

Tema:

DE LOS AVANCES Y RETROCESOS DE LA LEY DE EJECUCIÓN DE LA PENA (¿SINTOMA DE LA MOVILIDAD DEL PUNTO DE EQUILIBRIO EN LA ANTINOMIA FUNDAMENTAL?)

¿RESULTA CONSTITUCIONAL EXCLUIR A LOS CONDENADOS POR DETERMINADOS DELITOS DEL RÉGIMEN DE PROGRESIVIDAD?

Índice tentativo:

1. *Introducción.*
2. *Antecedentes históricos de la pena*
3. *Criminología y pena*
 - 3.1. *Panóptico*
 - 3.2. *Escuela criminológica positivista italiana.*
 - 3.3. *Batalla teórica “El criminal no es un hombre común si no que por sus características rasgos morfológicos y psíquicos, constituye a un tipo especial ”¹ en la actualidad.*
4. *El fin de la pena en el derecho argentino.*
 - 4.1. *Principios de la Ejecución de la pena.*
 - 4.2. *Progresividad del régimen penitenciario.*
5. *Período de Prueba*
 - 5.1. *Periodo de prueba. función. alcance*
 - 5.2. *Libertad Condicional –Libertad Asistida – Semilibertad – Prisión Discontinua y semidetención*
 - 5.3. *Importancia de este periodo en el régimen de progresividad*
 - 5.4. *Reducción de la posibilidad de aplicación de estos mecanismos. Constitucionalidad*

¹ Cesare Lombroso, la teoría del Criminal Nato.

6. *Las posturas de Los Tribunales Superiores de Justicia de distintas Provincias - Principio Básico afectado y reconocido por la Jurisprudencia – Análisis de diferentes fallos de la Cámara Federal de Casación penal.*

7. *Conclusión*

1.-INTRODUCCIÓN

Estimado Lector, encontrará en estas páginas una serie de planteos, también seguramente encuentre errores en los que seguramente haya incurrido quien suscribe. Lo cierto es que tendrá una posición tomada respecto a la ley 24660. El Profesor Alberto Binder se refiere al querido Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires por sus idas y venidas, sus modificaciones parciales como el Frankenstein de los Códigos de Procedimientos, me atrevo a utilizar el mismo paralelismo para la ley 24660, la que ha ido sufriendo modificaciones parciales que la transforman en la voz del clamor popular. Mi punto de partida está puesto en la absoluta necesidad de democratización real, y no solo desde lo discursivo, de las instituciones, teniendo en cuenta que el sistema penal es uno solo, integrado por distintas partes que deben funcionar articuladamente para que se logren los fines del mismo.

En su lugar, de última ratio, el sistema penal debe dar una respuesta democrática a la conflictividad penal, y no aporta a esta máxima reformas demagógicas que buscan congraciarse con los pedidos de mayor punitividad, creyendo que de este modo se logra mayor seguridad. A partir de la sanción de la ley 27.375 en julio de 2017 se produce la reforma más importante de la ley 24660 de ejecución de la Pena Privativa de la libertad. Como un golpe letal para el Derecho de ejecución de la pena, esta reforma de mala calidad legislativa, cargada de contradicciones en sí misma, viene a dar por tierra con años de historia legislativa y científica penitenciara en nuestro país.

No he de esconder mis profundas diferencias con el sentido y la oportunidad de la reforma analizada. Esta reforma respondió como otras al reclamo de la ciudadanía manifestando que muchos delincuentes entran y salen con beneficios que otorga la ley 24660, quienes,

en el entender de la ciudadanía no cumplen su condena, saliendo a mitad de la misma y volviendo a delinquir. Del proyecto original del Diputado Luis Petri quien basa su proyecto en el reclamo constante y reiterado de la ciudadanía en el sentido de cerrar la puerta giratoria .

Las estadísticas demuestran que esto resulta falaz, que no existe esto de que muchos delincuentes obtienen los beneficios de la ley y vuelven a delinquir. La realidad demuestra que es menor a lo que se plantea como un problema de gravedad y que si bien existen algunas situaciones es el menor de los casos.

Esta reforma hiere de muerte el derecho de Ejecución de la pena ya que rompe con uno de los principios pilares del Derecho de Ejecución de la Pena, el Principio de Progresividad del régimen carcelario. Se excluye la posibilidad de acceder a un régimen de libertad previo al agotamiento de la pena a las personas condenadas por un importante número de delitos. Se amputa el régimen progresivo al quitarle la posibilidad de reincorporación social del penado antes del vencimiento de la pena mediante los institutos de libertad vigilada.

La imposibilidad que trae la reforma del sistema de liberación anticipada resulta contraria a la idea de régimen progresivo resultando como antes dijera en una clara contradicción en la que cae la ley 24660 reformada.

También abordaré en este trabajo la violación del Principio de igualdad. Este principio es vulnerado por la reforma en relación al derecho a la reinserción social que emana de la Constitución Nacional como del bloque de constitucionalidad en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 5.6, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 10.3. Este Derecho a la reinserción no puede bajo ningún punto de vista crear distintos tipos de sujetos y a partir de las diferencias que se marquen unos si y otros no.

La finalidad de reinserción social emanada de los pactos internacionales referidos es el fin de la ejecución de la pena, es ni más ni menos que la obligación del estado de proporcionar a l individuo condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social para recobrar la libertad. (SALT, 2005)

En la ley 24660 la finalidad de la pena como reinserción social surge del artículo 1° de la misma, finalidad que debe ser entendida como esencial.² Vease que la misma reforma hoy atacada, ley 27.375 incorpora modificaciones en el original art 1 de la ley 24660 pero rectifica el fin esencial de la Ejecución de la pena con base en la reinserción social, aunque luego se va a olvidar de esto y va a crear una nueva clase de delitos que no gozan de este principio de progresividad o pero aún crea una nueva clase de individuos a los que no parece querer reinsertar, aunque no aporta una solución solo declara que cierto tipo de individuos no será sometidos a un tratamiento resocializador.

Lo que también resulta destacable es que en nuestro país se cumplirán penas de prisión perpetua literalmente, es decir que al no tener beneficio de libertad anticipada y vigilada cierto tipo de individuo creado por esta ley pasaran el resto de su vida en prisión.

Claramente la reforma operada por la ley 27.375 es creadora de nuevas características de delitos y en claramente de nuevas penas para estos delitos.

En puntos posteriores revisaré históricamente la adopción del régimen progresivo, analizaré las características o notas distintivas de este principio fundacional del Derecho de Ejecución de la Pena. Evaluaré las líneas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto y haremos clara referencia de los avances y retrocesos del Derecho de Ejecución de la Pena.

Abordaré el análisis en un breve discurrir por la historia de la pena sus finalidades y su situación actual, más allá de este retroceso grave del que tengo la plena convicción que será superado por la jurisprudencia al respecto.

En síntesis de esta introducción que no deja dudas de mi parecer al respecto, he de adelantar que la importancia de los beneficios de las libertades anticipadas es fundamental en el régimen Progresivo, esencial para el fin de reinserción social del condenado ya que

² **ARTICULO 1º** —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.

(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 27.375](#) B.O. 28/07/2017)

le genera la posibilidad de regreso a la sociedad en un entorno vigilado y acompañado lo que ayuda a superar las posibles frustraciones y dificultades en el entorno de la vida libre.

Cuando el clamor popular pide mano dura es posible ir por el agravamiento de las penas mediante modificaciones al Código Penal o mediante el agravamiento mediante la sustitución de derechos en el marco de la Ejecución de la pena, he aquí el mas claro ejemplo de la segunda hipótesis. Modificando la estructura y amputando el fundamental principio de progresividad.-

“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 forma razonable; el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional”. (BIDART CAMPOS, 2000, pág. 77)

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA

Conocer la historia para entender el presente y construir el futuro evitando cometer los mismos errores.

Análisis del derecho comparado En la historia del castigo y de su forma de cumplimiento pueden advertirse diversos y múltiples sistemas con características diversas. Todos ellos dependen justamente del fin y de la justificación que se le asigne en los diversos periodos de la historia al castigo mismo. Estudiar la historia en este sentido resulta fundamental, pues estamos inmersos en tiempos de profundos cambios culturales, de transiciones que no sabemos muy bien hacia donde nos llevarán, en las que resulta necesario, si queremos comprender acabadamente y situarnos en el presente, revisar cuáles eran las categorías, los discursos y procedimientos que se practicaron en el pasado.

Así, comencemos por mencionar que el encierro como castigo no se conoció sino hasta después del final de la Edad Media y comienzos de la modernidad (Pavarini, 2002) surgieron en Europa las primeras prácticas de lo que podríamos definir como segregación

masiva de personas, las que se efectivizaban a través de diversas instituciones, tales como manicomios, hospitales, casas de corrección, etcétera. Así, los primeros encierros se realizaron como medidas para impedir la propagación de enfermedades o amenazas de contagio de la lepra, por ejemplo, dando origen a las primeras grandes edificaciones que se denominaron **Lazaretos**, perfeccionamiento de tales prácticas segregacionistas con la invención de lo que se denominó **panóptico**.

El primer antecedente de la moderna penitenciaría lo encontramos en las **llamadas work houses (o casas trabajo)**, surgidas en Europa en la segunda mitad del siglo XVI, luego de la independencia de los Estados Unidos de América, la influencia de **las comunidades cuáqueras**, las que se encontraban muy vinculadas a ciertos aspectos confesionales propios del cristianismo y la Iglesia. En este segundo momento, hallamos las primeras experiencias religiosas de la Inquisición, que impusieron las conocidas penitencias, cuya intención era la enmienda de los delitos o pecados (herejías, blasfemias) con la privación de la libertad, aislamientos, etcétera. La privación de la libertad que estos proponían se sufría en el interior de celdas monacales de la época

“El espíritu de la ley sería pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una o buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de que sufren, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que también las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre.” (BECCARIA, pág. 25)

Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas. Mas no bastaba con formar este depósito; era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, quien trata siempre de quitar el depósito no solo la propia porción, sino también de los otros. Se requerían *motivos sensibles* que bastaran para desviar el ánimo despótico de cada hombre de su intención de volver a sumergir las leyes de la sociedad en el antiguo caos. Estos *motivos sensibles*, son las penas establecidas contra los infractores de las leyes. Digo MOTIVOS SENSIBLES, porque la experiencia ha hecho ver que la masa no

adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquel principio universal de disolución que se observa en el universo físico y en la moral, si por motivos que inmediatamente impresionan los sentidos, y que se ofrecen continuamente a la mente para compensar las fuertes impresiones de las pasiones parciales, que se oponen al buen universal; ni la elocuencia ni las declaraciones, ni siquiera ni la más sublime verdad son bastantes para frenar por mucho tiempo las pasiones exitadas por las vivas impresiones de los objetos presentes. (BECCARIA, págs. 20-21)

Aquí Beccaría nos presenta con absoluta claridad lo que llama los MOTIVOS SENSIBLES, y esto no es más ni menos que las penas dispuestas para distintos tipos de conductas que tienen que ver con la intención de los hombres que delinquen de volver al caos natural y salir del orden social. Esto nos remite a pensar que las penas son entendidas por Beccaría como una amenaza de mal para controlar las pasiones. No hay mucho más que decir al respecto, ya que Beccaría es absolutamente claro y sin discursos rimbombantes resume y define lo que le ha llevado a otros tomos y tomos.

Los positivistas se centraron en el método de la observación de las ciencias naturales y trataron de establecer los por qué o las causas de los delitos, analizando la personalidad de los infractores a la ley penal. Vieron en las cárceles verdaderos laboratorios humanos que les permitirían poner a prueba sus hipótesis y encontrar una explicación científica de la criminalidad.

El pensamiento positivista pretendió darle legitimidad a las cárceles, separándose del iluminismo propio de la Ilustración, despejando la racionalidad de sus defensores, quedándose solo con su filosofía racional, científica y práctica. Esto dio origen a los primeros sistemas progresivos basados en el saber científico en torno a la resocialización de los reclusos, derivado del positivismo criminológico. Los detenidos podrían mejorar su situación penitenciaria, e incluso obtener anticipadamente su libertad, si su conducta era considerada favorablemente por las autoridades penitenciarias. Luego, con el influjo propio de las ciencias del hombre, la resocialización del recluso no se dejó más al arbitrio de simples cuerpos de custodios penitenciarios. Se pretendió dotar de carácter científico al mero hecho de permanecer en la cárcel siempre y cuando dicha estancia se realizara bajo el control y diagnóstico de diversos órganos, en los que intervenían ciencias como la medicina, la psiquiatría y la recién aparecida psicología. Así, nace en el marco del régimen penitenciario progresivo, lo que hoy se conoce como tratamiento penitenciario, cuyas

características conserva todavía hoy y cuyo objetivo era terapéutico. Esto es, se pensaba que el establecimiento en el que se cumplía la pena de privativa de la libertad, era una especie de hospital al que se adscribía la función de curar al autor del delito mediante un tratamiento adecuado.

La gran influencia del pensamiento positivista la advertimos aún en nuestros sistemas actuales de ejecución de la pena privativa de libertad. Así, vemos que muchos de los términos e institutos que hoy se aplican provienen de las prácticas adoptadas por sus defensores; por ejemplo, cuando hablamos del periodo de observación o del periodo de prueba, propios del método científico de comprobación de hipótesis (prueba-error), para los cuales se diagrama y proyecta el tratamiento penitenciario, el término tratamiento es propio de las ciencias médicas.

Vinculado y devenido de estas orientaciones, observamos también el efecto de las teorías subculturales de la llamada Escuela de Chicago, cuyos análisis en el campo penitenciario provocaron los primeros estudios etnográficos en las comunidades cerradas, que dieron como resultado conceptos como el de prisionización.

El modelo causal explicativo que proporcionó la teoría de las subculturas criminales fue particularmente utilizado en el ámbito penitenciario para describir la denominada sociedad carcelaria. Así, surgieron los primeros estudios sobre cómo se desenvolvían las organizaciones tanto de reclusos como de los funcionarios o guardiacárceles, cómo se construía un preciso, propio y característico lenguaje carcelario, cómo va apareciendo una jerarquización de un sistema de valores propios en dicho ámbito particular, etcétera. Surgen también de la Escuela de Chicago las llamadas teorías del aprendizaje. De ellas derivaron las nociones de contagio social y de aprendizaje criminal. Estas ejercieron una notable influencia en el campo de la intervención y del tratamiento penitenciario que se extienden inclusive hasta nuestra época. Estas teorías parten de la idea de que el comportamiento criminal es siempre un comportamiento aprendido, por oposición a las originarias y primitivas ideas del determinismo biológico, propias del pensamiento positivista jurídico. En función de dicho aprendizaje, se comienzan a promover e implementar nuevas terapias tendientes a premiar el comportamiento que logre diferenciarse del criminal aprendido. Aquí tienen su inicio los llamados sistemas punitivos premiales que hoy conocemos y que regulan, por ejemplo, la Ley 24.660, cuando dispone el régimen de recompensas a los condenados.

A pesar de que se explique el origen de dicho sistema de premios y castigos en la ideología de la Escuela de Chicago, existen autores que con acierto sostienen que: ...las auténticas finalidades de una intervención semejante siempre estuvieron orientadas a alcanzar la adhesión de los condenados al régimen propio del sistema penitenciario, a fomentar actitudes individualistas (en detrimento de otras solidarias) y en fin, a servir de eficaz instrumento de gobierno disciplinario en el caso específico de las instituciones de segregación. (RIVERA BEIRAS, 2003, pág. 102)

Grandes autores dedicados a estudiar los efectos de las denominadas instituciones totales, como la cárcel, que opinan lo contrario. Entre ellos, Goffman, se dedicó a analizar los institutos psiquiátricos y penitenciarios. Explica con sumo detalle, el deterioro que inevitablemente sufre la personalidad del condenado y la estigmatización que produce en ellos el paso por la cárcel. Así, relata las mortificaciones por las que atraviesa la persona a la entrada de dicha institución total.

O las ceremonias del ingreso que ya desde un inicio influyen en la persona que las vive: ...tomar fotografías al recién llegado, controlarle su peso, colocarle números, registrarlo, efectuar un inventario de sus pertenencias personales [de las que claramente se los priva], desvestirle completamente, ordenarle que se bañe, desinfectarle, cortarle el cabello, entregarle la ropa perteneciente a la institución, asignarle un lugar para vivir, instruirlo sobre las normas del instituto, etc., constituyen “manoseos que permiten moldear y clasificar al recién llegado como un objeto a introducir en el apartado del establecimiento para la mejor adaptación de un yo. Se trata, en realidad, de 11 adaptación- desintegración” (RIVERA BEIRAS, pág. 119)

Esto ha llevado a hablar de la ficción del ideal resocializador, como función de la pena privativa de la libertad, en las legislaciones actuales. Así, se ha sostenido que: ...el objetivo manifiesto de la institución es cumplir el mandato legal resocializador, aunque el objetivo latente es el mantenimiento del orden interior. En ambos casos, la estrategia de organización a corto plazo consiste en modificar las pautas de comportamiento de los internos forzando una adaptación mediante una combinación de castigo y persuasión. En este proceso se acaba produciendo una selección entre los internos, a través de la cual los más proclives a exhibir un cambio de actitud son recompensados. La conformidad aparece como una forma de negociación entre el interno y la institución sobre la forma de definir la realidad; pero frente a la distribución asimétrica de poder, y de la definición sobre la

necesidad y condiciones de reeducación, los internos se defienden con la desidia frente a las actividades propuestas que no responden a sus intereses, o bien, manteniendo sus hábitos de conducta y su moral de forma clandestina. Esa resistencia a la influencia es lo que se llama “conformidad simulada”, que consiste en aceptar de forma pública un comportamiento o un sistema de valores sin adherirse a ellos de forma privada (RIVERA BEIRAS, 2003, págs. 119-120)

No obstante ello, y sin desconocer que el ideal resocializador posee varios inconvenientes, en la actualidad, se reconoce que dicho ideal tiene constitucionalmente un alcance limitado. Se habla así de un programa de resocialización mínimo.

Los regímenes progresivos resultaron de la obra de los establecimientos penitenciarios que idearon diversos sistemas que tomaron de base el innato e irrefrenable deseo de libertad de los presos, esta fuerza motora resulta la fuerza que encausa la emulación de las conductas que conducen a la ansiada libertad. De este modo se da origen a las penas con una característica particular que tiene que ver con una idea de indeterminación, ya que su duración en algún punto tiene que ver con la conducta, actitud y comprensión por parte del recluso.

Esta posibilidad de disminución de la intensidad de la pena queda en la órbita personal del propio interno que de acuerdo con su conducta y comportamiento avanza o retrocede en el programa. De esta manera atravisa las distintas etapas hasta la libertad condicional. Claramente dependiendo este transitar del propio recluso, haciendo entonces que sea protagonista indiscutible de su destino penitenciario.

3. CRIMINOLOGÍA Y PENA

3.1 PANÓPTICO

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido

levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio,1 quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento".

Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d'Amsterdam.

Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas. . . "Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: 'Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme.' Todos los espectadores quedaron edificadas de la solicitud del párroco de Saint-Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente."

"Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos molas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

"Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba.

He aquí, pues, un suplicio y un empleo del tiempo. No sancionan los mismos delitos, no castigan el mismo género de delincuentes. Pero definen bien, cada uno, un estilo penal determinado. (FOUCAULT, 2002., pág. 6 a 11)

El gran Foucault comienza de esta manera su gran obra Vigilar y Castigar, con la clara y dura descripción de una sentencia a suplicios dictada contra Damiens. Así comenzará el

abordaje de su estudio de la cárcel. En los últimos tiempos hemos sido testigos de duras críticas o mas bien acusaciones contra Michel Foucault, a quien se lo acusó de abusador sexual, pedófilo. Y aunque de inmediato estas acusaciones podrían poner en crisis su obra, solo faltan unos instantes para poder entender que tan magnífica obra no puede ser eclipsada por las acciones de su autor lejos de la brillantez con que se introdujo en el estudio y producción del pensamiento al respecto del tema que hoy me convoca. Por lo que mas allá de las acusaciones que en definitiva no son mas que eso y rige y lo hará por siempre el principio de inocencia. Y aunque me mantengo en el concepto de la obra de Foucault, no quería dejar de mencionar esto.

Esquemas diferentes, pues, pero no incompatibles. Lentamente, se les ve aproximarse; y corresponde al siglo XIX haber aplicado al espacio de la exclusión cuyo habitante simbólico era el leproso (y los mendigos, los vagabundos, los locos, los violentos, formaban su población real) la técnica de poder propia del reticulado disciplinario. Tratar a los "leprosos" como a "apestados", proyectar los desgloses finos de la disciplina sobre el espacio confuso del internamiento, trabajarlo con los métodos de distribución analítica del poder, individualizar a los excluidos, pero servirse de los procedimientos de individualización para marcar exclusiones, esto es lo que ha sido llevado a cabo regularmente por el poder disciplinario desde los comienzos del siglo XIX: el asilo psiquiátrico, la penitenciaría, el correccional, el establecimiento de educación vigilada, y por una parte los hospitales, de manera general todas las instancias de control individual, funcionan de doble modo: el de la división binaria y la marcación (loco-no loco; peligroso-inofensivo; normal-anormal); y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial (quién es; dónde debe estar; por qué caracterizarlo, cómo reconocerlo; cómo ejercer sobre él, de manera individual, una vigilancia constante, etc.). De un lado, se "apesta" a los leprosos; se impone a los excluidos la táctica de las disciplinas individualizantes; y, de otra parte, la universalidad de los controles disciplinarios permite marcar quién es "leproso" y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de la exclusión. La división constante de lo normal y de lo anormal, a que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a otros objetos distintos, la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, hace funcionar los dispositivos disciplinarios a que apelaba el miedo de la peste. Todos los mecanismos de poder que, todavía en la actualidad, se disponen en torno de lo anormal, para marcarlo,

como para modificarlo, componen estas dos formas, de las que derivan de lejos. **El Panóptico de Bentham**³ es la figura arquitectónica de esta composición. Conocido es su principio: en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra, que da al exterior, permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz, se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de la periferia. Tantos pequeños teatros como celdas, en los que cada actor está 185 solo, perfectamente individualizado y constantemente visible. El dispositivo panóptico dispone unas unidades espaciales que permiten ver sin cesar y reconocer al punto. En suma, se invierte el principio del calabozo; o más bien de sus tres funciones —encerrar, privar de luz y ocultar—; no se conserva más que la primera y se suprimen las otras dos. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra, que en último término protegía. La visibilidad es una trampa. Lo cual permite en primer lugar —como efecto negativo— evitar esas masas, compactas, hormigueantes, tumultuosas, que se encontraban en los lugares de encierro, las que pintaba Goya o describía Howard. Cada cual, en su lugar, está bien encerrado en una celda en la que es visto de frente por el vigilante; pero los muros laterales le impiden entrar en contacto con sus compañeros. Es visto, pero él no ve; objeto de una información, jamás sujeto en una comunicación. La disposición de su aposento, frente a la torre central, le impone una visibilidad axial; pero las divisiones del anillo, las celdas bien separadas implican una invisibilidad lateral. Y ésta es garantía del orden. Si los detenidos son unos condenados, no hay peligro de que exista complot, tentativa de evasión colectiva, proyectos de nuevos delitos para el futuro, malas influencias recíprocas; si son enfermos, no hay peligro de contagio; si locos, no hay riesgo de violencias recíprocas; si niños, ausencia de copia

³ Jeremy Bentham, filósofo utilitarista cuyo **cuerpo** descansa en los pasillos de la University College London, el mismo Bentham requirió ser embalsamado para poder ser parte en las discusiones filosóficas de todas las épocas. Por un defecto del proceso de embalsamamiento su cabeza sufrió los daños del tiempo y fue sustituida por una cabeza de cera pero su cabeza original o lo que quedó de ella se encuentra justo al cuerpo que está sentado en una silla y la cabeza en los pies para que todos siempre lo tengan presente y de hecho el cuerpo de Jeremy participa de ciertas reuniones filosóficas, Claramente el panóptico se encontraba en sus ideales. El origen de la videovigilancia moderna radica en las enseñanzas de **Jeremy Bentham**, filósofo, y el **panóptico**, del latín (pan-, todo; -óptico, visión).

subrepticia, ausencia de ruido, ausencia de charla, ausencia de disipación. Si son obreros, ausencia de riñas, de robos, de contubernios, de esas distracciones que retrasan el trabajo, lo hacen menos perfecto o provocan los accidentes. La multitud, masa compacta, lugar de intercambios múltiples, individualidades que se funden, efecto colectivo, se anula en beneficio de una colección de individualidades separadas. Desde el punto de vista del guardián está remplazada por una multiplicidad enumerable y controlada; desde el punto de vista de los detenidos, por una soledad secuestrada y observada. De ahí el efecto mayor del Panóptico: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y de sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce; en suma, que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores. Para esto, es a la vez demasiado y demasiado poco que el preso esté sin cesar observado⁴. (FOUCAULT, 2002., pág. 184)

El peligro de ser sorprendido y la conciencia inquieta de ser observado. El Panóptico es una máquina maravillosa que, a partir de los deseos más diferentes, fabrica efectos homogéneos de poder. Una sujeción real nace mecánicamente de una relación ficticia. De suerte que no es necesario recurrir a medios de fuerza para obligar al condenado a la buena conducta, el loco a la tranquilidad, el obrero al trabajo, el escolar a la aplicación, el enfermo a la observación de las prescripciones. Bentham se maravillaba de que las construcciones panópticas pudieran ser tan ligeras: nada de rejas, ni de cadenas, ni de cerraduras formidables; basta con que las separaciones sean definidas y las aberturas estén bien dispuestas. La pesada mole de las viejas "casas de seguridad", con su arquitectura de fortaleza, puede ser sustituida por la geometría simple y económica de una "casa de convicción". La eficacia del poder, su fuerza coactiva, han pasado, en cierto modo, al otro lado —al lado de su superficie de aplicación.

El Panóptico es una colección zoológica real; el animal está remplazado por el hombre, por la agrupación específica la distribución individual, y el rey por la maquinaria de un poder furtivo. Con esta diferencia: el Panóptico, también, hace obra de naturalista. Permite establecer las diferencias: en los enfermos, observar los síntomas de cada cual, sin que la

⁴ 2 J. Bentham, *Panopticon, Works*, ed. Bowring, t. iv, pp. 60-64. Cf. lám. 17.

proximidad de las camas, la circulación de los miasmas, los efectos del contagio mezclen los cuadros clínicos; en los niños, notar los hechos singulares (sin que exista imitación o copia), localizar las aptitudes, y en relación con una evolución normal, distinguir lo que es "pereza y terquedad" de lo que es "imbecilidad incurable"; en los obreros notar las aptitudes de cada cual, comparar el tiempo que tardan en hacer una obra, y si se les paga por día, calcular su salario consiguientemente.

El Panóptico se considera jaula cruel y sabia. El hecho de que haya, aun hasta nuestros días, dado lugar a tantas variaciones proyectadas o realizadas, demuestra cuál ha sido durante cerca de dos siglos su intensidad imaginaria. Pero el Panóptico no debe ser comprendido como un edificio onírico: es el diagrama de un mecanismo de poder referido a su forma ideal; su funcionamiento, abstraído de todo obstáculo, resistencia o rozamiento, puede muy bien ser representado como un puro sistema arquitectónico y óptico: es de hecho una figura de tecnología política que se puede y que se debe desprender de todo uso específico.

Si Bentham ha puesto en evidencia el ejemplo de la penitenciaría, es porque en ésta se ejercen funciones múltiples (vigilancia, control automático, confinamiento, soledad, trabajo forzado, instrucción).

"Reformar la moral, preservar la salud, revigorar la industria, difundir la instrucción, aliviar las cargas públicas, establecer la economía como sobre una roca, desatar, en lugar de cortar, el nudo gordiano de las leyes sobre los pobres, todo esto por una simple idea arquitectónica".

De hecho, toda institución panóptica, así sea tan cuidadosamente cerrada como una penitenciaría, podrá sin dificultad estar sometida a esas inspecciones a la vez aleatorias e incesantes; y esto no sólo de parte de los inspectores designados, sino de parte del público. Cualquiera miembro de la sociedad tendrá derecho a ir a comprobar con sus propios ojos cómo funcionan las escuelas, los hospitales, las fábricas, las prisiones. No hay peligro, por consiguiente, de que el aumento de poder debido a la máquina panóptica pueda degenerar en tiranía; el dispositivo disciplinario estará democráticamente controlado, ya que será accesible sin cesar "al gran comité del tribunal del mundo"

El imaginar esta corriente continua de visitantes penetrando por un subterráneo hasta la torre central, y observando desde allí la vista circular del Panóptico, hace suponer que Bentham conocía los Panoramas que Barker construía exactamente por el mismo tiempo

(el primero parece ser de 1787), y en los cuales los visitantes, ocupando el lugar central, veían desarrollarse en torno suyo un paisaje, una ciudad, una batalla. Los visitantes ocupaban exactamente el lugar de la mirada soberana.

Y para ejercerse, este poder debe apropiarse de instrumentos de una vigilancia permanente, exhaustiva, omnipresente, capaz de hacerlo todo visible, pero a condición de volverse ella misma invisible. Debe ser como una mirada sin rostro que transforma todo el rostro social en un campo de percepción: millares de ojos por doquier, atenciones móviles y siempre alerta, un largo sistema jerarquizado, (FOUCAULT, 2002., págs. 194-195)

Julius leía como un proceso histórico consumado lo que Bentham había descrito como un programa técnico. Nuestra sociedad no es la del espectáculo, sino de la vigilancia; bajo la superficie de las imágenes, se llega a los cuerpos en profundidad; detrás de la gran abstracción del cambio, se persigue el adiestramiento minucioso y concreto de las fuerzas útiles; los circuitos de la comunicación son los soportes de una acumulación y de una centralización del saber; el juego de los signos define los anclajes del poder; la hermosa totalidad del individuo no está amputada, reprimida, alterada por nuestro orden social, sino que el individuo se halla en él cuidadosamente fabricado, de acuerdo con toda una táctica de las fuerzas y de los cuerpos. Somos mucho menos griegos de lo que creemos. (FOUCAULT, 2002., pág. 200)

3.2 ESCUELA CRIMINOLÓGICA POSITIVISTA ITALIANA.

La “criminología” como campo de saber complejo y polivalente, nace a mediados del siglo XIX de la mano de un médico, Cesare Lombroso quien parte de estudios de personas que se encontraban condenadas por delitos en cárceles italianas, la referencia a la “cuestión criminal”, luego seguido por Garófalo, dan lugar a lo que conocemos como la escuela Positivista Italiana.

La “**criminología**” debe ser comprendida como un espacio **polivalente** de saberes referidos a la “cuestión criminal”, que busca conocer el origen o la causa del delito.

Este primer avance de la ciencia sobre esta cuestión de la mano de Lombroso fue poco tiempo después de su creación objeto de críticas de distinto nivel hasta incluso procurar

el agravio a quienes se tildaba de lombrosianos, pero no podemos perder de vista que es el nacimiento de este campo de saberes complejo y polivalente que hasta nuestros días es de suma importancia para el derecho penal.

Lombroso se valía de la ciencia que manejaba que era la medicina para entender o dar respuesta a la cuestión criminal en cuestiones fisonómicas, morfológicas, creando así un catálogo de personas que por características fisonómicas cometen determinados delitos.

En el Hombre criminal desarrolla un análisis desde el cual entiende que por razones de tipo físicas el hombre tiene propensión a conductas delictivas. Pero Lombroso va más allá y en su obra “Causas y remedios del delitos” el autor Italiano busca en cuestiones raciales e incluso más claramente en cuestiones regionales la causa del delito. Así hace referencia a que los centros poblacionales resultan claves en las conductas delictivas que se desarrollan, dice: “ en todas las regiones de Italia y en cada una de sus provincias, casi, existe alguna localidad famosa por haber salido de ella una serie ininterrumpida de delincuentes especiales.

Lo que muchos años después resultara base ideológica racial del Nazismo en muchos pasajes de la obra del autor Italiano son la base y la razón del delito.

En la Liguria... es proverbial por las estafas, Campofredo y Masson por los homicidios, en la Provincia de Lucca, es conocida por sus asesinatos y el Piamonte por sus ladrones campestres, la Italia meridional ha tenido siempre bandidos desde 1870.”⁵ Hace de esta manera también una localización regional de los delitos.

Pero lo que llevó a la criminología a un fuerte debate en torno a las ideas de Lombroso no nos debe dejar perder de vista que en la actualidad cuando se constituye en detenido a una persona lo primero que se realiza es un minucioso estudio médico.

Así nace la Criminología tal y como la conocemos hoy, con esta mirada que tal vez hoy nos parezca anacrónica, aunque dentro de esta misma escuela hayan ocurrido distintas sintonías de pensamiento que ampliaron esta idea inicial y como podemos advertir, por ejemplo Enrico Ferri, entiende los factores sociológicos son importantes, así como los factores antropológicos, a la hora de explicar por qué las personas cometen delitos.

⁵ Cessare LOMBROSO, “CAUSAS Y REMEDIOS DE LOS DELITOS” capítulo III Influencia de raza- salvajes buenos- Centros criminales- Raza semita- los griegos en Italia y Francia-Índice cefálico- Color de los cabellos- Judíos – Gitanos.

Por otro lado, para Melossi los criminólogos positivistas se vieron atravesados por la crisis de fin de siglo y el surgimiento del socialismo en el escenario italiano y esto incidió en la manera en que algunos fueron modificando sus ideas.

3.3. BATALLA TEÓRICA “EL CRIMINAL NO ES UN HOMBRE COMÚN SI NO QUE POR SUS CARACTERÍSTICAS RASGOS MORFOLÓGICOS Y PSÍQUICOS, CONSTITUYE A UN TIPO ESPECIAL ” EN LA ACTUALIDAD.

Esta fuerte idea que durante años resultó inojetable fue luego con los años atravesada por duras críticas por parte de los criminólogos, quienes entendían que el ideario Lombrosiano era carente de certezas porque perdía de vista cuestiones fundamentales en la causa del delito. Pero Esta idea que el hombre criminal no es un hombre común sino que por sus características morfológicas y psíquicas constituye un tipo especial, se ha reeditado una y otra vez.

Tal vez no resulte la base del pensamiento de la criminología, pero muchos autores han vuelto sobre esta idea, con capas de maquillaje pero sin apartarse de la base ideológica. Parece que resulta la respuesta más clara y simple al problema del delito, a la cuestión criminal y desde ese lugar de facilidad y de cuasi comodidad dan respuesta a la pregunta de las causas del delito.

La gran influencia del pensamiento positivista la advertimos aún en nuestros sistemas actuales de ejecución de la pena privativa de libertad. Así, vemos que muchos de los términos e institutos que hoy se aplican provienen de las prácticas adoptadas por sus defensores; por ejemplo, cuando hablamos del periodo de observación o del periodo de prueba, propios del método científico de comprobación de hipótesis (prueba-error), para los cuales se diagrama y proyecta el tratamiento penitenciario, el término tratamiento es propio de las ciencias médicas.

De hecho la reforma propiciada por la ley 25375 a la ley 24660 crea una clase de individuos que no tienen derecho a la pena tal como la plantea nuestro derecho penal, creando sujetos diferentes “el criminal no es un hombre común si no que por sus características rasgos morfológicos y psíquicos, constituye a un tipo especial” .

Desde este lugar donde nos paramos a observar vemos que la batalla teórica sigue vigente y que al menos en este caso el vencedor es la escuela positivista italiana y el ideario lombrosiano.

Porque podremos hacer audiencias por zoom e incluso se ha pretendido hacer juicios virtuales (una barbaridad) pero seguimos siendo los mismos trogloditas de hace 200 años.

Así y salvando distancias temporales y científicas, hoy por ejemplo, la imagen, la fotografía da lugar al reconocimiento facial que tiene claras reminiscencias lombrosianas. Parece que esos ideales no han perdido su fuerza y tal vez no hagamos mapas regionales del delito pero si vemos en nuestras cárceles una clara idea común que es la pobreza, las cárceles están llenas de pobres, personas que no tuvieron la posibilidad de lograr la expectativa social.

En el último año me tocó trabajar en construcción, por razones que tal vez no vengan al caso hoy, me encontraba construyendo mi casa y por falta de personal y tuve que poner manos a la obra y hacer trabajos duros, pesados, tales como realizar contrapisos y otros trabajos muy pesados. Mientras esto ocurría tenía la suerte de cursar Criminología en esta carrera dictada por Máximo Sozzo y Nicolás García Long, y como soy un amante del derecho y del estudio de la condición humana traté de que la experiencia que me tocaba vivir en la construcción me diera además de mi casa una experiencia de lo que vive quien se dedica a esta tarea. Encontré algunas respuestas y lejos de ser concluyentes o pretender lograr una teoría general o pensar en generalidades, pude sentir en mi propia piel, y ver con cierta claridad que es lo que viven quienes resultan la mayoría de los detenidos en nuestro país.

El trabajo duro genera distintas consecuencias entre las que pude rescatar, dolor físico, cada día el cuerpo de un trabajador sufre serios dolores, en la espalda, manos, la piel sufre por el contacto con agentes físicos y químicos que provocan heridas. Cuando se termina la jornada laboral los dolores son graves y en mi caso eran calmados por la satisfacción de estar logrando algo que me beneficiaba personalmente. Pero no es la regla, la mayoría trabajan para otros y luego del dolor físico viene la frustración del maltrato laboral de la falta de pago o del pago insuficiente. Esto trae situaciones de dificultades en poder llevar a la mesa familiar lo necesario para poder vivir y sostener una familia.

Los dolores físicos que yo sufrí se mitigaban con la satisfacción personal, y no se veían incrementados por la sensación de frustración que genera que el esfuerzo no sea recompensado.

Todo el dolor y la frustración se intenta mitigar por quienes lo sufren y en muchos casos son el alcohol y las drogas las que agregan a este combo la pérdida de frenos. Así podemos ver que la gran parte de los condenados resultan víctimas de esta realidad, dolor, frustración, agentes externos que dañan la personalidad y esto hace en muchos casos origen de conductas criminales.

Entonces cabe la pregunta y tal vez sea responde a esta que la idea lombrosiana de una razón física del delito que luego fuera ampliada con la causa psicológica y sociológica del delito, pero que no se aparte de esta base de la cuestión criminal, encuadrando a personas que por características físicas o psicológicas cometan delitos hoy solo haya sufrido una pequeña mutación, y ya no sean los gitanos o los griegos sino los albañiles los que constituyen este nuevo objeto de estudio.

Asimismo y en igual sentido muchos estudios criminológicos siguen teniendo base en la población carcelaria por lo que se estudia el fenómeno en el lugar donde debería reconocerse el final del fenómeno.

Por esto entiendo que la batalla teórica no la perdió la escuela Criminológica positivista Italiana sino que sufrió mutaciones pero tiene aún entre muchos estudiosos gran vigencia.

Hace no tanto quien fuera en ese momento jefe de gobierno porteño Maurici Macri, impulsaba la creación de una base de datos genéticos de delincuentes sexuales, en el entendimiento que de este modo lograba avanzar sobre la cuestión criminal.

Tal vez haya mutado el ideario lomrosiano, aunque no de manera significativa, ya no se busca un rasgo morfológico pero otros rasgos son los motores del pensamiento de gran parte de la sociedad en la búsqueda de respuestas a la cuestión criminal.

4. El fin de la pena en el derecho argentino.

Los regímenes progresivos son uno de los sistemas posibles de cumplimiento de pena y nuestro país tiene una tradición normativa arraigada en receptarlo. 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” 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, 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)

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.

4.1. PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

En este acápite haré un breve resumen aunque con la claridad de la inmensa importancia de los Principios fundamentales que rigen la aplicación de la pena de encierro contenidos dentro de la ley 24.660 y su complementación con los principios constitucionales y el soft law que atraviesan esta cuestión. Para este fin, se contextualiza la noción de “principio” y el carácter que esta tendrá dentro de la ley y, por otra parte, se determina la existencia de principios tanto explícitos como implícitos y los problemas que trae su interpretación a través del desarrollo distintos artículos como ejemplificación. Finalmente, desarrolla la posibilidad de individualizar los principios fundamentales que inspiran todo el cuerpo normativo de la ley 24.660 como el caso del principio de reinserción social como meta de la ejecución de la pena privativa de la libertad: Este principio es explicado como representante de un derecho subjetivo del condenado, reconocido por el Estado y verificable en términos de lo que disponen normas positivas en cabeza de los órganos estatales con respecto al recluso.

- Principio de Legalidad Ejecutiva y sus derivados (Reserva, Humanidad, Igualdad y Progresividad):

Recepcionado en nuestra Ley Fundamental (art. 18 de la C.N.) y en los Tratados Internacionales incorporados a ella con jerarquía constitucional (art. 11.2 DUDH, art 9 CADH y art. 15.1 PIDCP) este principio rector, muy claramente puede sintetizarse del siguiente modo: Es la ley la que debe regular de antemano las características cualitativas de la pena y la manera en que se va a ejecutar.-

No solo se encuentra consagrado al máximo nivel normativo, sino que además se halla cristalizado en la ley 24.660 de Ejecución de Pena Privativa de la libertad y se traduce en una fuente inagotable de posibilidades de mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad.-

Sin embargo, el análisis de la normativa citada evidencia algunos errores o deficiencias por parte del legislador al momento de diseñar esta garantía y en tal sentido, los que quizás, más claramente se adviertan son: permitir que la restricción de un derecho pueda tener base reglamentaria (art. 2º de la Ley 24660) y la posibilidad que los reglamentos determinen las faltas medias y leves (art. 85 párrafo 3º ibíd.) .-

La tarea diaria permitiría sumar muchos ejemplos en los que se torna indispensable revalorizar este principio y no me refiero solo o mejor dicho únicamente, a déficits en la conformación normativa del universo jurídico que conforma la etapa de ejecución, sino a la “actitud” de no pocos operadores del sistema penal frente a la ejecución de la pena, frente a la cárcel y frente al penado, que en el peor de los casos evidencian una concepción visceralmente retributiva de la pena y en la mejor de las hipótesis, exteriorizan cuanto menos, una posición de absoluta indiferencia respecto de todos estos asuntos.-

La CSJN también ha receptado este principio fundamental al cual nos referimos, in re “Dessy, Gustavo Gastón s/ Hábeas Corpus” dejándolo sintetizado muy claramente con la afirmación “... el ingreso a una prisión no despoja al hombre de la desprotección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional...”.-

Si bien, conforme lo expuesto hay normas escritas Supranacionales y Nacionales que consagran este principio y proclaman el paradigma de la resocialización y el respeto por los derechos humanos, subsisten –como expresáramos operadores jurídicos que solo las citan en sus resoluciones y pese a estar a cargo del control de la actividad de la Administración terminan funcionando como “santificadores” de ella. Si a ello se agrega la proliferación de normas no escritas, impuestas por quienes están a cargo de la custodia de los reclusos (favores, castigos, beneficios especiales, discursos manipuladores) la cárcel termina convirtiéndose en “un espacio sin ley”.-

Para que el ámbito de la discrecionalidad Administrativa y la mentalidad de ciertos operadores jurídicos no termine por aniquilar los derechos de quienes se encuentran en prisión, es indispensable fortalecer este principio de legalidad y sobre el mismo construir un andamiaje jurídico que lo tenga como pilar, en cuanto representa el único medio para construir un espacio de garantías en la prisión, en la cual, la ilegalidad siempre se encuentra presente.- Nuestro aporte continúa siendo alegar enérgicamente y actuar concretamente todos los días para seguir contribuyendo a elaborar una crítica sólida y fundada tendiente a erradicar la cultura de la indiferencia social y el desprecio por el marginado, poco podremos lograr en materia de humanización de la ejecución del castigo penal mientras no consigamos remover las raíces más profundas que evitan un cambio de “actitud” frente a todas estas cuestiones .-

- **Principio de Resocialización:** Este principio, consagrado por el art. 1ª de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, también se encuentra en consonancia con los postulados que contienen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 10.3 PIDCP y art. 5.6 CADH) y termina por establecer cuáles son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la Ejecución de una pena privativa de libertad, convirtiéndose en un elemento de interpretación a la hora de aplicar la diversidad de normas que regulan la ejecución penal.- Conforme la norma citada, la finalidad de la misma será “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”

La obligación del estado de ofrecer un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad que contenga medios y oportunidades que permitan su reinserción social dentro de un marco que respete su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad.

- **Principio de Judicialización de la Ejecución Penal.-**

- **Principio de la Inmediatez.-.**

Sin embargo, se abordan los conflictos que lo rodean y la necesidad de encararlo también desde la visión de un derecho moral

; el principio de reserva penitenciaria; el principio de control jurisdiccional permanente; el principio de régimen progresivo, con tratamiento interdisciplinario, programado e individualizado; el principio de igualdad; el de respeto a la dignidad del interno, el de democratización o participación democrática y el principio de no marginación. Los mismos serán desarrollados especialmente en distintos capítulos del libro.

4.3 PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Un régimen, es progresivo siempre y cuando reúna tres características distintivas:

- a. División del tiempo de la sanción penal en partes que 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 estos períodos

- c. Posibilidad de incorporación social del condenado antes del vencimiento del tiempo de la sanción penal mediante mecanismos de libertad anticipada o vigilada. Esta última característica consiste en el acceso a la ansiada libertad mediante una modalidad que cuente con una red de contención por parte de los institutos, llámese patronato de liberados, población judicializada en Neuquén.

“lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley.”⁶

Sabemos que con la sentencia de condena dictada por el tribunal de juicio y comunicada al servicio penitenciario comienza la última etapa del proceso penal. Este se caracteriza por implicar un proceso dinámico, mediante el cual se determinarán las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena, esto es, un proceso en el que se va a determinar justamente cómo va a cumplir la persona condenada la pena privativa de la libertad impuesta. Este proceso es dinámico y se caracteriza por la progresividad.

Entre los principios que rigen el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se encuentra el principio de progresividad, regulado en el artículo 6 de la Ley 24.660. Por este principio se entiende la posibilidad que se debe asegurar a la persona condenada de transitar un proceso cuyo avance paulatino le permita ir atenuando la rigidez y las restricciones propias de la pena privativa de la libertad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo, en lo posible y conforme a su evolución favorable, su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina, con la posibilidad de realizar egresos periódicos del ámbito penitenciario, hasta llegar a periodos de libertad. Ahora bien, en esta lectura vamos a desarrollar qué es y en qué consiste el régimen progresivo. El régimen progresivo se trata entonces de: “ Un sistema de ejecución de las penas privativas de la libertad que se caracteriza por la posibilidad de que las condiciones de encierro se atenúen progresivamente durante el tiempo de cumplimiento de la sanción (mutación de las condiciones de cumplimiento de la pena). De esta manera, si el interno cumple con determinados requisitos que varían según las distintas versiones conocidas de régimen progresivo, tiene la posibilidad de recuperar paulatinamente la vigencia y ejercicio de los derechos de los que fue privado por la medida de encierro, hasta alcanzar el pleno goce de ellos con el agotamiento de la pena. (Rivera Beiras, 1999)

⁶ Artículo 1. Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación en el año 1996.

Esta definición doctrinaria no se replica en ninguna parte de la ley nacional, la que no define lo que debe entenderse por régimen progresivo, sino que simplemente menciona el principio general de la progresividad en su artículo. Al referirse a este principio, sabemos que la ley adopta el régimen progresivo como forma en la que se cumplirá en el territorio argentino la pena privativa de la libertad. Ello pues, al adoptar como finalidad de la pena la reinserción social del condenado, se pretende que el penado transite paulatinamente diversos estadios y que a medida que cumplimente los requerimientos de cada uno de ellos, avance hacia el siguiente, para facilitar la posibilidad de acceder de manera anticipada a periodos de libertades controladas, antes de agotar la totalidad de la pena.

Se advierte que el régimen progresivo atraviesa todo el proceso ejecutivo de la sentencia de condena. Ello por cuanto el régimen progresivo comienza en el momento mismo en que la autoridad penitenciaria recibe la comunicación cursada por el tribunal de juicio de la condena recaída y la pena impuesta. Junto a ello, se debe remitir también la fecha en la que el condenado agotará la pena privativa de la libertad impuesta, esto es, el cómputo de su pena. Pues justamente el tiempo de condena es determinante para que se diagrame un régimen progresivo acorde a él.

Existen diversas clases de sistemas progresivos:

1. Por un lado y de manera esencial, encontramos como característica el fraccionamiento del tiempo de duración de la pena impuesta en fases, grados o periodos con modalidades de ejecución diferentes cada uno de ellos (por ejemplo, cambio de lugar de alojamiento, distinto régimen de controles y restricciones, mayor posibilidad de contactos con el mundo exterior, posibilidad de egresos periódicos - salidas transitorias-, distinto régimen de trabajo, etc.).
2. En segundo lugar, un sistema específico y determinado de avance y retroceso de los condenados por las diferentes fases o períodos. Este sistema de avance o retroceso puede darse por criterios objetivos como, por ejemplo, el tiempo de pena transcurrido o el que aún le falta por transitar, o bien, por valoraciones subjetivas, en las que se tendrá en cuenta, por ejemplo, la mayor o menor evolución de las características personales y criminológicas demostradas por el condenado desde su ingreso al sistema, tendientes al logro de su mayor avance en el proceso de resocialización. Algunos regímenes progresivos pueden ser mixtos, esto es, que valoren ambas cuestiones, subjetivas y objetivas, otorgándole más valor a una que a otra, según sea el caso.

3. Por último, resulta estrictamente necesario un periodo de cumplimiento de la pena en libertad. Esta libertad no es la libertad absoluta que se consigue recién cuando el condenado agota la totalidad de la pena impuesta. Por el contrario, consiste en un regreso del penado al medio libre, antes de la fecha fijada en el cómputo de su pena, bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones y con el control del órgano judicial, así como también, de organismos pospenitenciarios. Por ello, reciben el nombre de libertades controladas.

Este último rasgo característico del régimen progresivo reviste *fundamental importancia*. Pues el régimen progresivo tiende a que el condenado, al finalizar el cumplimiento total de la pena impuesta, haya logrado, a través del avance de las distintas fases o periodos, incorporar todas las herramientas necesarias para asegurar una exitosa reinserción al medio libre. Ello no se comprueba entonces de manera acabada, sino que se le permite la posibilidad de gozar de al menos un periodo, aunque sea limitado, de libertad. Sin embargo, vemos que aunque el aseguramiento de un periodo de cumplimiento de la pena en libertad hace a la esencia de lo que denominamos régimen progresivo, en nuestra legislación actual existe una categoría de personas condenadas a pena de prisión que no pueden acceder a la posibilidad de cumplir parte de la pena en libertad.

Esta problemática ha llevado a que algunos autores hablen de progresividad del régimen y no de régimen progresivo.

Evolución histórica del concepto: En la historia del castigo y de su forma de cumplimiento pueden advertirse diversos y múltiples sistemas con características diversas. Todos ellos dependen justamente del fin y de la justificación que se le asigne en los diversos periodos de la historia al castigo mismo. Como adelanté en punto anterior respecto a la cuestión histórica de la pena, estudiar la historia en este sentido resulta fundamental, pues estamos inmersos en tiempos de profundos cambios culturales, de transiciones que no sabemos muy bien hacia donde nos llevarán, en las que resulta necesario, si queremos comprender acabadamente y situarnos en el presente, revisar cuáles eran las categorías, los discursos y procedimientos que se practicaron en el pasado. Así, comencemos por mencionar que el encierro como castigo no se conoció sino hasta después del final de la Edad Media y comienzos de la modernidad (Pavarini, 2002) En efecto, fue en dicha época en la que surgieron en Europa las primeras prácticas de lo que podríamos definir como segregación masiva de personas, las que se efectivizaban a través de diversas instituciones, tales como manicomios, hospitales,

casas de corrección, etcétera. Así, los primeros encierros se realizaron como medidas para impedir la propagación de enfermedades o amenazas de contagio de la lepra, por ejemplo, dando origen a las primeras grandes edificaciones que se denominaron lazaretos.

Los encierros bajo custodia o régimen custodial fueron consecuencia de la necesidad de apartar a los protagonistas de disturbios o a los sujetos considerados peligrosos en espacios restringidos y separados de la sociedad, hasta llegar al perfeccionamiento de tales prácticas segregacionistas con la invención de lo que se denominó panóptico. Se pasó así a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, desde la utilización del encierro preventivo o cautelar, a la adopción del secuestro institucional como sanción penal por excelencia (RIVERA BEIRAS, 2003)

Una etapa más avanzada, propia de la modernidad, comienza con lo que se ha acordado en denominar la racionalización del sistema penal, la que se origina en el discurso de Weber. Ello por cuanto fue Weber quien analizó, desde su teoría sobre las organizaciones, gran parte de ese sistema penal, en especial, en su faz dinámica; esto es, en relación a las instancias de decisión y aplicación del sistema penal: la policía, los jueces y tribunales y las cárceles. Así, a través del proceso de racionalización, demuestra cómo el castigo apasionado y moralizante del antiguo régimen se transformó en un proceso frío, desapasionado y profesionalizado, muy cercano al que hoy conocemos. Con la racionalización propia de la modernidad, se creó el sistema penal y sus redes burocráticas (tribunales de diversas jerarquías con complejas organizaciones, por ejemplo), sus organizaciones (el servicio penitenciario, las fuerzas policiales, etc.) y sus técnicos (jueces, abogados, funcionarios penitenciarios, etc.)

La modificación de la Ley 24.660, incorporada por la Ley 27.375 aprobada por el Senado de la Nación el día 05/07/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 28/07/2017, provoca un retroceso en el proceso histórico que venimos relatando a lo largo de estas páginas. Así, en su artículo 9 la reforma introduce el artículo 13 bis a la Ley 24.660 y en el inciso 4 refiere que “el informe del organismo técnico criminológico deberá indicar específicamente los factores que inciden en la producción de la conducta criminal y las modificaciones a lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario”

Esto es, asistimos a un claro retroceso en la evolución histórica sobre la forma y la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ello resulta un poco difícil de explicar, pero podemos intentar una posible justificación en la implementación de un diseño que deviene de una política instaurada en los EE. UU., denominada por los autores como política

de tolerancia cero. Esto es, el Estado “adquiere rasgos policiales, penales y carcelarios; el sistema penal, cada vez más alejado de sus bases fundacionales”

Podemos decir que dicho camino deja abiertas las puertas a lo que se ha denominado “la cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal”, que termina por subvertir las bases mismas de un derecho penal liberal. Y desde el punto de vista del derecho de ejecución penal que aquí estudiamos, permite establecer regímenes de cárceles de máxima seguridad, de prácticas duras de aislamiento penitenciario y se pasa abiertamente a la llamada prevención especial negativa. Esta busca la neutralización y la inoquización del delincuente, a quien preferimos confinado en una institución total de por vida, imposibilitando así su regreso al medio libre y retrotrayéndonos en la historia, dejando vacío de contenido al régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de la libertad. Esto se verifica cuando como sociedad decidimos incluir cada vez más tipos delictivos que se encuentran ajenos a la implementación de la progresividad, pues imposibilitamos a los condenados por dichos delitos el avance paulatino hacia regímenes de egresos anticipados, como ocurre con la actual reforma de la ley, tal como estudiaremos a en el módulo 3 del presente curso.

La progresividad del régimen prevista en el texto legal debe funcionar como un derecho de los internos que deriva del principio de mínima intervención y atenuación de los efectos nocivos del encierro... como una consecuencia necesaria del ideal resocializador establecido como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad. El derecho a la progresividad del régimen alcanza por igual a todos los internos que han optado por recibir tratamiento y a quienes, ya sea por no necesitarlo o por no haberlo aceptado voluntariamente, sólo están cumpliendo con la ejecución de la condena de acuerdo a las condiciones fijadas en el régimen penitenciario. De lo contrario, el régimen progresivo actuaría como una coacción indirecta a aceptar el tratamiento, lo que es inadmisibles de acuerdo a los principios generales establecidos en el mismo texto normativo. (Rivera Beiras, 1999, pág. 231)

Los regímenes progresivos resultaron de la obra de los establecimientos penitenciarios que idearon diversos sistemas que tomaron de base el innato e irrefrenable deseo de libertad de los presos, esta fuerza motora resulta la fuerza que encausa la emulación de las conductas que conducen a la ansiada libertad. De este modo se da origen a las penas con una característica particular que tiene que ver con una idea de indeterminación, ya que su duración en algún punto tiene que ver con la conducta, actitud y comprensión por parte del recluso.

Esta resulta la idea central del sistema progresivo, la posibilidad de disminución de la intensidad de la pena en manos del propio interno que como consecuencia de su conducta y comportamiento avanza en el programa atravesando distintas etapas que va desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional. Claramente dependiendo este transitar del propio recluso, haciendo entonces que sea protagonista indiscutible de su destino penitenciario.

He aquí la profunda importancia del régimen progresivo, que el interno sepa que depende de él mismo, que su conducta será la que lo lleve a poder lograr el beneficio de la libertad tan ansiada. Si este Régimen progresivo no aplica la posibilidad de que sea el recluso quien sepa que es soberano de su destino y de tal manera se lo condena a una pena lineal donde nada puede hacer, solo le resta esperar y esto no lo estimulará a la búsqueda de redimir sus conductas sino más bien a llenarse de resentimiento con la sociedad.

5. PERIODO DE PRUEBA

En cuanto a la estructura del sistema de progresión del régimen, la Ley 24660, en el artículo 12, establece que se divide en los siguientes cuatro períodos.

1.- **Periodo de Observación:** En la práctica, el régimen progresivo inicia con la clasificación de los condenados que realiza el órgano criminológico dependiente del servicio penitenciario, durante el primer periodo del régimen, denominado periodo de observación. En este primer periodo, se produce la primera definición importante sobre la determinación del contenido de la pena durante la etapa de ejecución, ya que se establece el periodo de la progresividad al que será incorporado el interno y el lugar en que se cumplirá la medida de encierro (tipo de establecimiento, sector, etc.). Se decide en qué consiste y qué características cualitativas de cumplimiento tendrá en la práctica la pena impuesta por el tribunal que dictó la sentencia de condena. Ello por cuanto hasta ese momento solo se conoce el tipo de pena y su duración. La decisión sobre la clasificación se adopta en base a un estudio técnico-criminológico que realiza un órgano de la administración.

2.- Periodo de tratamiento. Función. Fases en las que se divide:

El periodo de tratamiento es el segundo periodo del régimen progresivo. Este se inicia cuando finaliza el periodo de observación. Aunque normalmente será el período del régimen progresivo en el que los condenados pasarán la mayor cantidad de tiempo de su condena, la ley dedica solo un artículo a su regulación. En realidad, la definición de las características de la pena durante este periodo queda librada a la regulación de los reglamentos. El artículo 14 de la Ley 24.660 solo establece, de manera general, que el periodo de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que signifiquen para el condenado una atenuación de las condiciones del encierro.⁷

Esto dependerá básicamente, entonces, de la mayor o menor especialidad de los establecimientos penitenciarios. La definición de las fases que componen este periodo, sus características y las condiciones de acceso a ellas no están determinadas en el texto legal, ni siquiera mínimamente.

Artículo 14: En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el periodo de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. El periodo de tratamiento será progresivo y tendrá por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades. El periodo de tratamiento se desarrollará en tres (3) etapas o fases: Fase 1. Socialización. Consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos. Fase 2. Consolidación. Se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de

⁷ Artículo 14 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en el año 1996.

asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor. Para ser incorporado a esta fase el interno deberá reunir los requisitos y haber alcanzado los objetivos siguientes: a) Poseer conducta Buena cinco y concepto Bueno cinco; b) No registrar sanciones medias o graves en el último periodo calificado; c) Trabajar con regularidad; d) Estar cumpliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento; e) Mantener el orden y la adecuada convivencia; f) Demostrar hábitos de higiene en su persona, en su lugar de alojamiento y en los lugares de uso compartido; g) Contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del director del establecimiento. Fase. 3. Confianza. Consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento. Para acceder a esta fase del tratamiento deberá poseer en el último trimestre conducta Muy Buena siete y concepto Bueno seis y darse pleno cumplimiento a los incisos b), c), d), e), f) y g) previstos para la incorporación a la fase 2. El ingreso a esta fase podrá comportar para el interno condenado: a) La carencia de vigilancia directa y permanente en el trabajo que realice dentro de los límites del establecimiento, y/o en terrenos o instalaciones anexos a éste. b) Realizar tareas en forma individual o grupal con discreta supervisión en zona debidamente delimitada. c) Alojamiento en sector independiente y separado del destinado a internos que se encuentran en otras fases del periodo de tratamiento. d) Ampliación del régimen de visitas. e) Recreación en ambiente acorde con la confianza alcanzada.)⁸

Fase de socialización. Comprende el conjunto de medidas que deban adoptarse para materializar los programas de tratamiento del interno, según el principio de individualización, considerando su interés profesional en artes u oficios, adecuación laboral, formativa y educacional, actividades espirituales, culturales, sociales, __deportivas, recreativas, y de cualquier índole tendientes a fortalecer aspectos positivos del interno reduciendo riesgos de daño para sí o terceros. Esta fase se cumplirá en el marco de una supervisión continua del interno.

⁸ Artículo 14 de la Ley N° 27.375 de reforma a la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación en 2017

Fase de consolidación: Esta fase comprende el cumplimiento de programas de tratamiento del interno en materia laboral, educacional, artístico cultural, o de cualquier otra disciplina, que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales, y en la posibilidad de asignarle responsabilidades que se irán evaluando para el avance en la progresividad.

Fase de confianza. Se caracteriza por una mayor atenuación de las restricciones inherentes al régimen, tendientes a otorgar un mayor grado de confiabilidad y contacto con regímenes próximos al autocontrol.

5.1.- PERIODO DE PRUEBA. FUNCIÓN. ALCANCE

En el periodo de prueba se prevén cambios sustanciales en las condiciones de cumplimiento de la pena, que implican una disminución significativa de la coerción. El artículo 15 de la Ley 24.660 establece que el periodo de prueba significará para el condenado la incorporación a un establecimiento abierto o sección que se base en el principio de autodisciplina, la posibilidad de obtener salidas transitorias y el acceso al régimen de semilibertad⁹. Es justamente en este periodo donde el condenado podrá demostrar que se encuentra en condiciones de acceder a espacios de libertad y autodisciplina. Pues en este periodo es donde se produce la atenuación máxima de las condiciones de encierro y de a poco, se autoriza la incorporación del condenado a regímenes de confianza que le permitirán reforzar sus relaciones con el exterior, preparándolo así, para su soltura total.

5.2 LIBERTAD CONDICIONAL –LIBERTAD ASISTIDA – SEMILIBERTAD – PRISIÓN DISCONTINUA Y SEMIDETENCIÓN

Libertad condicional. Discusiones en torno a su naturaleza jurídica:

⁹ Artículo 15 de la Ley Nacional de Ejecución del a Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en el año 1996.

Debemos mencionar que este instituto es mucho más antiguo que la Ley 24.660. Es más, la libertad condicional se encuentra regulada en el Código Penal desde mucho tiempo antes de la sanción de la ley de ejecución penal, lo que se produjo en el año 1996. Justamente la antigüedad del instituto de la libertad condicional y su subsistencia a través de las distintas regulaciones legales que la contemplan ha traído varias discusiones en torno a su naturaleza jurídica. Así, vemos que la discusión teórica y doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de la libertad condicional continúa en el presente a pesar de ser ya de antigua data. Y a pesar de que aún no se ha llegado a una solución pacífica, es necesario estudiarla debido a las relevantes consecuencias que en la práctica trae aparejada. La más importante, seguramente, se da en torno a entender el alcance de la revocación del instituto, previsto en el artículo 15 del Código Penal.

Son tres las posturas que se sostienen en torno a la problemática.

1. Por un lado, hay quienes entienden que la libertad condicional es una modificación de la sentencia de condena cuyo efecto es, en definitiva, la reducción de la pena privativa de la libertad impuesta, Esta postura doctrinaria es quizás la más antigua y, también, minoritaria. Sus sostenedores se basaron primordialmente en la concepción que sobre la libertad condicional se tenía en la época de los códigos Tejedor y de 23 1886, donde se la entendía como una gracia que implicaba la soltura irrevocable del condenado, siendo así una especie de conmutación de pena. De esta manera, autores como Emilio Díaz expresaban que la libertad condicional importaba una rectificación de la sentencia que disminuía la pena.

diversos antecedentes jurisprudenciales, algunos no tan antiguos, que entendieron que la libertad condicional es un instituto que modifica la sentencia de condena, poniéndole fin a esta. Así, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, si bien al discutir sobre las diferentes competencias entre el juez de primera instancia y la cámara, expresó que: *“Los poderes de los jueces de primera instancias son limitados con relación a los de segunda, en el sentido de que se hallan circunscriptos al juicio y al cumplimiento del fallo, y como la libertad condicional no forma parte del juicio ni siquiera importa el cumplimiento de la sentencia, sino que implica una rectificación de la misma, sobre la base de la demostración de que la pena impuesta ha resultado excesiva con relación a las probabilidades de reforma del penado, es manifiesta su analogía con el recurso de*

revisión, y claro por lo mismo, que su conocimiento excede los poderes de los jueces de primera instancia y no puede sino corresponder a la Cámara, cuyas facultades son más amplias, hallándose entre ellas comprendidas las del segundo orden de facultades mencionadas, o sea las relativas a la enmienda o rectificación de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que es precisamente de lo que en el caso se trata.” (Alderete Lobo, 2016)

2. De otro costado, se piensa que el instituto de la libertad condicional es una forma o modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad. Asimilan la libertad condicional como el cumplimiento de la pena, toda vez que otorgaban la libertad asistida a personas que se encontraban a seis meses del cumplir el plazo previsto en el artículo 13 del Código Penal (esto es, los dos tercios de la condena para acceder a la libertad condicional).

Así, decía que:

“En el caso de condenados primarios corresponde computar como fecha de agotamiento de la pena temporal la que, conforme el art. 13 del CP, le permitirá acceder a la libertad condicional. Ello así porque cuando el art. 54 de la ley 24.660 habla del acceso a éste beneficio seis meses antes del agotamiento de la pena temporal, debe entenderse que dicho agotamiento de la pena de prisión o reclusión se produce en el caso de los internos primarios cuando recuperan su libertad en forma condicional. Cuando ello ocurre dejan de purgar pena de encierro y pasan a vivir en libertad, sometidos sólo a un régimen de vigilancia y a la condición resolutoria de no volver a delinquir o a violar las normas de vigilancia. Pero ya agotaron su pena de prisión.”¹⁰ (Alderete Lobo, 2016)

Más allá de la recepción jurisprudencial de este criterio, debemos mencionar cuáles son las críticas que merece esta postura. En primer lugar, el hecho de que el otorgamiento de la libertad sea bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, las que en caso de no observarse provocan la revocación del instituto y con ello, la privación de la libertad nuevamente choca con la idea de considerar agotada la pena. Por otro lado, si la pena se

¹⁰Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, en autos “Fernández, Omar Néstor”, Legajo n° 15.505, resolución dictada el 14/5/03.

agotara con la concesión del instituto, entonces no podría justificarse la imposición de condiciones o reglas de conducta. Ello por cuanto agotada la pena, cesa el poder coactivo del Estado y cualquier intervención punitiva posterior sería ilegítima. En definitiva, podemos mencionar que esta postura provenía de asimilar el instituto de la libertad condicional al antiguo instituto de la gracia, la que ha evolucionado a la fecha.

3. de la ejecución de la pena privativa de libertad, sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones durante un periodo determinado, lu Esta postura es la adoptada por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia a nivel nacional. En lo esencial, considera a la libertad condicional como una forma de cumplimiento de parte de la condena impuesta a pena privativa de la libertad. Si bien cesa el encarcelamiento del condenado, este queda sometido al cumplimiento de las restricciones que afectan su libertad. ego del cual, se da por terminada la pena.

En dicho sentido, el Dr. José Daniel Cesano había introducido un argumento de peso a esta posición, al mencionar que el propio artículo 12 de la Ley 24.660 establece que la libertad condicional es el último periodo de régimen de progresividad con el que se cumple la pena privativa de la libertad en nuestro sistema legal. Por ende, forma parte de la ejecución de la pena y así, de su forma de cumplimiento.

Zaffaroni, en su primer tratado de derecho penal, trató de explicar el problema de la siguiente manera: “Cuando la ley prevé esta etapa de la ejecución, ya tiene establecido que una de sus fases sólo podrá tener lugar en el supuesto en que el condenado haga uso de la opción que la ley le otorga y que, en caso de incumplimiento puede prolongarse la ejecución. Esta opción que se le ofrece al condenado a cierta altura del cumplimiento de la pena, forma parte de la ejecución de cualquier pena privativa de libertad dada en las condiciones legales requeridas, de modo que no es una modificación de la condena, sino una forma de ejecución de la misma, opcional para el que la sufre en razón de que es susceptible de dar lugar a una eventual prolongación. La solución sería discutible si la etapa de libertad se le impusiera al condenado, pero es inobjetable desde que sólo se la da la opción de solicitarla y someterse a ella.” (Zaffaroni E. R., 1983)

Luego, en la obra en coautoría con Alagia y Slokar, Zaffaroni aporta ya una solución concreta al asunto, señalando una pauta de interpretación del artículo 15 del Código Penal. Allí, sostiene que dado que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, el juez que la revoca no puede negar que se haya cumplido lo que el condenado cumplió y por ende, el tiempo de efectivo cumplimiento de las condiciones debe ser computado como cumplimiento de pena y descontado del plazo a adicionar¹¹. De lo contrario, importaría hacer cumplir dos veces la misma pena (Zaffaroni E. R., 2002)

La posición doctrinaria recién expuesta fue recepcionada en algunos pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal. Así, se expresó que: La libertad condicional es una modalidad de ejecución de la pena y por ello resulta inadmisibles no contabilizar de manera alguna el periodo anterior al acaecimiento del suceso por el cual se revoca el beneficio. La aplicación en tal sentido del art. 15 del CP es contraria a la prohibición de doble punición, no sólo porque la libertad condicional constituye una modalidad de ejecución de la pena, sino también por el sometimiento a las reglas que impone el art. 13 del mismo digesto¹² (Alderete Lobo, 2016)

El libertado condicionalmente no ha cumplido su pena, pero tampoco la está cumpliendo en libertad. Sólo está sometido a un término de prueba destinado a decidir si la sanción ha de declararse extinguida por el encierro sufrido, o si el condenado la debe seguir cumpliendo. Pero la libertad condicional no modifica la condición de penado del que goza ella, ni influye en el sistema de la pena más allá del ámbito del encierro y de lo relacionado con el cese de éste.

Régimen de semilibertad: Concepto. Condiciones para su otorgamiento:

La semilibertad consiste en la posibilidad que se les otorga a los condenados que hayan cumplido determinados requisitos de trabajar fuera del establecimiento carcelario, en iguales condiciones a las de las personas que viven en libertad. Esta posibilidad se efectivizará

¹¹ Artículo 15 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en el año 1996.

¹² Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, en autos "Van Wele, Alberto Ignacio s/ Rec. de casación, causa n° 14.449, reg. n°19.868, dictada el 23/04/12.

mientras el condenado se encuentre todavía privado de su libertad, debiendo regresar al establecimiento al finalizar cada jornada laboral. Así lo regula expresamente el artículo 23 de la Ley 24.660, el que establece que:

“La semilibertad permite al condenado trabajar fuera del establecimiento carcelario, sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso en lo que respecta al salario y seguridad social, regresando a la unidad al finalizar cada jornada laboral.”¹³

“...la semilibertad constituye un régimen de confianza, mediante el cual se pretende, por un lado, morigerar los efectos negativos que acarrea el prolongado encierro carcelario y, por el otro, preparar al condenado para una futura reinserción social exitosa” (López, 2004)

La reciente reforma de la Ley 24.660, según Ley 27.375 (BO 28/7/2017), regula ahora de manera específica cuál es el procedimiento a llevar a cabo, en forma previa a la concesión de la semilibertad, al haber incorporado el artículo 23 bis a la Ley 24.660. Dicha norma regula la cuestión casi de manera idéntica a lo que lo hacía el artículo 32 del Decreto Reglamentario N.º 396/99 de orden federal. Así establece lo siguiente: “Artículo 23 bis: Para la incorporación al régimen de semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate: a) Datos del empleador; b) Naturaleza del trabajo ofrecido; c) Lugar y ambiente en el que se desarrollarán las tareas; d) Horario a cumplir; e) Retribución y forma de pago. El asistente social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional.”¹⁴

El legislador nacional quiso ahora regular en la norma de fondo, de forma clara y precisa, los requerimientos específicos que deberá constatar el área social de cada establecimiento penitenciario, eliminando así la posibilidad de que estos varíen en cuanto a su estrictez de acuerdo al lugar donde cumple la pena la persona condenada.

Régimen de transitoriedad.

Las salidas transitorias implican otro régimen dentro del sistema de progresividad de la pena privativa de libertad, que tiende a atenuar las condiciones de encierro. Las salidas transitorias

¹³ Artículo 23 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en el año 1996.

¹⁴ Artículo 23 bis, Ley N° 27.375 de reforma a la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación en 2017.

son un derecho del condenado que le permite ausentarse del establecimiento carcelario por periodos cortos de tiempo, que pueden ser de doce horas, veinticuatro horas y, en casos excepcionales, de setenta y dos horas, bajo determinadas condiciones que fija el juez de ejecución (Rivera Beiras, 1999)

Esto es, las salidas transitorias posibilitan que el condenado regrese, por pequeños periodos de tiempo, al medio libre para ir adaptándose de a poco a este y asegurar así que, al obtener la libertad, logre una adecuada y exitosa reinserción social.

“Con el ingreso al ámbito carcelario se erige una valla entre los internos y el mundo exterior, debilitándose el rol del interno como agente activo integrado a la sociedad. A los efectos de lograr el objetivo de la ejecución... nuestra legislación vigente, se ha caracterizado por enfatizar la necesidad de incrementar los espacios de relación entre los condenados y el medio libre, con el objetivo de reducir los efectos desfavorables que conlleva el encierro prolongado.” (López, 2004)

En definitiva, se trata de preparar el regreso del penado al medio libre, intentando que ello no ocurra de modo repentino, sino gradual.

Las salidas transitorias pueden concederse por diversos motivos.

1. Uno de ellos es para afianzar o reforzar vínculos familiares (salidas transitorias familiares).
2. Otro motivo por el que se pueden conceder las salidas transitorias es para realizar actividades educativas en instituciones académicas ubicadas fuera del servicio penitenciario (salidas transitorias educativas).
3. Y por último, para participar en programas de prelibertad, ante la inminencia de acceder a algunos de los institutos liberatorios, sean libertad condicional, asistida o por agotamiento de la condena.

La reforma introducida por la Ley 27.375 estableció que no podrán acceder a estos regímenes aquellos condenados por los delitos previstos en el artículo 56 bis de la Ley 24.660, esto es, por los siguientes delitos: “1) Homicidio simple y homicidios agravados previstos en los artículos 79 y 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafo, y 130 del Código Penal.

- 3) 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.
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.
- 6) 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.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que se aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Delitos previstos en el libro segundo, título XIII del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero.”¹⁵

5.3 IMPORTANCIA DE ESTE PERIODO EN EL RÉGIMEN DE PROGRESIVIDAD

Los regímenes progresivos resultaron de la obra de los establecimientos penitenciarios que idearon diversos sistemas que tomaron de base el innato e irrefrenable deseo de libertad de los presos, esta fuerza motora resulta la fuerza que encausa la emulación de las conductas que conducen a la ansiada libertad. De este modo se da origen a las penas con una característica particular que tiene que ver con una idea de indeterminación, ya que su duración en algún punto tiene que ver con la conducta, actitud y comprensión por parte del recluso.

Esta resulta la idea central del sistema progresivo, la posibilidad de disminución de la intensidad de la pena en manos del propio interno que como consecuencia de su conducta y comportamiento avanza en el programa atravesando distintas etapas que va desde el

¹⁵ Artículo 30 de la Ley N° 27.375 de reforma a la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad N° 24.660, sancionada por el Congreso de la Nación en 2017.

aislamiento celular hasta la libertad condicional. Claramente dependiendo este transitar del propio recluso, haciendo entonces que sea protagonista indiscutible de su destino penitenciario.

Los sistemas son Conjunto ordenado de normas y procedimientos que regulan el funcionamiento de un grupo o colectividad.

Conjunto de reglas, principios o medidas que tienen relación entre sí.

Un sistema es "un objeto complejo cuyas partes o componentes se relacionan con al menos alguno de los demás componentes"; ya sea conceptual o material. Todos los sistemas tienen composición, estructura y entorno, pero solo los sistemas materiales tienen mecanismos, y solo algunos sistemas materiales tienen figura.

Ahora desde la definición de sistema y sabiendo que la ejecución de la pena es parte del sistema penal, resulta imprescindible saber cuál es la realidad que hoy nos rodea en los componentes de este sistema y si todos tienden a la democratización del sistema, si no quedan resabios herencia de la etapa pre democrática, y allí nos encontramos con muchas y distintas etapas de democratización y trabajo en pos de esto. Aquí nos vamos a imaginar un sistema ideal donde los componentes funcionan perfectamente aceptados garantizando de este modo el cumplimiento irrestricto de los derechos humanos.

Fundamentalmente evitar o morigerar los efectos de la prisionización como el efecto nocivo para las personas de la pérdida de libertad, sumado a los largos períodos en nuestras prisiones, que como sabemos lejos están de ser el sitio donde la persona tenga chance de lograr este objetivo o fin primero.

Esta prisionización o la falta de estímulo para avanzar en el tratamiento en la búsqueda de poder acceder lo antes posible a la libertad para poder volver a la vida en sociedad con su familia.

No resulta igual para quien no tiene ninguna esperanza de acceder a ningún beneficio y consecuente pérdida de entusiasmo en el cumplimiento de las normas obligatorias como de las voluntarias como estudiar, capacitarse, trabajar si de igual modo y haga lo que haga no podrá acceder a nada.

"no les debo nada, yo Sali a las 12" como dice quien salió sin condicional ni nada.

Claro que no se puede generalizar.

Tendremos como base que las distintas instituciones que cumplen función en la atención y acompañamiento de la población judicializada, tales como patronatos de liberados o población judicializada como llaman en algunas provincias.

Las experiencias son múltiples, y nos encontramos con algunas delegaciones funcionan con más amor que otras, lo cierto es que no cuentan con los recursos necesarios para poder hacer su trabajo. Encontramos deficiencias en el acompañamiento de los liberados en el proceso de libertades acompañadas como período en el que el individuo comienza una nueva relación con la libertad que le implica mucho y difícil trabajo.

Al respecto me resuena cada vez el recuerdo de las palabras del Profesor Alberto Binder¹⁶ respecto a que no está todo bien con la democratización, algunos van y otros vienen pero estamos en camino.

Cuando un individuo regresa a la vida en sociedad y libertad debe lidiar con innumerables fracasos y frustraciones, y resulta muy importante el acompañamiento para que el proceso de resocialización, fin último de la pena en nuestro sistema tenga chance alguna.

¹⁶ En una de las clases que tuve el honor de escuchar, dictada por el profesor Alberto Binder en el aula 35 de la UNCO derecho en la hermosa Fiske Menuco, lo que no me canso de agradecer a todas las personas que silenciosamente permitieron que haya tenido este honor. Viajaba 500 km desde San Martín de los Andes con la emoción de poder aprender mucho de este gran profesor como otros que pude aprovechar. Gracias a Nicolas García Long y en su nombre a todos los docentes y organizadores, a Florencia Silanes que siempre nos aguantó y puso la mejor onda y a quienes nos ofrecieron un rico café en los intervalos, a Pablito, y en el a todos.

Quien no tiene la chance de atravesar un periodo de libertad acompañada el choque con la realidad es mucho más grave y pone en crisis el fin de la pena y de este modo es aún mayor la posibilidad de reincidencia del individuo que víctima de la prisionización es luego escupido a la sociedad sin red, red que podríamos suponer que los patronatos de liberados dan a los que logran beneficios de libertades anticipadas.

Me permitiré aquí un recreo y le propongo al lector que por un momento permita que la música de nuestro país nos cuente una visión del concepto que hoy analizamos. Recomento de los dos links que se agregan como nota al pie, la versión en vivo, por la intermediación... es en Badía & Cia..-

DE REGRESO MIRTA¹⁷

De regreso, Mirta

Ya sabes tres años a la sombra

No quiero saber si me fuiste fiel

Yo se que una mujer valiente se inclina igual

Para el lado de la sed

Servime algo, Mirta

Parece mentira el verte como antes

Pero para el que vuelve del **infierno**

Ya no hay más fantasías

Solo quiere un tiempo blando

Pero esto Mirta nunca lo sabrás

¹⁷ <https://youtu.be/3te1DfBs4NM> (VERSION EN VIVO)

<https://youtu.be/g6cejIAfrRI> (EN ESTUDIO)

" **Mirta**, de **regreso** " es una canción compuesta por Adrián Abonizio y grabada originalmente por Juan Carlos Baglietto como parte de su primer álbum, Tiempos difíciles, en 1982.

No es necesario que estés alegre

Ni que prendas la luz

Entré despacio sin que me vea nadie

La noche se abre como un abrigo, Mirta

Y es un sábado más, como dice el tango

Mirta contame cómo andas

Hacé de cuenta que estuve navegando

Es casi lo mismo solo cambia el paisaje

Abajo el mar, que nunca se ve

Arriba el cielo, el cielo raso

Y tu foto en la pared

La moda ha cambiado un poco, Mirta

Ya no hay ni un pelo largo

Todos parecen soldados

Me siento parado en un cementerio

Me recibió el frío y un nuevo gobierno

Mirta no recuerdo ni tu cuerpo

Y ahora me voy, Mirta

Para vos soy un extraño conocido

Si no estoy llorando, no ves cómo me la aguanto

Debajo de la cama asoman sus zapatos

Mirta gracias por todo

Salgo a la verja, parece que ha llovido
En la estación retumba el Estrella del Norte
Vení a verme cuando salgas, me dijo el Turco
Comes todos los días y no hay problemas de laburo

Solo algunas noches

Solo algunas noches

Salis a trabajar

<https://youtu.be/3te1DfBs4NM> (VERSION EN VIVO)

<https://youtu.be/g6cejlAfrRI> (EN ESTUDIO)

" **Mirta**, de **regreso** " es una canción compuesta por Adrián Abonizio y grabada originalmente por Juan Carlos Baglietto como parte de su primer álbum, Tiempos difíciles, en 1982.

Abonizio cuenta la historia de privación de libertad, nos habla del infierno y claramente nuestras cárceles lo son. Son el infierno, luego al que nos acostumbramos, hace de cuenta que estuve navegando dice, abajo el mar que nunca se ve y tu foto en la pared.

Frustración en su salida, todo cambió, se siente parado en un cementerio.

Claramente el individuo protagonista de la canción acaba de salir de la cárcel, la que lo escupe sin red ni sostén, nuevamente el estado estará ausente para este tiempo que nos lleva a pensar en la función y el fin de la pena. Ya que sobre ese individuo pesa la nueva realidad familiar, social, económica es como que el tiempo se detuvo en ese infierno. La estigmatización, la falta de trabajo y mucha carga traumática de lo que ha vivido en la

cárcel, y entonces cuando se cumple el tiempo lineal y la pena no ha hecho nada por ese individuo que intentará volver pero solo algunos pocos podrán hacerlo.

Esta modificación impuesta por la ley 27375 hace aún más difícil la lucha con las cargas de la prisionización y la lucha con la vida libre para poder reinsertarse en la sociedad.

Esta canción que me permití traer cuenta esa historia, tal vez pareciendo una historia de amor o desamor, es en realidad la mejor descripción de la realidad carcelaria. Que para algunas clases de individuos creados por la ley 27375 es hasta las 12 como dice la jerga.

No vengo a intentar una arenga contra la pena ni miradas abolicionistas, sencillamente trato de ver desde la posible objetividad como la pena no sirve de mucho si no se encara como una parte del sistema penal en democratización.

Esta ley viene a crear nuevos delitos, lo que tienen otro tipo de pena, que no tiene como objeto la reinserción social del detenido sino más cercana a una mirada de venganza de la sociedad.

Antes hacía referencia a los patronatos de liberados y la falta de recursos y de, finalmente, funcionalidad. Al respecto es importante tener una mirada de esto y ver que no es casual, que la permisión de mayor violencia al estado es un pedido de la sociedad que ante el miedo es sumamente peligrosa. Leyes como las llamadas Bloomberg que marcan un retroceso en la democratización del sistema lo llevan a darle más facultades al estado para que logre un mayor poder punitivo.

Lo cierto que esto se ve en un paneo de la conformación y la distribución de los recursos entre las distintas agencias estatales, la política criminal tiende a asignar más recursos a las piezas punitivas, MINISTERIO PUBLICO FISCAL, y Agencias policiales y retroceso de recursos en MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA como de las oficinas de Patronatos de liberados, o población judicializada. Nada es casual esto es el clamor popular.

El Profesor Alberto Binder¹⁸ hace un análisis en el que va a fraccionar el problema que plantea, en distintas razones y distintos objetivos, siempre con una clara mirada de realidad que seguimos tratando de resolver con Instituciones predemocráticas, heredadas de períodos de dictadura, como lo es la Policía que en muchas provincias se ha procurado su purga, aunque muchos resabios dictatoriales aún son parte de esta institución. Va a hacer referencia a la medida de los medios de comunicación, los comunicadores, el miedo y la promesa de soluciones mágicas, cuando se plantea una crisis, pero sabe y se refleja que es un trabajo que está planteado y que poco a poco va a lograr la plena democratización, y como siempre dice el Profesor Binder, nuestra democracia es un bebé, recién nace y hay mucho por trabajar.

Darle al condenado la posibilidad de entender que de él mismo depende mejorar sus condiciones, hoy me encontré con el padre de un pupilo que cumple condena y me comentó que veía que su hijo había comprendido que depende de él. Me llenó de alegría saberlo, y me obligó a volcar el comentario en estas páginas.

5.4 REDUCCIÓN DE LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE ESTOS MECANISMOS. CONSTITUCIONALIDAD

La ley 27375 contraría estándares constitucionales de resocialización y reinserción social de los penados, reconocidos tanto por nuestra C.S.J.N., como por la CIDH, y están previstos como finalidad de las penas de prisión en las “Reglas de Mandela”, que constituye la normativa de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. En el cumplimiento de la condena debe haber un control judicial necesario para la eficaz defensa social y la seguridad, pero también para la tutela de la dignidad y los derechos del condenado, también para la vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, en pos del reconocimiento del condenado para la reinserción social, hay quienes hablan de reeducación y yo prefiero no pensar en esa sintonía toda vez

¹⁸ **Binder, Alberto M.**, El control de la criminalidad en una sociedad democrática, Ideas para una discusión conceptual.

que el tratamiento penitenciario debe velar a mi entender, para que sea el sujeto a quien se le impone la pena sea el protagonista de su reinserción en el medio social y libre.

Los diferentes instrumentos internacionales establecen a través de sus normas principios que no pueden ser soslayados al momento de aplicar las penas, entre ellos, encontramos El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que su art. 10° indica que *“toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”* la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece en el art.° 25 que *“todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad*

De esta manera queda más que claro que la modificación de la ley 24660 rompe con todos estos parámetros convencionales y más que un retroceso es una barbaridad jurídica.

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 delitos¹⁹

Probablemente, uno de los aspectos que pone a la luz la confusión o 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.

La ley 27375, hace una reducción de la posibilidad de los individuos condenados al acceso a beneficios de las posibles libertades anticipadas, en las que con la ayuda, control y contención de los patronatos de liberados, podrán acceder al éxito de la pena en sí misma, evitando o minimizando los efectos nocivos de la prisionización, como hemos visto en el

¹⁹ 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).

acápites anterior resulta de imprescindible importancia esta etapa del régimen progresivo para el éxito de la pena. **Y en definitiva el éxito del sistema penal como última ratio.**

Si falta alguno de los períodos, no hay régimen progresivo; podrá ser algo aproximado, pero no igual. El período de prueba 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

Reducir esta posibilidad es al menos contrario a los principios de la ley 24660, mas esta inserta en un sistema constitucional donde surge que las cárceles serán para resocialización y no para castigo. ¿Puede entonces convivir la ley 27375 con los principios de la ley reformada (24660) y con los Principios y Garantías emanadas de nuestra Constitución??? La respuesta surge rápidamente y es negativa.

Cuando el Diputado Luis Alfonso Petri, autor del proyecto de la ley “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 semi libertad, terminan cometiendo delitos cuando deberían estar cumpliendo sus penas”²⁰

Lo cierto es que desde una pobre argumentación carente de verdad fáctica y sustento jurídico constitucional el Diputado adopta una postura demagógicamente exitosa haciéndose oídos del clamor popular de mayores y más efectivas penas, de mayor poder punitivo al estado.

La ley 27375 claramente resulta violatoria del principio de igualdad ya que trae consigo la creación de nuevos y diversos modos de ejecución de la pena ya que dos penas que se ejecutan de modos diferentes son diferentes vulnerando así el art. 16 de Nuestra Constitución Nacional²¹ surgiendo del art referido un derecho y como contraparte una obligación estatal de que un condenado a una pena sea cual fuere la misma tenga más mismas posibilidades que cualquier otro, ya que nuestro sistema no tiene previstas

²⁰ Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 21-20 sesión ordinaria, celebrada en 23 de noviembre de 2016. Libertad condicional y ejecución de la pena.

²¹ Artículo 16- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

distintas calidades de pena sino que tiene solo una, característica que surge de nuestro sistémicamente de nuestro ordenamiento como del Bloque de constitucionalidad, por lo que pretender constitucional el hecho que haya categorías de personas diferentes no surge de nuestro sistema legal, siendo que el principio es la igualdad, y no puede una ley basada en la demagogia de quien quiere el beneplácito de un grupo de ciudadanos que aún con razón pidan más violencia estatal con algunos, pero como dijera Ferrajoli las garantías constitucionales no quedan a merced del escrutinio popular.

Resulta absoluta la necesidad de garantizar el principio de igualdad en cuanto la ejecución de las penas, además de la obligación del estado de cumplimiento con las mandas internacionales, por lo que entiendo que la ley 27375 resulta claramente inconstitucional y no es mas que otra de tantas intentonas de mover el equilibrio de la antinomia fundamental.

Pero como Julio Maier no enseñó hay una idea superadora y está en el bloque de constitucionalidad.

La reforma deja al descubierto una grave autocontradicción, 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 por 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"

6.-ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES FALLOS RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 56 BIS DE LA LEY 24660 DE EJECUCIÓN DE LA PENA.

El Tribunal Oral Federal de General Roca en "Legajo N° 7 LLANQUINAO, Delmo Demecio s/LEGAJO DE EJECUCION PENAL" (Expte. N° FGR 11463/2017/TO1/7) entre sus considerandos ha dejado claro: En primer término cabe

recordar que el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que “cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza que “...las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados ...” (artículo 5.6), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “...toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados ...” (artículo 10.1 y 10.3). Otro tanto surge de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) ya que establecen que si bien “...los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia...”, afirma que esas metas “... 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 ...” (Regla 4).

Allí se sostiene que es “... conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia...” (Regla 87).

Así también, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), recomiendan que con posterioridad a la sentencia se deberán considerar “...cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad” (Regla 9.4).

Si bien estos dos últimos constituyen instrumentos de soft law y no ostentan la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad, no puede obviarse que, según el Máximo Tribunal, se han erigido por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional como el estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad (Fallos:328:1146). Estos postulados del Sistema Internacional de los Derechos Humanos fueron receptados por el legislador al dictar la ley 24.660, en donde

instituyó que “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” (art 1). ...la garantía de la igualdad exige que concurren ‘objetivas razones’ de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos:138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241. cons.5° y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario... ...En consecuencia, corresponde conceder la libertad condicional a Delmo Demecio Llanquino, ... Resuelve el Tribunal DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 14, inciso 10 del Código Penal (texto según ley 27.375).²²

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en pleno, presidido

por la señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, con la asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesin y Luis Eugenio Angulo en los autos “GAUNA , Nathan Santiago Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-” Resolvió: Declarar la inconstitucionalidad de la aplicación al caso de los arts. 14, 2do. supuesto, inc. 10 del CP y 56 bis, inc. 10 de la Ley 24.660, en cuanto excluyen al prevenido Nathan Santiago Gauna de la posibilidad de acceder a la libertad condicional y a los beneficios comprendidos en el periodo de prueba –respectivamente- debiendo remitir la causa al Tribunal de Ejecución a sus efectos.²³

²² El Tribunal Oral Federal de General Roca en “Legajo Nº 7 LLANQUINAO, Delmo Demecio s/LEGAJO DE EJECUCION PENAL” (Expte. Nº FGR 11463/2017/TO1/7)

²³ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba autos “GAUNA , Nathan Santiago Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-”

La Corte Suprema de Justicia de Salta el 27 de Noviembre de 2019 en autos caratulados “C., D. A.–RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL” (Expte. N° CJS 39.417/18) RESOLVIÓ DECLARAR la inconstitucionalidad de los arts. 14, 2do párrafo del Código Penal y 56 bis de la Ley 24660, y su inaplicabilidad en el presente caso.²⁴

En igual sentido se han pronunciado distintas Cámaras de Casación de distintas provincias de nuestro país, siendo unánime la postura al respecto, y aunque por el momento la CSJN no ha efectuado un pronunciamiento al respecto. Pero todo hace suponer que los precedentes citados serán receptados por la Corte en este mismo sentido.

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA IV en el fallo SOTO TRINIDAD,** dijo: “El art. 56bis de la ley 24660, en cuanto veda la concesión de cualquiera de las modalidades de ejecución distintas al encierro que implican el ingreso al período de prueba ... por la exclusiva razón de la naturaleza de los delitos ... vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad de los actos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad – esto es, la resocialización o readaptación social del penados -, y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial positivo como corolario del programa constitucional para aquel fin (art. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 CN; 24 CADH; y 24 PIDCyP)”

“Puede advertirse la violación al derecho de igualdad ante la ley, atento que el legislador, a través de la introducción del mentado artículo 56 bis de la ley 24660, 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”.²⁵ “Resulta arbitraria la selección normativa de los incisos en el artículo en cuestión, puesto que no existe entre sí comunidad de características que permitan afirmar razonablemente que haya entre ellos iguales circunstancias que impongan igualdad de severidad en orden al tratamiento que los perpetra”²⁶

²⁴ La Corte Suprema de Justicia de Salta autos caratulados “C., D. A.–RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL” (Expte. N° CJS 39.417/18)

²⁵ Causa 675/2013. Reg. 2557/2013. Del 20/12/2013 en voto del Dr Hornos.-

²⁶ Causa 675/2013. Reg. 2557/2013. Del 20/12/2013 en voto del Dr. Gemignani.

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA I, en el fallo “MARIN ROMERO”** dijo: “El análisis del art. 56 bis, inc. 10 de la ley 24660, no permite afirmar que los tipos penales contenidos en el 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 presupongan en todos los casos comportamientos ilícitos de particular gravedad, en el sentido en que esta ha sido entendida por el poder legislativo para justificar la reforma y, por ende, las distinciones incorporadas a partir de la misma”.

“En su aplicación concreta al caso ... el artículo 56 bis de la ley 24660 – conforme reforma introducida por ley 27375- implica una limitación irrazonable del principio de igualdad (arts. 16, 28 y 31 de la CN, 24 de la CADH...”²⁷

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA IV, en el fallo “RODRIGUEZ ALTAMIRA”,** dijo: “Las limitaciones de los arts. 14 inc. 10 CP y 56 bis inc. 10, ley 24660 atentan contra la progresividad consagrado constitucional (arts. 18, 75 inc 22, 5.6, CADH, 10.3 PIDECyP) y legalmente (arts. 6, 12, 7, 8, 14, 28 ley 24660), en tanto importan una restricción a institutos liberatorios que hace la naturaleza resocializadora del modelo La limitación del art. 14 inc. 10 del CP excluye a los condenados por los delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la ley de estupefacientes del régimen progresivo del cumplimiento de la pena al impedir que accedan a la libertad condicional) y, consecuentemente lesiona el fin resocializador que reconoce las normas con jerarquía constitucional ya citadas.

Las restricciones que establecen los arts. 14 inc. 10 CP y 56 bis inc. 10, ley 24660 no encuentran basamento en la conducta del condenado mientras cumple la pena, sino que se basan excluyentemente en el delito cometido contra la ley 23737; pauta que resiente la igualdad que debería regir en el trato hacia los condenados y que anula la importancia de la conducta individual del condenado en su evolución personal hacia la reinserción social”.²⁸

²⁷ Sala I, “MARIN ROMERO”. CAUSA 20328/2018 Reg. 2076/20. 20/12/2020 DEL VOTO DEL Dr. Figueroa.-

²⁸ Sala IV, “RODRIGUEZ ALTAMIRA”. CAUSA 39913/2017 Reg. 288/21. 25/03/2021 DEL VOTO DEL Dr. Ledesma.-

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA II, en el fallo “CAMACHO”, dijo:**
Al resolver la impugnación de un Tribunal oral que había determinado que el art. 56 bis era inconstitucional. “El impugnante no logra develar en forma suficiente en que consiste su específico agravio, limitándose la presentación a la manifestación de su disconformidad con la solución adoptada. ... En efecto, el pronunciamiento cuestionado ha sido sustentado razonablemente y los agravios del representante del Ministerio Público Fiscal solo evidencia una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta... . La desición cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido...”.²⁹

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA III, en el fallo “AGUIRRE” dijo:**
“El fondo del asunto gira en torno a las implicancias que tiene una decisión de política criminal (como lo es la exclusión de la libertad condicional en los supuestos contemplados en el art. 14 del Código Penal o el acceso a los diferentes beneficios comprendidos en el período de prueba) en el tratamiento penitenciario de la persona condenada , la cual, hemos de resaltar se encuentra excenta del control de constitucionalidad judicial (conf. Causa “Grimaldi, Oscar s/ Recurso de Inconstitucionalida”, rta. El 26 de junio de 1997. Reg. 262/97). Por otra parte, el principio de igualdad tampoco obsta a que el codificador contemple de diferente manera situaciones que considera distintas, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable”³⁰

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA IV, en el fallo “CIFUENTES” dijo:**
“La impugnante no ha logrado demostrar –ni se advierte- que la restricción establecida por el art. 56 bis de la ley 24660- según ley 27375- resulte violatoria, en el caso de examen, del principio constitucional de igualdad, del principio de progresividad de la pena y tampoco de la finalidad resocializadora de la pena, conforme lo alegado por la parte”³¹ “La amplitud de la escala penal con la que se encuentra conminado el delito previsto en el artículo 5, inciso c de la ley 23737 no fue contemplado por el legislador al modificar los artículos 56

²⁹ Sala II, “CAMACHO”. CAUSA 14434/2018 Reg. 1614/20. 09/10/2020 DEL VOTO DEL Dr. Slokar.-

³⁰ Sala III, “AGUIRRE”, CAUSA 9208/2018 – 28/07/2020, del voto de los Dres. Catucci y Riggi.-

³¹ Sala IV. “CIFUENTES”. CAUSA 14985/2017. Reg. 1182/20. 28/07/2020 del voto del Dr. Borinsky.-

bis de la ley 24660 y 14 del CP y vedar, sin más, en el inciso 10 de ambos artículos, la posibilidad de acceder a diversos beneficios previstos en la modalidad básica de ejecución de la pena a todos los condenados por el delito previsto en el artículo 5 inc. C de la ley 23737. Por ello, en algunos casos muy extremos la aplicación de esta limitación puede llegar a resultar irrazonable y por ende, constitucionalmente cuestionable, cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado, considerando las circunstancias concretas que rodearon las conductas por las cuales fueron penados, no guarde relación con la que se verifica en los restantes casos abarcados. De modo que no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado, pensado para los casos que resulten especialmente aberrantes para la sociedad”.³²

“Las discrepancias valorativas expuestas por la parte recurrente solo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el Tribunal de origen, más esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad..., en los graves defectos del pronunciamiento..., y tampoco se verifica una falta de razonabilidad o inequidad manifiesta que amerite la declaración de inconstitucionalidad reclamada...”³³

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA II, en el fallo “QUISPE SANTILLANA”,** dijo: “El criterio ha sido el delito por el que la persona resulta condenada (art. 14 del CP y art. 56 bis de la ley 24660, en función del art. 11 de la ley referida) lo cual no luce arbitrario o indebido. En efecto se trata de un elemento objetivo que el legislador ha previsto en función de la peculiaridad, gravedad y lesividad que representan cierto tipo injustos. Precisamente en este punto hay una fundamentación directamente vinculada con la responsabilidad por el hecho, pues este último concepto –en términos constitucionales y penales- exterioriza la naturaleza e intensidad del injusto que marca la extensión de la culpabilidad del sujeto al que se le atribuye. En esa aproximación, ese marcador resulta ser un elemento diferenciador razonable, pues consulta la configuración del ilícito y la culpabilidad personal. En consecuencia, al establecer la ley 27375 que... en función del delito por el que se encuentra condenado, no acceda al instituto de la libertad condicional-

³² Sala I, “MARIN ROMERO”. CAUSA 20328/2018 Reg. 2076/20. 20/12/2020 DEL VOTO DEL Dr. Petrone.-

³³Sala I, “MARIN ROMERO”. CAUSA 20328/2018 Reg. 2076/20. 20/12/2020 DEL VOTO DEL Dr. Barroetaveña.-

ni a la excarcelación en esos términos- sino al previsto en el art. 56 quater de esa norma, el principio de igualdad ante la ley no aparece vulnerado”.³⁴

***.- La Cámara Federal de Casación Penal, SALA II, en el fallo “CANTEROS”, dijo:**
“Las modificaciones introducidas al régimen de ejecución por la ley 27375 no resultan violatorias de derechos y garantías constitucionales ni de tratados internacionales de idéntica jerarquía. Tampoco hay contradicción entre las disposiciones de la normativa cuestionada con la finalidad resocializadora de la pena, ni con imperativos de igualdad, progresividad y razonabilidad.

La norma cuestionada no debe ser calificada de inconstitucional, y no advierto – ni se demostró – de que modo resultarían contraria al principio de igualdad ante la ley, o violatoria de la finalidad de resocialización y del régimen de progresividad.

La referida diferencia de trato, no se fundamenta en cuestiones subjetivas o de la peligrosidad del reo, sino en una evaluación objetiva de la intensidad de injusto del delito imputado y de la responsabilidad penal personal del condenado”.³⁵

A la fecha no hay pronunciamientos de parte de la Corte Suprema de Justicia al respecto, es que como consecuencia de la aplicación temporal recién comenzaría a verse cercenado el derecho a los beneficios que la ley 27375 vino a quitar.

En el afán de curiosidad de que podría decir la Corte interamericana de Derechos Humanos teniendo como base un análisis de convencionalidad y el paso por dicho filtro del retroceso que plantea la ley 27375 he encontrado un fallo que podría adelantar el parecer de este Tribunal.

Se me permita esta digresión, de traer un fallo por una analogía sin desconocer que esto no es aplicable pero veamos el ejemplo.

La ley 24390³⁶ limitó el tiempo máximo de duración de la prisión preventiva haciendo una expresa exclusión de este beneficio a imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la

³⁴ Sala II, “QUISPE SANTILLANA”. CAUSA 42559/2018 Reg. 3/21. 2/2/2021 DEL VOTO DEL Dr. Yacobucci.-

³⁵ Sala II, “CANTEROS”. CAUSA 12912/2017 Reg. 2299/20. 28/12/2020 DEL VOTO DEL Dr. Mahiques.-

³⁶ **Ley 24.390**

Plazos de prisión preventiva.

Ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.³⁷

Esto resulta una clara vulneración del principio de igualdad y en este sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Jenkins Vs. Argentina (2020)

Prisión Preventiva

Sancionada: Noviembre 2 de 1994.

Promulgada de Hecho: Noviembre 21 de 1994.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

PLAZOS DE PRISION PREVENTIVA

ARTICULO 1º-La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor.

ARTICULO 2º-Los plazos previstos en el artículo precedente serán prorrogados por seis meses más cuando los mismos se cumplieren mediando sentencia condenatoria y ésta no se encontrare firme.

ARTICULO 3º-El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias y el tribunal deberá resolver la cuestión dentro del plazo de cinco días.

En las causas que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley, el Ministerio Público solamente podrá formular aquella impugnación si se hubiese opuesto por el carácter dilatorio de la articulación de que se trate, en la oportunidad de tomar conocimiento de la misma.

ARTICULO 4º-No mediando oposición o cuando ésta fuese rechazada el imputado recuperará la libertad bajo la caución que el tribunal determine.

Si la oposición fuese aceptada, no se computarán las demoras causadas por aquellas articulaciones.

ARTICULO 5º-En el acto de prestar la caución el imputado deberá fijar domicilio, denunciando el real y las circunstancias de trabajo que pudieren imponerle la necesidad de ausentarse por más de veinticuatro horas, lo que no podrá ser alterado sin autorización del tribunal.

Además, el tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado conforme las previsiones del artículo 27 bis del Código Penal y que resultaren compatibles con su situación procesal.

ARTICULO 6º-El auto que dispuso la libertad será revocado cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron o no compareciere al llamado del tribunal sin causa justificada. En todos los casos, previamente, el tribunal fijará un término no superior a los quince días para que el imputado cumpla con sus obligaciones con el apercibimiento de revocación.

ARTICULO 7º-Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

ARTICULO 8º-Modifícase el artículo 24 del Código Penal para los casos comprendidos en esta ley.

ARTICULO 9º-La presente ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ARTICULO 10º-Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.

ARTICULO 11º-Comuníquese al Poder Ejecutivo.- Alberto Pierri.- Oraldo Britos.- Juan Estrada.- Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTO

³⁷**ARTICULO 10º**-Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.

Al respecto la **CIDH** dice: La Ley 24.390 establece que el plazo máximo de prisión preventiva (tres años) no se aplica a las personas imputadas por narcotráfico.

Para la Corte, la exclusión del beneficio del límite temporal de la prisión preventiva al señor Jenkins carece de una debida explicación sobre la finalidad específica que buscaba la diferencia de trato, su idoneidad, necesidad, proporcionalidad y, además, no tuvo en cuenta las circunstancias personales del imputado ...,

... lo cual constituyó en un trato desigual frente a otras personas en situación de prisión preventiva que sí podían acceder a dicho beneficio.

El tribunal nacional tenía la obligación de indicar y fundamentar, de manera individualizada, los requisitos para que la medida fuera idónea, necesaria y proporcional al fin legítimo perseguido

Me permitiré, siendo claro que las analogías no son permitidas en derecho penal pero en lugar de eso he de intentar una mirada futurista para lo que tendré en cuenta datos objetivamente analizados a la fecha desde la mirada de la Corte interamericana de derechos humanos, traigo entonces una maxilar para aplicar una solución maxilar (bullygien)

CONCLUSION

Más allá de la claridad con la que espero haya sido abordado el tema, estimo apropiado referir que la reforma a la que me dirigí con descalificaciones debe ser derogada en su totalidad, por resultar un claro atentado a garantías constitucionales, a Principios constitucionales, convencionales y legales.

Esta reforma genera un círculo vicioso de contradicciones de la propia ley 24660. Incluso si lo analizara desde el punto de vista político la verdad es que esta reforma produce innumerables engorros al sistema penal en su conjunto ya que he planteado comprender al sistema penal como un todo y la pena es una parte importante y su ejecución materia del propio sistema penal.

Estas contradicciones son la consecuencia de actos legislativos carentes de conocimiento, estudio o responsabilidad de parte de quienes demagógicamente buscan el beneplácito de

la parte de la población que pide mano dura, más violencia estatal y venganza estatal ante los delitos que de momento son los que más irritan socialmente.

Cuando es la emergencia o el clamor popular el que mueve las garantías estamos en problemas y no podríamos esperar de muchos legisladores acciones más responsables de las que vemos que llevan adelante.

Pero es importante tener en cuenta que el sistema penal es uno solo y que esta reforma le produce un grave daño porque se inserta en él una contradicción grave y de difícil solución y a la vista lo tenemos con las dispares soluciones de la Cámara Federal de Casación Penal que ha tomado diferentes caminos y posturas y dependerá de la sala que toque la suerte a correr. Un grave riesgo para la seguridad jurídica.

Irracionalidad y auto contradicción que a las claras tiñen la reforma de inconstitucional, ya que hacen que se torne muy difícil un análisis teleológico como sistemático de la normativa de ejecución de la pena. Y solo basta esperar lo que la CSJN diga al respecto para ordenar este grave berenjenal en el que nos metió un grupo de trasnochados legisladores en pos de buscar la simpatía electoral de un grupo de electores.

En la esperanza de que este desbarajuste jurídico sea pronto reconducido por la corte y posteriormente reformado por el congreso para que el sistema penal vuelva a recuperar su salud integral.

Solo el debate serio y honesto nos hará libres y grandes³⁸

³⁸ Gracias a todos los que hicieron posible la realización de este posgrado que tanto me ha enseñado, a los Directores Nicolas García Long y Alberto Binder por su compromiso y por su gran generosidad de compartir sus invaluable trabajos. Gracias a Florencia Silanes que ha sido siempre una gran compañera y de gran apoyo para todo lo que fuera necesario, entendiendo las problemáticas de quienes estábamos lejos y de todos en general. A los compañeros que se transformaron en amigos y con quienes compartí hermosos momentos. Y sobre todo a mi familia, Adriana mi esposa que me inscribió, me apoyo y me ayudó en la preparación de cada viaje, y me aguantó en los momentos difíciles que me tocaron vivir y estuvo siempre ahí y en mi corazón. Y a mis hijas Uma, Zoe y Lola, que me observaron estudiar, me extrañaron cuando viajaba y siempre me recibieron con mucho amor al regreso pero que sobre todo vieron en el vivo ejemplo de papá que estudiar es maravilloso y que se puede. GRACIAS A TODOS, y aunfre frase trillada GRACIAS TOTALES.-

- Alderete Lobo, R. A. (2016). *La Libertad Condicional*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BECCARIA, C. (2005). *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS*. BUENOS AIRES: Hyspa- EDICIONES LIBERTADOR.
- Binder, A. M. (2011). *El control de la criminalidad en una sociedad democrática, Ideas para una discusión conceptual*. Buenos Aires.
- bullygien, a. y. (s.f.).
- López, A. y. (2004). *Análisis del régimen de ejecución penal*. . Buenos Aires: Di Placido.
- Michel, F. (2002.). *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: siglo XXI editores.
- Pavarini, M. (2002). *Control y dominación: teorías criminológicas*. (I. Muñagorn, Trad.) Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- RIVERA BEIRA, I. (2016). *LA CÁRCEL DISPAR*. Barcelona: Edicions Bellaterra, S.L.
- RIVERA BEIRAS, I. (2006). *La cuestión carcelaria. LA CUESTIÓN CRIMINAL*. Buenos Aires: Universidad de Mar del Plata.
- Rivera Beiras, I. y. (1999). *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Buenos Aires: Del Puerto.
- SALT, M. (2005). "La figura del juez de ejecución penal en Latinoamérica (la influencia de las ideas del Prof. Julio B. Maier en el marco del proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en latinoamérica)".
- Zaffaroni, E. R. (1983). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar.