. 27/11/2014, reg. N°2685/14.4

donde la expectativa del penado a su reinserción social se vería desvirtuada al imposibilitarle ab initio cualquier egreso anticipado.

El voto del juez Geminiani siguió el razonamiento y advirtió además una contradicción con el texto del art. 8 de la ley 24.660³², al expresar: "...que la normativa impugnada viola el principio de igualdad ante la ley dado que el criterio utilizado para efectuar un trato desigual ante el penado no está justificado objetiva y razonablemente ni puede sustentarse conforme lo previsto por el art. 8 de la ley de ejecución".

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional también se pronunció por la inconstitucionalidad de este tipo de exclusiones. En "Arancibia"³³, la sala 2 tuvo la oportunidad de analizar la validez de las limitaciones previstas en el art. 56 bis y resolvió -por mayoría- declarar la inconstitucionalidad de ellas.

En este precedente, el juez Morín consideró que si bien no estaba en discusión la facultad del legislador de establecer escalas penales en función del mayor o menor reproche social que merezcan ciertas conductas:

Lo que de ningún modo es aceptable es que aquél instituya una regla que impida a priori a ciertos internos su incorporación a institutos que se dirigen a obtener su resocialización, basándose para ello en la naturaleza del delito por el cual se encuentran cumpliendo pena, descartando cualquier tipo de análisis de su situación concreta. Ello vulnera el fin primordial de la pena desde una perspectiva distinta a la expuesta en el apartado anterior, ya que soslaya la existencia de un tratamiento individualizado, que debe brindarse a todo interno en el marco de la ejecución de su pena (cfr. arts. 5, 8, 12, 14 de la ley N° 24.660, entre otros).

El juez Niño adhirió a estas consideraciones.

También resulta atinado mencionar aquí lo resuelto en el fallo "Salinas"³⁴, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo del CP y del 56 bis de la ley 24.660. En este caso, el juez Sarrabayrouse luego de realizar un análisis pormenorizado del principio de igualdad, afirmó que:

Las leyes 25.892 y 25.948 fundamentalmente lesionaron el principio de igualdad al determinar una distinción irrazonable entre los condenados, al establecer una nueva categoría basada exclusivamente en su peligrosidad sin fijar para ellos un régimen y tratamiento adecuado al delito por el que fueron condenados; violaron

³² El artículo 8 en su redacción original rezaba: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

³³ CNCCC, Sala II, rta. 10/06/2016, reg. 438/2016.

³⁴ CNCCC, Sala II, rta. 30/12/16, reg. 1049/2016.

el principio de resocialización, que exige contar con un derecho a la esperanza, que alcanza comprende a las penas privativas de la libertad; e introdujeron contradicciones insalvables en el sistema que expresamente prevé el tratamiento igualitario para todos los condenados.

Para no abundar aquí en citas textuales es recomendable la lectura íntegra del voto (también la del juez Morín en “Arancibia”), por la forma en que se analiza cómo el legislador de 2004 decidió establecer una nueva categoría de condenados, basada en la peligrosidad, sin derecho a egresos anticipados, pese a lo cual se sostuvo que, de todos modos, ellos podían alcanzar los fines de la resocialización con sólo mantenerse en el régimen intramuros. Con acierto se afirmó, también, que este criterio es incompatible, e introduce una contradicción insalvable, con el art. 8 de la ley 24.660 ya mencionado y con el principio de resocialización.

Esta última cuestión nos da el pie para el tratamiento de una cuestión central de cara al abordaje de este nuevo embate del legislador pues, a nuestro juicio fallida e insuficientemente, intentó modificar varias normas de la ley (entre ellas el mencionado artículo 8) con la intención de dotar de una coherencia a la reforma imposible de alcanzar.

VI. CONTRADICCIONES EN LA PROPIA REGULACIÓN. INTENTOS FALLIDOS DE LEGITIMAR LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DÁNDOLES UNA PRETENDIDA LÓGICA INTERNA

Señalamos ya que la jurisprudencia, acertadamente, había marcado cómo la decisión de exceptuar el acceso a los institutos liberatorios a determinado grupo de personas en razón del delito cometido, entraba en contradicción con el art. 8 de la ley 24.660. El legislador parece haber tomado nota de ello e intentó sortear el obstáculo con dos agregados a la norma que, por fortuna, no llegó al límite de intentar derogar. El principio de no discriminación incluido en la redacción original del art. 8 tiene como fuente a la Regla 6.1 de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”³⁵ que fue ampliada en las Reglas 2.1.2 de las renovadas “Reglas Mandela”³⁶.

A la redacción original de la norma, que garantizaba que: “Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia” y que “Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”, el legislador agregó que se podrá tratar de manera diferente a internos en razón de: *la evolución del régimen progresivo y las disposiciones de la ley*.

³⁵ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³⁶ Aprobadas el 17 de diciembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 70/175 y denominadas como Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

La primera inclusión no representa problema alguno. Por el contrario confirma aún más que el legislador insistió en sostener al sistema progresivo (pese a que es evidente que no tiene comprensión alguna de lo que éste implica) y pone en evidencia de manera más patente la incompatibilidad de éste con las exclusiones introducidas. Cabe decir, incluso, que la aclaración es absolutamente sobreabundante e innecesaria puesto que la lógica de avances y retrocesos de este tipo de sistemas incluye, generalmente, una evaluación o consideración de la evolución en las etapas para habilitar el acceso a los distintos institutos pre-liberatorios. Así, por ejemplo, la regulación de la ley 24.660 original exigía acceder a determinado estadio (periodo de prueba) para obtener salidas transitorias, y también se prevén condiciones de alojamiento y supervisión diferenciadas según las fases o grados alcanzados. De modo que el trato diferente generado por “la evolución en el régimen progresivo” no merece ser aclarado ni justificado pues se trata de la característica intrínseca de este tipo de sistemas de ejecución de penas.

Incluso el legislador agregó, también, un párrafo al art. 6 cuya lógica, más tarde, no respeta. Nos asegura allí que las acciones de abordaje de tratamiento deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno y que “la ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”. El legislador nos oculta aquí, sin embargo, que no es sólo la actitud y desempeño de los internos lo que condicionará el acceso a los beneficios penitenciarios sino que una gran cantidad de condenados quedarán excluidos sea cual fuere su comportamiento, grado de resocialización o resultado del tratamiento.

La segunda inclusión, en cambio, representa un intento grosero de eludir el control de razonabilidad y constitucionalidad de las reformas introducidas; y es de tal magnitud, que no merece mayores consideraciones. Pretende el legislador validar, de modo genérico, la diferencia de trato de los internos con base a “las previsiones de la ley” emanadas del mismo cuerpo legislativo. Por supuesto que las distinciones contenidas en la ley que superen el test de razonabilidad y no resulten discriminatorias serán siempre admisibles. Tal afirmación no merecía una inclusión específica. Pero si con ello el legislador pretendió sortear el control de constitucionalidad y razonabilidad por parte de los jueces de las limitaciones introducidas equivocó ampliamente el camino. La ley no es constitucional porque “la misma ley lo diga”. Este agregado no conmueve en absoluto la posibilidad de controvertir el sentido de la reforma ni su validez constitucional, ni sana los conflictos con principios y derechos fundamentales contenidos en el bloque de constitucionalidad.

VII. LA FALACIA DEL LLAMADO “RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN” COMO HERRAMIENTA PARA GARANTIZAR LA PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO

El segundo (y fallido) intento del legislador de intentar darle coherencia interna a la reforma se evidencia con la incorporación del artículo 56 quater. En esta norma se crea el denominado “Régimen preparatorio para la liberación”

Esencialmente, este “régimen” está dirigido a los condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, a los que, como ya se vio, se excluye de todo egreso anticipado. Según la propia letra de la norma, este régimen “garantiza la progresividad”. En los fundamentos de su propio proyecto el diputado Petri efectuaba esta afirmación, que luego incluyó en la ley con pretensiones dogmáticas, diciendo: “El proyecto aquí propuesto es cuidadoso en garantizar la progresividad también para estos casos”.

Explicaremos aquí por qué esta autoproclamación de ninguna manera resulta cierta y presenta, una vez más, una grosera incompreensión de lo que significa la implementación de un sistema de tipo progresivo. Pero, en primer lugar, tratemos de dilucidar en qué consiste este “régimen”.

Según la norma, el régimen será “elaborado a través de un programa específico de carácter individual teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior”. Sobre esto debemos adelantar, desde ya, que la norma no aclara quién debe elaborar este programa y con qué pautas. Como (según la ley) es “específico” asumimos que es distinto al programa de tratamiento individual a que se refiere el art. 5, de modo que hay un vacío absoluto respecto del contenido de este “programa”. La norma posee, en este aspecto, una imprecisión alarmante.

Luego continúa describiendo de qué se trata este “régimen”. Según el novel artículo 56 quater:

Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis meses y, finalmente, en los últimos tres meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce horas.

La regulación no puede resultar más engañosa. Comienza afirmando que si el condenado cumple con exigencias similares a las de a libertad condicional, “podrá acceder a la libertad” un año antes del agotamiento de la pena. Sin embargo, a poco que nos adentramos en el análisis de sus características advertimos que esa “libertad” que la norma sugiere que se alcanzará con este régimen, no es tal.

Los primeros tres meses se dedican a preparar al interno “dentro del establecimiento”. Superado ese período, se admiten salidas periódicas durante seis meses (no sabemos, porque no se desprende de la ley, la periodicidad, los motivos, las condiciones de procedencia, las normas a observarse durante las salidas, ni la autoridad encargada de concederlas). Finalmente,

sólo en los últimos tres meses se tendrá la “posibilidad” de ingresar en un régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión (aquí tenemos la misma imprecisión acerca de las características de estas salidas). Y en todos los casos las salidas serán diurnas y por un máximo de doce horas.

No se necesita demasiado esfuerzo para advertir que lejos se encuentra este régimen de constituir un sistema de “libertad vigilada” como lo exige la naturaleza de un régimen progresivo. La ley comete un fraude evidente al anunciar que el condenado podrá acceder a la “libertad” previo al agotamiento de la pena pues, luego, crea un acotadísimo mecanismo “transicional” de permisos de salida de (como máximo) doce horas.

Retomemos, entonces, un poco de historia para entender la naturaleza e inserción de los llamados “métodos transicionales” en los sistemas progresivos. Expusimos ya que entre las notas distintivas de estos regímenes se destacaba la necesidad ineludible de que exista un mecanismo de libertad anticipada previo al agotamiento de la pena. Explicamos cómo nuestra legislación contempló (antes de la primera ley penitenciaria de 1933) a la libertad condicional y cómo la ley 11.833 creó la llamada libertad vigilada distinta de la libertad condicional con el fin de garantizar la progresividad de *todos* los condenados, incluidos los reincidentes.

Este régimen ya era “progresivo” sin contemplar salidas transitorias, pues, como se vio, lo único que se exige para considerar progresivo a un sistema de ejecución de penas es que exista un mecanismo de libertad permanente y supervisada antes del vencimiento de la pena. Sin embargo, a fines de 1947 se dictó la reglamentación de la ley 11.833, que la doctrina penitenciaria de la época llamó “reglamentación progresista” pues avanzó sobre la ley en muchos aspectos (Aftalón & Alfonsín 1953, 11). Esta reglamentación incluye por primera vez la posibilidad del empleo de permisos de salida “transicionales” hacia la libertad permanente, que permitían al condenado, sometido inicialmente a un tratamiento institucional, abandonar el establecimiento por un tiempo breve, o relativamente breve, fijado de antemano, sin que ello suponga interrumpir la ejecución de la pena. La reglamentación incluyó entonces como última modalidad del grado D (de prueba), la posibilidad de salidas periódicas para los reclusos con conducta ejemplar. Las primeras salidas periódicas se concedieron a comienzos de 1952 (García Basalo 1975, 26). Esta reglamentación fue luego la base que tomó el Decreto 412/58 (“vieja” ley penitenciaria nacional) para la incorporación del instituto de salidas transitorias que luego mantuvo (y amplió) la ley 24.660 de 1996.

Como puede apreciarse, un régimen penitenciario puede ser “progresivo” sin salidas transitorias, pero no puede serlo sin libertad vigilada. El legislador pretende “garantizar la progresividad del régimen” a través de un “mecanismo transicional” limitadísimo que, para los estudiosos penitenciarios de los años 50, era una “reglamentación progresista” pues agregaba un período intermedio al sistema progresivo camino a la libertad anticipada. La reforma nos muestra, cada vez con mayor evidencia, el absoluto desconocimiento de sus creadores de las características de los sistemas progresivos y de nuestra historia penitenciaria.

En resumen, un mecanismo de salidas transitorias periódicas (como este “régimen preparatorio para la liberación”) no garantiza de ninguna manera la progresividad del régimen por más que la ley nos diga, y quiera hacernos creer, que sí lo hace. La única forma de que un régimen de ejecución de penas pueda ser caracterizado como “progresivo” es que contenga un instituto de liberación anticipada vigilada *para todos los condenados* (libertad condicional, libertad asistida). Estos sistemas pueden incluir salidas intermedias hacia esa liberación vigilada o no, sin dejar de ser progresivos. Nuestra ley desde 1947 ha optado ininterrumpidamente por receptor estos permisos transitorios y el legislador, una vez que lo hace, tiene un margen de discrecionalidad relativo para fijar sus requisitos (siempre y cuando respete criterios de igualdad y se relacionen con los resultados de tratamiento). Pero de ningún modo puede negar de manera absoluta y general el acceso a la liberación (condicional o asistida) y afirmar que el régimen penitenciario es igualmente progresivo.

VIII. OTRO FALSO ARGUMENTO LEGITIMANTE: LA SUPUESTA AUTORIZACIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS (REGLAS MANDELA) PARA DISEÑAR RÉGIMENES PROGRESIVOS SIN LIBERACIÓN ANTICIPADA

En varias oportunidades el diputado Luis Petri, principal impulsor e ideólogo del proyecto devenido en ley, hizo referencia a las “Reglas Mandela” como el horizonte que marca el estándar de la comunidad internacional y que evidenciaría que el sentido de la reforma es correcto y orientado en esa línea. En la primera sesión de tratamiento en recinto dijo Petri: “...hemos tenido en cuenta lo que indican las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, que contiene una definición muy clara que no podemos perder de vista en este debate en relación con cuál es el fin último de las penas. Dichas reglas –que es un estándar que nuestra Corte ha establecido y que necesariamente tiene que cumplir la República Argentina– disponen que las penas y las medidas privativas de la libertad son para proteger a la sociedad del crimen. Este es nuestro deber primario a la hora de legislar en materia de ejecución de la pena: proteger a la sociedad frente al crimen. Esas reglas van más allá y establecen en el punto 60.2 esto es central en el marco del tratamiento de este proyecto, lo siguiente: ‘Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz’”³⁷.

La entidad de la intervención y de las consideraciones merecen algunas precisiones básicas. Hace referencia Petri a que estas reglas de *soft law* son de acatamiento obligatorio en nuestro país,

³⁷ Cfr. Cámara de Diputados de la Nación. Intervención del Diputado Luis A. Petri, Reunión No. 21 - 20a. Sesión Ordinaria (Especial) celebrada el 23/11/2016. Libertad Condicional y Ejecución Penal. 3805-D-2016 - 4829-D-2016 - 7420-D-2016.

sobre la base de una disposición de la Corte Suprema. Asumimos, que el diputado se refiere al ya mencionado fallo “Vertbisky”.

Sobre esto vale recordar que dicho fallo abordó un hábeas corpus correctivo colectivo en el marco de una gravísima crisis penitenciaria en la Provincia de Buenos Aires, generada, entre otras cosas, por políticas de endurecimiento de la ley de ejecución de penas provincial similares a las que propone Petri. La invocación del diputado de este pronunciamiento es, cuanto menos, irónica.

En ese fallo, la CSJN dijo que:

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (considerando 39).

La mención del art. 18 de la CN evidencia que la Corte se estaba refiriendo, exclusivamente, al derecho a condiciones carcelarias dignas que emana de dicha norma. La gravísima situación de alojamiento de personas en los establecimientos carcelarios de la provincia, que se verificaba en el marco del fallo, y la necesaria acreditación de un “agravamiento de las condiciones de detención” que implica toda interposición de un hábeas corpus correctivo, así lo confirman. Pero si cabía alguna duda de ello, el siguiente considerando la despeja ya que la Corte resolvió:

...instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros (considerando 40, el destacado es nuestro).

Extraer de ello que la Corte hizo una incorporación genérica al bloque de constitucionalidad de *todas* las disposiciones de las reglas mínimas es tergiversar y descontextualizar el contenido del fallo que, indudablemente, sugería respetar las reglas como estándar mínimo *de condiciones de encierro*. Como adelantamos, es además también irónico que el diputado Petri (ideólogo de una de las peores reformas penitenciarias de la provincia de Mendoza, que endureció el régimen de ejecución por debajo del piso de derechos fijados en la ley 24.660), mencione, ahora, el fallo que, justamente, ordenó a los poderes legislativo y ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a lo regulado por la legislación de la nación; dado que las provincias no podían legislar más restrictivamente que la ley 24.660 (Considerando 59).

Pero más allá de ello, tampoco Petri acierta sustancialmente con la invocación que efectúa de las reglas. Como primera medida las "Reglas Mandela" son un instrumento de *soft law* que ofrecen estándares importantísimos pero que deben, necesariamente, ser confrontados con los estándares regionales. Los países suscriptores de las Reglas Mínimas en el marco de ONU presentan realidades jurídico-penitenciarias de lo más diversas y los consensos suelen ser más dificultosos que los que pueden darse en el marco de países con problemáticas más homogéneas. Por tal motivo se debe ser cuidadoso en la invocación de estas reglas, lo que no significa negar su importancia, sino que se impone corroborar que no contemos a nivel regional con estándares superadores.

Específicamente en relación con los fundamentos de la Ejecución Penal, como dijimos, nuestro país ha incorporado a su ley suprema, la norma regional que consagra a la reinserción social como finalidad esencial (art. 5.6 CADH). Sin embargo, una lectura cuidadosa (y no malinterpretada) de las Reglas Mínimas nos muestra que su contenido no sólo se encuentra lejos de contravenir aquella manda, sino que además, la ratifica.

La regla 4 establece:

1. Los objetivos de las *penas y medidas privativas de libertad* son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse *si se aprovecha el período de privación de libertad* para lograr, en lo posible, *la reinserción* de los ex reclusos en la sociedad *tras su puesta en libertad*, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo (los destacados no se encuentran en el original).

La redacción de la regla nos muestra con claridad una separación entre los objetivos de las penas y medidas de seguridad, de lo que debe hacerse durante el "período de privación de libertad"; es decir, durante la ejecución de esas sanciones. Allí la Regla 4 es terminante en reafirmar que ese tiempo (el de ejecución de la pena) debe aprovecharse para lograr la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad. De esto se sigue, entonces, la falacia de considerar que las Reglas Mínimas han abandonado la finalidad preventivo-especial positiva durante el cumplimiento de la privación de libertad y que no han reparado en la diferencia entre las bases y objetivos de las penas y de la ejecución penal.

Tampoco se sigue de la Regla 60.2, mencionada por el diputado, (al momento de la sesión en diputados las Reglas Mandela actualizadas ya incluían esta disposición en la Regla 87, pero Luis Petri cita la antigua) que exista una regla internacional que autorice a los Estados a sostener contradictoriamente un sistema progresivo sin liberación anticipada.

Recordemos lo que dice la regla y analicemos su contenido. La regla dice, en primer lugar, 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".

Retorno progresivo no significa *Régimen progresivo*. La traducción de las reglas podría llegar a prestar alguna confusión pero la versión oficial en inglés nos aporta aún mayor claridad terminológica por cuanto se refiere a “*a gradual return to life in society*”. Es decir, las reglas consideran deseable que la *reincorporación* o *retorno* de los condenados a la vida en sociedad sea *gradual*. No optan por la adopción de un régimen progresivo, lo cual, con acierto, dejan a la discrecionalidad de los Estados.

Esto último se confirma con la continuación de la norma: “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 conjunción “o” marca la diferencia entre la posibilidad de establecer un régimen *no progresivo* (organizado dentro del mismo establecimiento carcelario) o un régimen *progresivo* (con libertad condicional). Es decir las reglas mínimas, como todo estándar internacional, no son terminantes sobre una u otra opción. Sólo dejan en claro que es preferible que los condenados retornen gradualmente a la sociedad y permite que los Estados puedan escoger entre materializar ese objetivo con un régimen progresivo o no. Pero lo que de ninguna manera autorizan ni sugieren las Reglas es que exista (y los Estados puedan implementar) un *Régimen Progresivo* que determine el cumplimiento íntegro de la pena en encierro. Tal yerro conceptual es propio de los autores de la reforma y no cabe de ningún modo achacar el desconocimiento de las características centrales de los regímenes progresivos a las Reglas Mínimas. El autocontradictorio sistema normativo diseñado en la reforma es marca registrada y de autoría única y exclusiva de nuestro congreso de la nación.

IX. ENDURECIMIENTO PARA EL ACCESO A LOS INSTITUTOS DE LIBERACIÓN ANTICIPADA

Allí donde la reforma todavía admite la posibilidad de acceder a institutos de liberación anticipada, se ha ocupado de endurecer sus condiciones de procedencia de manera sustancial. Pese a las objeciones ideológicas que tenemos al respecto y la absoluta ineficacia de estas medidas para los fines que se declaman, lo cierto es que cuando el legislador decide, dentro de su margen de discrecionalidad político-criminal, endurecer el sistema penal poco puede hacerse al respecto. Sin embargo varias de las modificaciones introducidas presentan una irracionalidad de tal magnitud que vale la pena analizar su validez. Analizaremos aquí separadamente las variaciones introducidas.

IX.1. Período de Prueba

La reforma, como dijimos, como único punto de acierto, introduce las exigencias para acceder al período en el cuerpo de la ley. La reglamentación anterior del decreto 396/99 preveía en su art. 27 un requisito temporal de un tercio de las penas temporales; doce años para las penas perpetuas y el cumplimiento de toda la pena en los casos de accesoria del art. 52 del CP. La

medida legislativa eleva los requisitos temporales a la mitad de la pena en los casos de penas temporales, quince años para las perpetuas, y tres años de cumplimiento de la accesoria, en los casos del art. 52 CP.

En cuanto a las exigencias subjetivas se aumenta la nota de conducta y concepto requiriéndose ahora que ésta sea *ejemplar* en ambos casos, mientras que la reglamentación anterior sólo exigía conducta muy buena (8) y concepto muy bueno (7). Hay una variación también en las características de los dictámenes de la administración. Mientras la reglamentación, tácitamente derogada, exigía el "Dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del Director del establecimiento", la reforma pide que la propuesta de ingreso al período de prueba "emane del resultado del período de observación y de la verificación del tratamiento", para que, luego, resuelva el director del establecimiento la incorporación con noticia al juez y al organismo técnico criminológico (art. 15).

No entendemos muy bien qué quiso decir el legislador aquí. El período de observación consiste (según la propia terminología del art. 13 reformado) en el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos. Comienza con la recepción del testimonio de sentencia en el organismo técnico, que debe expedirse dentro de los treinta días y confeccionar la historia criminológica. Durante el período de observación este organismo tiene a su cargo: a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico; b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento; c) Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado; d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y, en su caso, proceder a su actualización.

Es decir que el período de observación, constituye el *comienzo* del diseño del programa de tratamiento. La misma reforma prohíbe que allí se decida el salto a un período que no sea el de tratamiento, puesto que limita expresamente la indicación al comienzo de una fase de éste (el art. 13 original admitía la asignación del interno a cualquier "período"). Entonces ¿En qué momento del período de observación podría efectuarse esta propuesta de ingreso al período de prueba que se fija como requisito? No sólo el legislador prohíbe dar ese salto, sino que además lo incipiente de la etapa y su exigua duración (30 días) impide cualquier "verificación de tratamiento". La inclusión es sencillamente absurda y por lo tanto, inaplicable.

IX.2. Salidas transitorias

Una de las modificaciones más relevantes que ha sufrido la norma se relaciona con el régimen de salidas transitorias y semilibertad. El nuevo art. 17 diferencia el requisito temporal según el *quantum* de pena y reclama, como presupuesto necesario, haber accedido previamente al periodo de prueba. Para el caso de penas de hasta cinco años se pueden solicitar los egresos desde el ingreso mismo al periodo de prueba, pero en los supuestos de penas mayores a diez

años, se requiere permanecer un año en dicho período para solicitar las salidas transitorias. En el supuesto de penas mayores de cinco años (pese a la deficiente técnica legislativa, debe entenderse que se trata de las mayores de cinco años y menores de diez) se requiere, al menos, transitar seis meses por el periodo de prueba.

La reforma recoge, ahora, un criterio que la práctica judicial, en flagrante violación al principio de legalidad, ya venía ensayando. El fuero nacional de ejecución penal se encuentra plagado de resoluciones en las que se exigía “evaluar durante un tiempo prudencial el tránsito de los internos durante el período de prueba” previo a resolver su incorporación a salidas transitorias. La introducción (ahora expresa) en la ley de plazos fijos de tránsito mínimo por el período de prueba, confirma la ilegalidad de aquél criterio que avanzaba sobre la letra de la ley, anexando requisitos que ésta no contemplaba. El criterio legal, más allá de su cuestionamiento, al menos desbarata la absoluta arbitrariedad que se verificaba por parte de los jueces en la creación pretoriana y difusa de estos “lapsos prudenciales” que, en la práctica, podían durar años hasta directamente desbaratar la posibilidad de egresos transitorios.

La transformación del requisito temporal para el acceso a salidas transitorias en un plazo variable, sujeto al acceso previo al Período de Prueba, presenta, además, un problema serio para la regulación del mecanismo de expulsión anticipada previsto en el art. 64, inc. a) de la ley 25.871.³⁸

Esta norma prevé que los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecuten en forma inmediata cuando se trate de personas condenadas que hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660. La clara voluntad del legislador fue priorizar la expulsión “a la mitad de la pena” y renunciar a cualquier necesidad preventivo-especial en estos casos. El nuevo artículo 17, al que la ley de migraciones remite, ya no establece ese plazo fijo de mitad de la pena y condiciona, además, su determinación a los progresos del interno en el programa de tratamiento. Se imponía que los legisladores tuvieran en cuenta esto, máxime cuando la política migratoria actual parece orientarse aún más en priorizar la expulsión del país de extranjeros condenados³⁹. Pretender renunciar a la prevención especial para favorecer la expulsión, y al mismo tiempo condicionar ésta al alcance y permanencia de estadios avanzados del régimen progresivo que reflejen progresos en el programa de reinserción social se presenta como una muestra evidente de esquizofrenia legislativa. La coherencia, una vez más, ausente en la regulación de esta reforma.

Se mantiene la exigencia de no tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente pero se agregó "total o parcialmente". El agregado carece de sentido. Por condena pendiente debe entenderse siempre "condena pendiente de unificación", porque una condena

³⁸ Ley de Migraciones, Sancionada: 17/12/2003. Promulgada de Hecho: 20/1/2004.

³⁹ Al respecto basta con confrontar el sentido y orientación de la regulación introducida por el Decreto 70/2017 del 27/1/2017, B.O. 30/1/2017.

pendiente " de firmeza" es una "causa en trámite" y quedaría incluida en el primer supuesto (siempre que interese la detención). En ese contexto era absolutamente innecesaria la aclaración de la porción que resta cumplir de la "pena" pendiente porque no se advierte la incidencia que tiene sobre el punto.

Se mantiene la exigencia de poseer conducta ejemplar "o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación" (sobre esto último haremos referencias al tratar las modificaciones al régimen de libertad asistida), pero se agrega que esa conducta debe mantenerse durante el último año, contado a partir de la petición de la medida. Del mismo modo, se requiere ahora que el solicitante haya mantenido como mínimo conducta y concepto buenos, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar el beneficio.

La exigencia de contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, respecto de la 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, se mantiene sin modificaciones.

Es sobreabundante e innecesaria la aclaración de que el solicitante no debe encontrarse comprendido en los supuestos de delitos excluidos del artículo 56 *bis* de la ley. Esta norma es ya lo suficientemente clara en cuanto a que los condenados por tales delitos quedan excluidos "de los beneficios comprendidos en el período de prueba" entre los cuales se encuentran las salidas transitorias, por lo que no advierte la necesidad de la reafirmación.

Las mayores exigencias periciales y procesales originalmente previstas por la ley 26.813 para los delitos contra la integridad sexual (ahora directamente excluidos de la posibilidad de salidas transitorias) se mantienen pero sólo para los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, que son los únicos delitos del título III del libro segundo del CP que tienen admitida la posibilidad de acceso al beneficio.

IX.3. Libertad condicional

El régimen de libertad condicional, además de los casos expresamente excluidos, ha sufrido también algunas modificaciones de procedimiento. Si bien se mantuvo la redacción del art. 13 del CP, se introdujeron variaciones en el art. 28 de la ley 24.660.

Esencialmente la reforma incorpora en la ley, el contenido de los arts. 41 y 42 del Decreto 396/99 en cuanto al catálogo de elementos que deben contener los informes penitenciarios. Reitera prácticamente sin modificaciones las disposiciones de estas normas pero introduce variaciones serias en el inciso g). Según el art. 41 del decreto, el expediente abierto a partir de la solicitud de libertad condicional del interno debía contener: "Un dictamen del Consejo Correccional respecto de la conveniencia de su otorgamiento, sobre la base de las entrevistas previas de sus miembros con el interno de las que se dejará constancia en el libro de actas". Esta exigencia se

incluyó en el nuevo art. 28 sin variaciones. Luego, los ideólogos de la reforma decidieron (literalmente) "cortar y pegar" aquí el contenido del art. 42 del decreto 396/99, y decimos "literalmente" porque esta parte se refiere al informe del Consejo Correccional "basado en lo dispuesto en el artículo anterior". En el decreto esta referencia al "artículo anterior" tenía sentido porque el informe estaba en el art. 41. Pero ahora, todo el contenido se volcó en el mismo nuevo art. 28 de la ley 24.660, de modo que no hay "artículo anterior" alguno al que remitirse, todo se encuentra en la misma norma. Este no es más que otro ejemplo de la falta de seriedad que tiene esta reforma.

Luego de enumerarse los aspectos del tratamiento a los que deben referirse estos informes, se introduce en el inciso g) un nuevo contenido. Se dice aquí que el pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice y a las conclusiones a las que se arriben respecto a su reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. No entendemos la necesidad de aclararlo (pues parece obvio que el dictamen técnico puede tener una proyección positiva o negativa según el resultado de la evaluación), pero a los legisladores les pareció una buena idea dejar asentado esto en la ley.

No obstante ello, seguido se dispuso una seria limitación al funcionamiento de los consejos correccionales. Se establece en la ley de manera "tasada" que el informe del organismo "deberá ser desfavorable" en las siguientes situaciones:

- 1) En el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena;
- 2) En el caso de no haber alcanzado la conducta y concepto del interno la calificación como mínimo de "buena" durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de petitionar la obtención de la libertad condicional.

Comencemos por recordar, en primer lugar, que el artículo 13 del CP no deja ningún margen de duda respecto de que la única autoridad con potestad para emitir un pronunciamiento sobre la libertad condicional de un condenado es la judicial. La opinión administrativa es, en este sentido, meramente ilustrativa y no vincula de ningún modo al juez que debe resolver la incidencia. Cuando el art. 13 establece que el condenado podrá obtener su libertad condicional por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento, deja aclarado que su concesión es un acto de competencia del Poder Judicial con una intervención sólo *de carácter informativo* de la autoridad carcelaria (Rodríguez & Luengo 1989, 743-754)⁴⁰. De este modo,

⁴⁰ La jurisprudencia ha suscrito, también, esta afirmación. En el caso "Ascencio" de la Cámara Federal de Casación Penal se expresó que: "La valoración es exclusivamente jurisdiccional, es decir que los organismos administrativos informan e ilustran con sus informes pero quien valora la gravedad de las infracciones es únicamente el tribunal" (CFCP, Sala II, "Ascencio, Jorge Enrique s/rec. de cas" c. 15.998, rta. 16/10/2013, reg. 1675/13. Voto del Juez Slokar). Anteriormente en "Sandoval" se dijo también que: "El pronóstico realizado en el informe sobre las probabilidades de reinserción social no es dirimente, pero

cuando el legislador consigna que el contenido del informe *debe* ser desfavorable cuando se verifiquen situaciones específicas, y con independencia de la opinión del propio consejo correccional, no sólo se subroga en el dictamen técnico del organismo, obligándolo a opinar en un sentido contrario al que su saber y evaluación indican sino que, además, transforma al informe en autocontradictorio y no debería, por ello, ser considerado por el juez. Está claro que los impulsores de la reforma estaban pensando en dictámenes desfavorables vinculantes⁴¹, y por eso pretendían direccionar o limitar la opinión técnica. Frente a la (acertada) eliminación de tal carácter de los dictámenes, la inclusión carece realmente de sentido frente a la naturaleza jurisdiccional del acto otorgante del instituto.

Dicho esto, el análisis de las situaciones que escogió el legislador igualmente nos lleva a dirigir una fuerte crítica. La primera consiste en una violación flagrante del principio de inocencia por cuanto se refiere a la situación de *un proceso penal en curso* seguido frente a la, eventual, comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena. La manifiesta oposición al principio de inocencia que implicaría la valoración en contra del imputado de esa situación no merece mayor ampliación en cuanto a su inconstitucionalidad.

Respecto de la exigencia de haber mantenido una conducta y concepto buena, como mínimo, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida, la cláusula parece limitante de la potestad jurisdiccional para determinar la observancia regular de los reglamentos carcelarios. En este sentido, el legislador podría haber introducido una reforma, modificando el art. 13 del CP y variando la tradicional determinación de la "observancia regular de los reglamentos" por la exigencia de puntajes mínimos específicos. No lo hizo y mantuvo incólume la redacción del art. 13, de modo que debe entenderse que esta parte del art. 28 *no introduce un nuevo requisito objetivo para el acceso al instituto*, ya que sólo regula el carácter del dictamen del organismo técnico que, como se dijo, continúa siendo meramente informativo.

IX.4. Libertad Asistida

corresponde en principio estar a sus términos, salvo que las conclusiones aparezcan teñidas de arbitrariedad, discriminatorias o motivadas por un ánimo de persecución. A este efecto el juez conserva libertad de apreciación de los términos del informe" (CFCP, Sala II, "Sandoval, Carlos Armando s/rec. de cas" c. 13.047, rta. 4/5/2011, reg. 18.411). También la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha sostenido esta posición: "...los jueces que cumplen funciones de ejecución deben controlar la objetividad y la razonabilidad con que deben ser producidos los informes de la Unidad Carcelaria, que sirven como una herramienta que contribuye a formar la convicción del juez que resuelve en la incidencia, y que en consecuencia se encuentran facultados para apartarse de sus conclusiones cuando lo allí informado revele una arbitrariedad manifiesta" (CNCCC, Sala 2, "López Maximiliano Gastón", c. 30.803/14, rta. 15/07/2015, reg. 244/15).

⁴¹ El proyecto original presentado por el diputado Petri incluía en el artículo 28 el siguiente párrafo: "Los informes que desaconsejasen el otorgamiento de la libertad condicional serán vinculantes para el juez de ejecución o juez competente" Cfr. Proyecto de ley Petri, Cámara de Diputados de la Nación, Expte. 4829-D-2016.

El régimen de libertad asistida ha sido, probablemente, el que más modificaciones ha sufrido. Es realmente paradójico que un mecanismo de libertad vigilada tan acotado, que el legislador de 1996 había diseñado con la intención de garantizar el sistema progresivo respecto de *todos* los condenados (incluidos los reincidentes), haya merecido tamaño endurecimiento. Los escasos seis meses de duración que tenía el régimen, con más la cercanía de éste con la segura e inevitable libertad por agotamiento de pena, no justificaban en absoluto la medida legislativa adoptada. Siquiera los niveles de quebrantamiento eran relevantes en la práctica, no sólo porque la libertad asistida no se otorgaba con la frecuencia que la terminología de la redacción original sugería, sino porque, además, materialmente el vencimiento de la pena se producía en tan corto lapso que hasta el potencial reiterante carecía de tiempo material para cometer un nuevo delito antes de que la pena se agote.

La primera modificación es el requisito temporal, que se fija en *tres meses* antes del agotamiento de la pena, transformando en prácticamente irrisorio el período pre-liberatorio. También aquí el legislador, con una pésima técnica legislativa, por dos ocasiones recuerda innecesariamente las limitaciones del art. 56 bis. Éste ya es clarísimo en cuanto a que las personas condenadas por los delitos allí enumerados quedaban excluidas del beneficio de la libertad asistida. Sin embargo, el nuevo artículo 54 aclara dos veces que la libertad asistida se concederá al condenado por delito "no incluido en el artículo 56 bis" y que el juez debe denegar la incorporación a este régimen si el condenado se encuentra "comprendido en las excepciones del artículo 56 bis". El legislador reitera, sin sentido, lo que ya estaba claro como si a fuerza de repetición transformara en válidas, razonables y coherentes con el régimen progresivo a las limitaciones introducidas.

La segunda inclusión incomprensible es la exigencia de que el condenado "posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación". Ello demuestra un desconocimiento evidente de los autores de la reforma, del sistema de avances y retrocesos diseñado por la ley 24.660 y su reglamentación. El artículo 17 original ya contenía como exigencia para las salidas transitorias el contar con conducta ejemplar "o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación". Desde temprano la doctrina y jurisprudencia advirtieron que este agregado constituía un resabio de la legislación anterior (decreto 412/58) y que no se había reparado en que en la ley 24.660 la calificación ya no se relaciona con el monto de la pena impuesta o con el tiempo de detención sufrido. Ni la reglamentación del decreto 396/99, ni la ley (tampoco ninguna disposición de la reforma) establecen que para pasar de una calificación a otra se requiera una permanencia determinada en cada tramo de la escala calificatoria. Sí lo hacían los "viejos" reglamentos del Decreto 412/58,⁴² según los cuales la calificación de conducta estaba condicionada tanto por el monto de la pena, como así también por el tiempo en que el condenado había registrado una calificación anterior determinada. Nada de eso se encuentra vigente y la letra del art. 17 fue

⁴² Cfr. "Reglamento para el Funcionamiento de los Consejo Correccionales", Resolución nro. 731 de la Dirección Nacional de Servicio Penitenciario Federal del 24/06/86, Boletín Público Penitenciario 1729, artículos 8,11 y 12.

siempre entendida como sobreabundante, puesto que como no hay condicionamiento alguno para obtener conducta ejemplar desde la primera calificación, la máxima nota susceptible de ser alcanzada es, siempre, "ejemplar" (López & Machado 2004, 109-110).

Pese a ello, no sólo la reforma reitera el error en el art. 17, sino que lo exige también para la libertad asistida, con el agravante de que ni siquiera menciona aquí la exigencia de tener conducta ejemplar, de modo de poseer un parámetro o referencia de lo que pudo haber querido decir el legislador. Así redactada la norma, es imposible interpretar que exige una calificación determinada sin afectar el principio de legalidad. Entender con esa fórmula que el legislador quiso decir "ejemplar" es una interpretación antojadiza, máxime cuando "la voluntad del legislador" es inescrutable en esta reforma que abunda en improvisación, cortados y pegados, yerros conceptuales y contradicciones. Entendemos que dada la absoluta ilogicidad de esta exigencia con el sistema de calificación de conducta de la ley 24.660, la cláusula debe tenerse por no escrita.

El endurecimiento del nuevo art. 54 cierra eliminando el carácter excepcional del rechazo y su transformación en una orden al juez de denegar el instituto cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad. Se mantienen, finalmente, los mayores recaudos para los delitos contra la integridad sexual, ahora sólo respecto de aquellos en los que la procedencia de la soltura no está directamente prohibida.

X. LA CONTRADICTORIA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PARA GRAVES DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Otra muestra de la falta de seriedad y coherencia interna que presenta la medida legislativa adoptada se verifica en el irresponsable tratamiento que se le dio al problema del abordaje terapéutico en los casos de delitos contra la integridad sexual.

El debate en comisión en la Cámara de Diputados se generó a partir de un proyecto originalmente presentado por la diputada Mónica Litza que se dirigía exclusivamente a proponer el establecimiento de un régimen de ejecución diferenciado para personas condenadas por delitos contra la integridad sexual⁴³. Más allá de que ese proyecto presentaba también varias inconsistencias y tampoco compartimos su punto de partida ni su contenido, tenía una propuesta sobre un tema que constituye una preocupación central en el marco de la ejecución de las penas no sólo en Argentina sino a nivel global. La problemática de los delitos sexuales pone a prueba todo el diseño de ejecución penitenciaria y, por supuesto, es un tema que merece un tratamiento y abordaje serio y detenido, con carácter interdisciplinario.

Simultáneamente, el proyecto del diputado Petri, tenía objetivos sustancialmente diferentes ya que proponía una reforma de corte más estructural de la ejecución penal. El proyecto que finalmente se presentó terminó siendo una mezcla de ambos lo que supuso un problema dado

⁴³ Cfr. Proyecto de ley Litza, Cámara de Diputados de la Nación, Expediente 3805-D-2016

que su origen apuntaba al abordaje de problemáticas, si bien conectadas, de diferente enfoque. Una cosa es dar tratamiento a la complejísima problemática de la ejecución penal en casos de delitos sexuales y otra muy distinta es plantear un quiebre de paradigma en el régimen de ejecución de penas actual. El proyecto en cuestión quedó a mitad de camino entre ambas pretensiones y de allí que evidencia inconsistencias de todo tipo.

Como el proyecto de la diputada Litza originalmente excluía a, prácticamente, todos los delitos contra la integridad sexual, del acceso institutos pre-liberatorios, intentaba resolver qué hacer con la reforma de la ley 26.813⁴⁴, que había incorporado exigencias particulares en los casos de los delitos previstos en los arts. 119 segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del CP. Se decidió "intercambiar" estos artículos por los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del CP y mantener las incorporaciones de aquella ley.

Ello representó inconsistencias severas pues este "reemplazo de artículos" terminó generando que se abandone toda idea de especial tratamiento en casos de delitos graves contra la integridad sexual. Esto se aprecia con particular evidencia en:

- a) La verificación y actualización del tratamiento por el órgano técnico criminológico especializado (art. 27)
- b) La especial atención en casos de prisión domiciliaria (Art. 33)

Contradictoriamente, se terminó poniendo más énfasis en el tratamiento de delitos menores (todos ellos con posibilidad de condena condicional) y se dejó afuera de esa especial atención a los delitos contra la integridad sexual graves. Así el nuevo art. 27 de la ley requiere que el tratamiento penitenciario se verifique y actualice a través de un equipo especializado e interdisciplinario sólo para los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal del Código Penal, pero para los condenados por los delitos más graves contra la integridad sexual (que la ley 26.813 trataba con mayor atención), este requisito ya no es exigible en virtud de este "reemplazo de artículos" que se terminó efectuando.

La misma ilogicidad intrínseca aparece en las exigencias particulares para la prisión domiciliaria. La ley 26.813 había incluido como exigencia adicional para los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119 segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, informes especializados que debían evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. También el solicitante y la víctima podían, en estos casos, proponer peritos especialistas a su cargo y se exigía un dispositivo electrónico de control durante el régimen de prisión domiciliaria.

⁴⁴ Sancionada el 28/11/2012, B.O. 16/1/2013.

Pues bien, el reemplazo de esas disposiciones por las figuras de los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal del Código Penal terminó fijando exigencias superiores a los delitos más leves y *ninguna exigencia adicional* a los delitos sexuales graves originalmente atendidos con mayor precaución por la ley 26.813.

XI. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA

La reforma ha avanzado también sobre la participación de la víctima, una cuestión que lentamente ha venido ganado terreno en el ámbito de la ejecución penal.

El ordenamiento procesal nacional vigente (Código Levene) ha seguido la opción adoptada en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en el que se rechazaba expresamente la posibilidad de toda participación del querellante en el proceso de ejecución penal.⁴⁵ La opción se justificaba en que, con ello, se afianzaba la idea de orientar la ejecución sólo a promover la reinserción social de la persona privada de libertad (Salt 2005, 268), o bien porque “la ejecución de la pena presupone que con la imposición de ésta, el particular damnificado ya ha logrado uno de los propósitos centrales que atañen a su intervención: obtener la condena del imputado” (Bertolino 1998, 109-110). Esta decisión, sin embargo, ha sido objeto de cuestionamientos y su abandono paulatino encuentra quizás, en este proceso de reforma, su punto máximo.

Por diversos factores, en los últimos años la víctima ha sido rescatada del olvido erigiéndose en una preocupación central para el derecho penal y el derecho procesal penal. Esta reaparición ha generado algunas transformaciones, que avanzaron sobre los mecanismos tradicionales de intervención del ofendido, tales como a) la reparación del daño; b) mayores derechos de participación formal en el procedimiento penal y c) derechos reconocidos independientemente de esa intervención⁴⁶.

Por su parte, la opinión de organismos internacionales de derechos humanos ha revitalizado la importancia de la víctima en el proceso penal; al punto tal de considerar que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”⁴⁷. Esto ha llevado a que doctrinariamente se sostenga que

...las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuestas por la normativa supranacional, se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o *comunes* para las víctimas del delito que reclaman

45 Cfr. Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, artículo 83: “El querellante por adhesión no intervendrá más que en el juicio de conocimiento e imposición de la pena; estará excluido del procedimiento para la ejecución penal”.

46 Sobre estas formas de intervención cfr. Bovino (1998, 87 y ss.).

47 Cfr. Comisión IDH, informe nro. 34/96, caso 11.228.

justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o *específicas* para cada uno de ellos (Cafferata Nores 2000, 16-17).

De este modo, se verifica una importante tendencia a considerar que garantías como “la igualdad ante los tribunales”, “el acceso a la justicia y defensa en juicio” y “la imparcialidad e independencia de los jueces” son comunes a la víctima y el acusado (Cafferata Nores 2000, 23 y ss.).

Frente a este panorama, en el cual la sanción penal se erige en derecho de la víctima y fundamento de la persecución penal pública, el traslado de la discusión a la etapa ejecutiva de la sentencia era sólo una cuestión de tiempo. La doctrina especializada fue lentamente orientándose hacia reconocer algunas formas de intervención. Así Cesano, al analizar la limitación del art. 81 del CPP Buenos Aires, opinaba que la exclusión terminante del particular damnificado en los incidentes de ejecución puede en algunos casos conspirar contra otras disposiciones que se adhieren a un modelo de justicia reparatoria (2001, 19 y ss.). Por su parte, Salt planteó la necesidad de prever algún tipo de participación de la víctima, ya sea como sujeto procesal con facultades amplias o como sujeto que debe ser escuchado y atendido por los jueces, sugiriendo, incluso, que la evolución normativa y jurisprudencial supranacional indica que su exclusión puede devenir inconstitucional (Salt 2005, 449 y ss.)⁴⁸.

El primer intento de inclusión de la víctima durante la ejecución penal se dio, en el ámbito nacional, con el Anteproyecto de Código Procesal Penal, presentado el 24 de septiembre de 2007, por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal⁴⁹. Este anteproyecto, que finalmente no fue considerado, preveía el derecho de la víctima a ser anoticiada y ser oída en toda incidencia en la que se podía decidir alguna forma de liberación anticipada del condenado o la extinción de la pena o medida de seguridad (art. 385). Del mismo modo, se regulaba allí la intervención, en carácter de parte querellante, en “los incidentes relativos a la modificación de las condiciones de cumplimiento de la pena que permitan formas de liberación anticipada” (art. 387) y se la facultaba también para promover la revocación de la condena condicional, la libertad condicional, la libertad asistida y “toda otra forma de cumplimiento de la pena en libertad” (art. 395)⁵⁰.

El anteproyecto no obtuvo tratamiento y fue recién en el año 2013 cuando la mencionada ley 26.813, dio el primer paso y modificó los artículos 17, 28 y 54 de la ley 24.660, exigiendo para

48 A esta última solución extrema también arriban, Santi & Griotto: “¿Cuál es el argumento válido justificante de que luego de un proceso oral, público y contradictorio -tal cual exige nuestra Constitución-, pasemos de repente a un proceso ejecucional escrito, privado, inquisitorio y sin intervención ni contralor de parte interesada y legitimizada? Si alguien da coherente respuesta a estos interrogantes, aceptaremos que la víctima del delito, o el ofendido por el delito, o sus derechohabientes, deban excluirse de la etapa de ejecución de la sentencia. Mientras tanto, insistiremos sistemática y constantemente en que su apartamiento es absoluta e indiscutiblemente inconstitucional” (2005, 33-34).

49 Creada por Decreto Nro. 115/2007 del 13 de febrero de 2007, B.O. 16/2/2007.

⁵⁰ Para un análisis de la regulación del anteproyecto Cfr. Alderete Lobo (2008).

los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 del C.P. que el juez, antes de tomar una decisión sobre la incorporación del interno a los institutos de salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida deba: "notificar a la víctima o su representante legal, la cual será escuchada si desea hacer alguna manifestación".

Nosotros habíamos criticado el contenido de esta reforma porque la pretendida especial atención que dirigía a los casos de delitos contra la integridad sexual era meramente aparente. Regulaba livianamente la intervención de la víctima en el incidente sin establecer reglas específicas sobre el modo en que debe ser oída y sobre la incidencia de sus manifestaciones o los aspectos que ésta podía abarcar. La intervención de la víctima en los incidentes de ejecución vinculados con aquellos delitos era una cuestión que merecía un tratamiento profundo y específico. Más aun considerando la particular aflicción que este tipo de delitos puede ocasionar y el justificado temor de revictimización que generan. Es por ello que la regulación debía ser sumamente cuidadosa, atendiendo al interés real de la víctima en participar y garantizando su asistencia legal y material. La reforma regulaba displicentemente esta cuestión, sin garantizar, por un lado, mecanismos eficaces para la protección de la víctima ni, por el otro, reglas claras respecto del carácter de su intervención que permitan regular los alcances de sus expresiones en el incidente (Alderete Lobo 2016, 145-147).

La presente reforma de la ley 27.735 es, más allá de sus defectos, en parte superadora de estas objeciones. Se introduce el artículo 11 bis que determina que: "La víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación.

Fija como obligación del tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, la de consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. La norma también categoriza como falta grave el incumplimiento del juez de las obligaciones establecidas en la norma.

La regulación de la intervención de la víctima durante la ejecución debe complementarse con la ley 27.372⁵¹, de modo que queda garantizada, por un lado, su representación legal y, por el otro, la posibilidad de reclamar medidas concretas de protección. Subsiste, sin embargo, la crítica relacionada con la omisión de definir con algo más de precisión el carácter de su intervención. El hecho de que la víctima pueda "expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente"

⁵¹ Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, Sancionada: 21/6/17 B.O.: 13/7/17.

parece, en el marco de un procedimiento en el que se discute un incidente concreto, una carta abierta inconveniente que puede presentar incompatibilidades con los fines de la ejecución penal. Hubiese sido razonable que el legislador se ocupe, seriamente, de fijar el alcance específico de la intervención de la víctima para demostrar que ello se dirigía a garantizar su representación en miras a su efectiva protección y que su inclusión no resulta una mera medida formal, simplemente demagógica. En este sentido, hubiese sido también conveniente que la ley enumere un catálogo no taxativo de medidas de protección de las que el juez pueda echar mano.

Si bien creemos correcta la decisión de incluir el derecho de la víctima a ser informada y oída cuando se esté por decidir alguna forma de liberación anticipada del condenado, no pensamos lo mismo respecto de la posibilidad de que ésta sea tenida como parte querellante en el incidente de ejecución. Si se intentan analizar en abstracto los móviles que pueden llevar a la víctima a tener interés en ser oída durante la etapa ejecutiva de la sentencia puede advertirse la existencia de tres tipos claramente diferenciados. Por un lado se encuentran las razones de tipo *retribucionista o meramente vindicativas*, cuyo propósito es lograr que la persona condenada obtenga el máximo de sufrimiento posible e impedir el acceso a una reducción del encierro originalmente previsto. Por otro, claramente enfrentado con los móviles anteriores, puede estarse frente a la existencia de intenciones *conciliatorias* que permitan formas de reducción de la intensidad del encierro priorizando la reparación del daño ocasionado y la reinserción social por sobre toda otra finalidad que se atribuya a la pena. Finalmente, se encuentran aquellas personas que habiendo sufrido las consecuencias de un hecho delictivo de particular intensidad, acuden en reclamo de una legítima demanda de *protección* en función de un temor fundado de ser revictimizadas.

Creemos que sólo las dos razones mencionadas en último término pueden tener lugar y merecen ser atendidas en el proceso de ejecución de la pena privativa de la libertad. Ello así pues se trata de una etapa en la cual el único horizonte a alcanzar está nutrido por la idea de reinserción social de la persona condenada. Toda otra finalidad que se oponga a este postulado posee una seria presunción de ilegitimidad constitucional.

La imprecisión (o excesiva amplitud) de la norma en cuanto a lo que la víctima puede manifestar no habilita, a nuestro juicio, a que su participación se asemeje a la de un sujeto procesal en el incidente de ejecución. Le está vedado expresarse sobre la procedencia del instituto preliberatorio de que se trate, sobre el cumplimiento de los requisitos legales, y cualquier otra discusión jurídica que se presente en el caso. En este sentido, no subroga ni sustituye, de ningún modo, al Ministerio Fiscal en la opinión sobre la dirección que debe darse a la ejecución de la pena en concreto y carece, asimismo, de facultades para recurrir la decisión. El nivel de intervención de la víctima en el incidente debe limitarse a expresar e introducir sus pretensiones en cuanto a la adopción de medidas de protección concretas con facultades amplias para expedirse y justificar las razones de su temor de revictimización. Todo ello para ilustrar la decisión del juez en la utilización de las "medidas precautorias" a las que hace referencia el art. 13 de la ley 27.372.

Las razones de nuestra opinión se apoyan centralmente en que la ley 27.372 no modificó (pudiendo hacerlo) el art. 491 del CPPN que en su parte pertinente expresa de manera contundente que "la parte querellante no tendrá intervención". Esto no puede entenderse tácitamente, pues la ley sí modificó dos normas específicas del procedimiento de ejecución para adecuar la intervención de la víctima (arts. 496 y 505 del CPPN) y mantuvo el rechazo hacia que la víctima intervenga como parte querellante. Esto confirma entonces su exclusión como sujeto procesal con facultades para pronunciarse sobre los extremos legales y recurrir el decisorio. Se trata simplemente de una intervención a los efectos oír la con fines de asistencia y protección.

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El repaso efectuado evidencia que las descalificaciones que dirigimos a la reforma al inicio de este trabajo no fueron ociosas. Incluso si se pretendiese defender la decisión legislativa desde el punto de vista político, de oportunidad y conveniencia, el descalabro sistemático efectuado es tal que sólo la derogación íntegra de la reforma o la sanción de una nueva ley de ejecución de penas podría dar solución a ello.

La inflación penal de emergencia, se presenta de diversas formas generalmente apuntando al endurecimiento cuantitativo de la respuesta penal o a la tipificación de nuevas conductas en la parte especial del Código Penal. De un tiempo a esta parte el legislador nos acostumbró a que, en estos procesos, iba echar mano, también, de los institutos penitenciarios de modo de complementar el incremento punitivo con el endurecimiento del aspecto cualitativo de la pena.

Estas modificaciones parciales, si bien presentaron en la práctica ejemplos de enorme asimetría penal, no llegaron nunca a constituir una reforma estructural de la parte general del Código Penal. Nunca llegó el legislador a ese límite, probablemente conocedor de que una decisión de esas características no podía tomarse a la ligera. El legislador fue consciente, hasta ahora, que la única forma de realizar semejante reforma era a través de un proyecto integral elaborado y confrontado con la opinión y debate de especialistas en la materia.

Imaginemos, por hipótesis, una ley que realice modificaciones al régimen de aplicación de la ley penal, de las penas, de la condenación condicional, del régimen de imputabilidad, la tentativa, la participación criminal, la reincidencia, el concurso de delitos, el ejercicio y extinción de la acción penal. Imagine el lector una reforma de todo ello, emparchada, realizada de apuro, con el abuso de "cortado y pegado", y sobre la base de proyectos elaborados con yerros conceptuales groseros que demuestran el absoluto desconocimiento de la materia y de los antecedentes que llevaron a la regulación que se retoca. La reforma de la ley 24.660 que aquí cuestionamos es, a la ejecución penal, lo que ese escenario hipotético planteado representaría para la parte general del derecho penal. De esa magnitud y de esas proporciones es el daño hecho.

Despojados de cualquier posición ideológica, a nosotros nos parece que el producto de esta reforma presenta características de una irracionalidad y autocontradicción conceptual y

estructural que la transforman íntegramente en inconstitucional. Si eso no se comparte, y se pretendiese analizar separadamente las modificaciones introducidas, también se evidencian defectos y contradicciones internas que hacen imposible la interpretación teleológica de muchas de las normas contenidas en la ley de ejecución de penas.

La medida legislativa representa, además, un desafío para la administración penitenciaria, que deberá regular la convivencia de personas sometidas a dos regímenes distintos; unas sin esperanza o incentivo para aspirar a la libertad, y otras para las cuales el apego a las normas y progresos en los programa de tratamiento individual tendrá sentido e impacto en la reducción del encierro. Las relaciones de poder que este contraste puede generar, en un ambiente particularmente conflictivo como la prisión, son inimaginables.

Cerramos estas apreciaciones con cierto pesimismo pues el carácter estructural de la reforma no avizora que el escenario de control de constitucionalidad (incluso el más favorable que pueda presentarse) pueda dar solución a la inseguridad jurídica que representará tener una población penitenciaria sometida a múltiples regímenes de encierro. Sólo nos queda depositar la expectativa en la sanción, en el corto plazo, de una ley derogatoria de estas modificaciones o, directamente, de una nueva que a partir de un debate serio y responsable, restablezca el derecho de ejecución penal en la Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

Aftalión, Enrique R. & Alfonsín, Julio A. 1953. *“La ejecución de las sanciones penales en la República Argentina”*. Buenos Aires: Talleres Gráficos de la Dirección General de Institutos Penales de la Nación.

Alderete Lobo, Rubén A. 2008. *“El Procedimiento de Ejecución”*, en *“Análisis Crítico del Anteproyecto de Reforma Procesal Penal Nacional”*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Nro. 6/2008. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Alderete Lobo, Rubén A. 2016. *“Comentario a los artículos 1 a 11 de la ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”* en Código Penal y normas complementarias análisis doctrinal y jurisprudencial, vol. 15 David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (directores) Marcela De Langhe y Marco. A. Terragni (coordinadores). Buenos Aires: Hammurabi.

Alderete Lobo, Rubén A. 2016. *“La libertad condicional”*, en AROCENA, Gustavo A- CESANO, José D. (directores) Instituciones de derecho penitenciario Nº 3. Buenos Aires: Hammurabi.

Bertolino, Pedro. 1998. *“Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (Ley 11.922). Comentado y concordado”*. 5ta edición. Buenos Aires: Depalma.

Bidart Campos, Germán J. 2000. *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*. Tomo I-A. Buenos Aires: Ediar.

Bidart Campos, Germán J. 2001. *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"*. Tomo I-B. Buenos Aires: Ediar.

Bovino, Alberto. 1998. *"Problemas del derecho procesal contemporáneo"*. Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Cafferata Nores, José I. 2000. *"Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino"*. Buenos Aires: CELS-Ed. del Puerto.

Cesano, José Daniel. 2001. "La exclusión del particular damnificado en los incidentes de ejecución frente a un modelo de justicia reparatoria" en *Colección Jurisprudencial Zeus* (62): 58.

Cesano, José Daniel. 2005. "Ejecución de la pena privativa de la libertad y voluntariedad del tratamiento" en *"El derecho penal del Siglo XXI"*, Homenaje al Doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, dirigido por Raúl E. Zaffaroni y coordinado por Marco A. Terragni. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo.

Cuellon Calón, Eugenio. 1958. *"La moderna penología"*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

García Basalo, Juan Carlos. 1975. *"El régimen penitenciario argentino"*. Buenos Aires: Ediciones Librería del Jurista.

Garrido Guzmán, Luis. 1983. *"Manual de Ciencia Penitenciaria"*. Madrid: EDERSA.

Gómez, Eusebio. 1939. *"Tratado de Derecho Penal"*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Herbel, Gustavo. 2005. *"La ley 24.660 es un marco mínimo mejorable por la legislación provincial. ¿Error o acierto de la Corte?"*. *Nueva doctrina penal*, (2), 567-594.

López, Axel & Machado, Ricardo. 2004. *"Análisis del Régimen de Ejecución Penal"*. Fabián Di Plácido.

Luder, Ítalo Argentino. 1959. "Sistema Jurídico de la Ejecución Penal". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, (96).

Luder, Ítalo Argentino. 1976. "Deslinde Constitucional de la Ejecución de la Pena". *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, (101-102).

Mapelli Caffarena, Borja. 1984. "Sistema Progresivo y tratamiento". *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Edición de la Universidad de Alcalá de Henares, (5): 139-171

Mapelli Caffarena, Borja y Alderete Lobo, Rubén A. 2015. *"Manual de buenas prácticas penitenciarias"*. Madrid: AIDEF-EUROSOCIAL II.

Marcó Del Pont, Luis. 1984. *"Derecho Penitenciario"*. México: Cárdenas Editor.

Merlo, Carlos Alberto. 2005. *"Del cabildo hasta la demolición de la penitenciaría nacional. Resumen de historia penitenciaria"*, Servicio Penitenciario Federal.

Moreno, Rodolfo (h). 1922. *"El código penal y sus antecedentes"*. Buenos Aires: H.A. Tommasi Editor.

Muñoz Conde, Francisco & García Aran, Mercedes. 1993. *"Derecho penal. Parte general"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Neuman, Elías. 1984. *"Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica"*. 2da Ed. Buenos Aires: Depalma.

Núñez, Ricardo C. 1960. *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

O'Connor, Juan José. 1935. *"Cárceles de los territorios nacionales. Año 1933"*. Buenos Aires: Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional.

Rodríguez, Mónica M. & Luengo, Lydia T. 1989. "Libertad condicional. Observancia regular de los reglamentos carcelarios". *Revista El Derecho*, (131): 747 y ss.

Saba, Roberto. 2007. *"(Des)igualdad estructural"* en El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coordinadores). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Salt, Marcos. 2005. *"La figura del juez de ejecución penal en Latinoamérica (La influencia de las ideas del Prof. Dr. Julio B.J. Maier en el marco el proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en Latinoamérica)"* en "Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier". Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Salt, Marcos. 2005. *"Los derechos fundamentales de los Reclusos en Argentina"* en Lñaqui Rivera Beiras-Marcos Salt "Los derechos fundamentales de los Reclusos España y Argentina". Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Santi, José L. & Griotto, Eric N. 2005. *"Tribunal de ejecución penal"*. Córdoba: Alveroni Ediciones.

Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). 2015. *"Informe Anual"* Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf [consultado el 20-12-2017]

Soler, Sebastián. 1963. *"Derecho Penal Argentino"*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Zaffaroni, Eugenio R. 1983. *"Tratado de Derecho Penal. Parte General"*. Tomo V. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. 2002. *"Derecho Penal-Parte General"*, 2da edición. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1995. *“Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”*. El derecho penal hoy, Homenaje al Prof. David Baigún. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.