

Gabriel Bombini (*)

Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires

1. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente tres años en la provincia de Buenos Aires el panorama normativo en materia de ejecución de las penas privativas de libertad sufrió dos modificaciones trascendentes al entrar en vigencia primero la ley 11.922, el nuevo Código Procesal Penal¹, y después la ley 12.256, el Código de Ejecución Penal². El código en materia procesal³ trajo como novedades el fortalecimiento de la denominada "judicialización" de la etapa de ejecución penal y la creación de la figura del "juez de ejecución penal" como órgano jurisdiccional con competencia exclusiva para entender en las cuestiones e incidentes que se suscitan en la etapa de ejecución penal y controlar el cumplimiento de las garantías de las personas privadas de libertad contenidas en los textos constitucionales y en los tratados internacionales (Salt, 1998:20) El cuerpo normativo mencionado en segundo orden se destacó por acentuar también tal tendencia a la judicialización⁴ -aún cuando incluye como sus autoridades de aplicación junto al Juez de Ejecución, al Servicio Penitenciario y Al Patronato de Liberados-, por reglar con discutible técnica la ejecución de la prisión preventiva⁵, y partiendo desde la perspectiva resocializadora por la mayor flexibilidad de la fase ejecutiva y la introducción de las llamadas alternativas a la prisión en fase ejecutiva -en sentido amplio⁶- (la libertad asistida⁷, las distintas modalidades del régimen abierto⁸, las salidas transitorias en el régimen semi abierto⁹, las salidas a prueba en el cerrado¹⁰) (Bombini, 2000). En aquel momento ya podían advertirse algunas cuestiones que resultarían problemáticas, sirviéndose de las tendencias ya evidenciadas en el derecho comparado¹¹ (Bombini, 1998), de la corta experiencia aportada a nivel nacional por el código procesal penal, ley 23984 y la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, número 24600 y sus nefastas implementaciones (Salt, 1993 y 1998), de las vicisitudes de los propios textos legales (Salt, 1998; Madina, 2000, Bombini, 2000) o de la distribución de competencias legislativas en materia de ejecución penal (Salt, 1998 y 1999, Gords, 2000, Bombini, 2000). Así se aconsejaba tomar precauciones para que la justicia de ejecución no se convierta en una instancia ideológica de legitimación, dando una mera apariencia de control (conf. Accattatis, 1977, también Rivera Beiras, 1996); sobre la

utilización de las alternativas como herramientas de control y sumisión antes que vías de descarcerización y reinserción social (Pavarini, 1991) en franca violación a elementales principios garantísticos derivados de la indeterminación punitiva que conlleva (Ferrajoli, 1995); en lo atinente a la limitación de las instancias recursivas (Salt, 1999); a la irracionalidad en la ejecución en los casos de padecimiento de HIV (Sergi y Plat, 1997); sobre las deficiencias en los modos de implementación y organización de la estructura judicial ejecutiva (Salt, 1993 y 1998); en relación al reconocimiento normativo de la prisión preventiva como pena que implica la regulación de ciertos beneficios penitenciarios para presos procesados (Salt, 1996 y 1997b); y a la consagración absurda de una competencia única de la provincia y el desconocimiento de la normativa nacional (Bombini, Gords, ob. cits.).

Pero en estos tres años de vigencia de la legislación referida se han observado claras muestras de ampliación de la brecha entre normatividad y efectividad en la fase de ejecución de las penas que en buena medida han denostado la pretensión de cubrir bajo el manto de la legalidad el oscuro sector carcelario. La ya remanida y reutilizada expresión -que inculcara Iñaki Rivera Beiras (1993)- del italiano Pietro Costa (1974) sobre la cárcel como zona del no derecho cobra una vigencia inusitada en nuestra realidad penitenciaria. Más tales evidencias sólo pueden comprenderse enfocando la cuestión desde un plano sociológico y otorgándole razón a aquella tesis señera de los frankfurtianos Georg Rusche y Otto Kirchheimer en tanto denunciaron la desvinculación de los sistemas punitivos de las formas jurídicas. O más claramente, en tanto afirmaban la dependencia de la forma punitivo-custodial de las estructuras económico-sociales, y por consiguiente su patente autonomía de las reglas de derecho. Y siguiendo una ya consolidada tradición <<socio-estructural>> o <<histórico-económica>> (Bergalli, 1995) en la interpretación del fenómeno punitivo que ha cobrado innumerables adeptos¹², hoy se afirma sin temor la estrecha vinculación entre el incremento del encarcelamiento y gobierno de la miseria (Wacquant, 2000:10213). Acudiendo otra vez a la claridad analítica de la obra de Pietro Costa: si el proyecto jurídico ilustrado -en su génesis- se afirmaba sobre la necesidad de dejar fuera del pacto social a ciertos sectores, hoy el incremento de sectores excluidos de los bienes que asegura el contrato es francamente visible (por todos, Castro, 1997; Villarreal, 1999), y como contrapartida también su inclusión dentro de los muros carcelarios¹⁴. La cárcel legal y la cárcel real (Rivera Beiras, 1996) cada vez toman mayor distancia, se

tangencian en forma escasa, diría casual. Sin dejar de prestar continua atención a esta dicotomía, analizaré seguidamente algunos puntos esenciales que hacen al modelo de legalidad ejecutiva implantado en la Provincia de Buenos Aires, para culminar formulando algunas apreciaciones y sugerencias en perspectiva de lograr la efectivización del mismo.

2. NORMATIVIDAD

a) ¿qué ley aplicar?: problemas de competencia legislativa en materia ejecutivo-penal:

Todavía hoy resulta ardua la cuestión de las relaciones entre la ley nacional 24.660 y la ley provincial 12.256, dada la peculiar recepción del mandato del legislador nacional contenido en el art. 228 de la primera para la adecuación de las normativas provinciales a las pautas fijadas en aquél texto, que cumplido extemporánea y extralimitadamente plantea toda una serie de vacilaciones en relación a la compatibilidad de ambos cuerpos legales.

En tal sentido, y según el art. 228 de la ley 24660, tanto la Nación como las Provincias debían - en el plazo de un año a partir de su vigencia- revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes a efectos de concordarlas con sus disposiciones. Dicho mandato produjo no pocas complicaciones: unas por objeciones de rango constitucional, y otras por el incumplimiento del emplazamiento por parte de la Provincia de Bs. As.

En primer término, debe recordarse que la ley 24.660 resulta complementaria del Código Penal conforme lo normado en el art. 229 de la misma. No obstante ello, de su simple lectura surge con evidencia que no todas sus disposiciones resultan normas de derecho de fondo, las únicas cuya sanción quedaría reservada para el gobierno central. Entonces, allí surge un primer problema de constitucionalidad vinculado a las facultades reservadas a las provincias para dictar normas relativas al derecho adjetivo y/o administrativo.

Así -antes de la vigencia de la ley 12.256- cierta jurisprudencia provincial reaccionó rápidamente en sentido adverso a su aplicación en territorio provincial¹⁵ defendiendo la competencia del Estado provincial para legislar en materia de derecho de ejecución penal, aún cuando la Suprema Corte de la Provincia ya hacía tiempo se había pronunciado por claramente por la actuación de la Ley Penitenciaria Nacional (conf. Piombo, 2000:75)¹⁶-

En ese estado, la doctrina advirtió con buen criterio el camino frente a la enjundiosa problemática. Así, Vicente (1996:754) destacó que el Congreso de la Nación al dictar la ley

24.660 ha reglamentado mínimamente las normas de jerarquía constitucional que consagran derechos reconocidos a toda persona privada de libertad y que conforman el bloque de constitucionalidad federal¹⁷. Conforme a ello, se propició que en aquellos aspectos que hacen a la determinación de los principios y modalidades básicas de ejecución de las penas (arts. 1 a 56), las normas de trato (arts. 57 a 78), la regulación del trabajo y la formación profesional, la educación, asistencia médica, espiritual, social, postpenitenciaria (arts. 106 a 173), el régimen de establecimiento para mujeres y menores adultos (arts. 190 a 199) y las disposiciones complementarias de los artículos 220, 221 y 222, la ley 24.660 debía ser enteramente aplicada por los jueces provinciales y observada por la administración (ibídem). Salt, por su parte distinguió, especificando que en el caso de tratarse de normas penales materiales, por resultar derecho común, por mandato constitucional la ley 24.660 tiene plena vigencia en el territorio de la provincia, sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adecuación; en tanto que en el caso de normas procesales y administrativas, al ser estas facultades legislativas reservadas por las provincias, deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales¹⁸ (1996:25)

Entrada en funcionamiento la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires con voto del Dr. Sal Llargues¹⁹, tuvo ocasión de pronunciarse a favor de la vigencia de la ley 24.660 a todo el territorio nacional.

Ahora bien, lejos de respetar dicha estructura normativa, la Provincia ha dictado la ley 12.256, con absoluta prescindencia del diseño de la ley nacional, y aún más incluyendo en su art. 2 un texto de más que dudosa constitucionalidad: "...A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo ellos se encuentren..."; que significa poco menos que una suerte de declaración de la independencia de la Provincia de Buenos Aires en la materia, y en vez de encuadrarse en la pretensión de armonización legislativa, significa la acumulación de problemas y confusiones²⁰, en tanto se ha apartado en aspecto sustanciales tales los relativos al régimen progresivo, a la variación de los requisitos para la obtención de ciertas salidas anticipadas, propiciando una mayor flexibilización e indeterminación; todo lo cual llevaría eventualmente -según se aplicara un cuerpo legal u otro- a soluciones diversas que implicarían la aplicación de penas desiguales²¹.

Sin embargo, a pesar de la vigencia de dicho tajante texto, nuevamente el tribunal de casación provincial²² -considerando la existencia de la ley 12.256, lo que no había hecho anterioridad- ha dado señales para la hermeneútica conjugada de ambas normativas²³.

Según creo la cuestión viene zanjada a partir de la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos al texto constitucional, y como consecuencia la conformación de un nivel normativo superior informador y limitativo de toda la actividad legisferante interna, que se torna inválida (técnicamente inconstitucional) al contraponerse con aquellas pautas normativas rectoras (conf. Ferrajoli, 1995). Tal diagramación teórico-jurídica impone los contenidos materiales de las leyes nacionales de carácter sustancial y aún adjetivo, que si bien pueden presentar matices propios, deben acomodarse a tales criterios externos. Lo dicho vincula ineludiblemente a nuestros legisladores nacionales y provinciales, por lo que su tarea consiste en la estructuración de un derecho interno -conforme el sistema federal- acorde con esas garantías jurídicas mínimas. En relación a la cuestión planteada, se requiere un pormenorizado análisis en cada temática particular que advierta sobre la congruencia (juicio de validez) de las normas de derecho sustantivo -contenidas en la ley nacional- o bien de derecho adjetivo o administrativo -contenidas en la ley provincial- al deber ser jurídico que conforman aquellos niveles normativos superiores.

Es que este <<neopositivismo>>²⁴, que por un lado enriquece en todas sus dimensiones el análisis jurídico-penal -todavía más al realizar el juicio de eficacia normativa, absolutamente indispensable en materia carcelaria-; por otro, revaloriza el rol de la jurisdicción en todos sus niveles (Bergalli, 1991; Ferrajoli, 1995; Zagrebelsky, 1995), destinándole una trascendental función político-criminal dentro del sistema sancionatorio (Silva Sanchez, 2000:118-12525). Y este rol se sobredimensiona en este particular sector jurídico, en tanto resulta claro que el derecho de la ejecución en el sistema de pena flexible, dada la particular dialéctica entre los diversos momentos de actuación del poder punitivo, tiene una configuración eminentemente jurisprudencial (conf. Pavarini²⁶, 1999: 7-10)

De ello deriva la reafirmación de los principios de legalidad -no sólo en sentido formal sino sustancial-, igualdad jurídica²⁷, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y dignidad de la persona; que deberán ser norte en la tarea jurisdiccional aplicación de las normas ejecutivo-penales, interpretaciones construidas en clave teleológica para la reducción de la violencia societaria.

b) ¿Con qué finalidad aplicar la ley? El valor dogmático del ideal resocializador:

Si se observan los diversos textos normativos desde mediados de este siglo en adelante²⁸, en relación a la pena privativa de libertad se recoge la denominada finalidad preventivo especial positiva resocializadora, cuyo origen más preclaro lo constituye el famoso Programa de Marburgo del año 1882 del tratadista alemán Franz Von Liszt.

Así, en el nivel normativo superior el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: "...El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."; en tanto que el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos enuncia que "...Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados..." -ambos texto constitucional en función de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional-.

Dichas normas, aún a pesar de las interpretaciones que pudieran extraerse de la contenida en la C.A.D.H., hacen referencia tan sólo a la finalidad de la ejecución de las penas y no implican la directa adscripción a una teoría de la pena determinada. (Zaffaroni, 1995:116). Por tanto es que, no obstante las abundantes críticas recibidas por este tipo de ideología que ha congregado una legión de detractores desde los más diversos enfoques y campos disciplinarios (vgr. Bustos Ramírez, 1989:28; Jakobs, 1997:31; Paul, 1986:69; Mir Puig, 1996:55; Roxin, 1976:17; Ferrajoli, 1995:265; García-Borés Espí, 1993; Pavarini, 1996) -entre los que se destacan quienes marcan sus rasgos ideológicos, la dudosa legitimidad en un Estado democrático de derecho, la alteración del principio de autodeterminación y de dignidad de la persona que implican los tratamientos como forma de su concreción, los efectos nocivos de prisonización que causa en los internados (Clemmer, 1958; Goffman, 1994) y la falsía que conlleva pretender enseñar a vivir en libertad a alguien, privándole de ella (conf. Bergalli, 1976 y 1986; Muñoz Conde, 1982)-; en ese reducido ámbito estrictamente ejecutivo, tales convenciones internacionales adoptan aquella finalidad que tiene la intención de prevenir el delito actuando de modo positivo en el individuo infractor (prevención especial positiva).

Igual criterio es adoptado por la vigente legislación penitenciaria. En efecto, el artículo 4 de la

ley 12.256 regla que : "...el fin último de la presente Ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control..."²⁹.

No obstante, como acertadamente indica Salt "...sin perjuicio de la insistencia de los textos normativos de nuestro entorno cultural en establecer la resocialización, la reeducación o la reinserción social como fin primordial de la ejecución de las penas de encierro, lo cierto es que nunca existió claridad ni acuerdo acerca del significado concreto de los términos utilizados para expresar este principio resocializador y mucho menos, sobre las consecuencias dogmáticas que debía tener en el régimen penitenciario..." (1996:622 y 1999a:171).

En primer lugar puede destacarse que hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido (Muñoz Conde, 1982). No obstante ello, planteado el problema relativo a qué tipo de normas de las muchas vigentes en la sociedad debe referirse la resocialización, las respuestas posibles presentan diversas objeciones.

En efecto, si, por un lado, se plantea la resocialización moral del delincuente, la misma atenta no sólo contra la libertad ideológica sino también contra los fundamentos de una sociedad pluralista y democrática (ob. cit.). E igualmente, si se plantea la resocialización para la legalidad, ella no sólo desconoce la verdadera naturaleza del fenómeno criminal, sino que confunde los distintos elementos que forman la prevención especial, y carece de una propuesta para llevarla a cabo (Mapelli Caffarena, 1983: 59).

A pesar de ello, hay quienes resaltan el valor dogmático del concepto de resocialización, readaptación o reforma, contenido en los diversos textos normativos que, -implicando una obligación estatal³⁰ de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al momento de recobrar la libertad- debe influir en la regulación de los distintos aspectos del régimen penitenciario y en la interpretación de las normas penitenciarias (Salt, 1997, y 1999a:177; Mapelli, 1983:198 y ss.); opinión que se comparte en tanto tal reconstrucción se cimiente en las finalidades del derecho penal -como se explicitara infra- con epicentro en la persona, y por tanto propicie una actuación de la instancia jurídica en pos de la reducción de los niveles de violencia del sistema penal. Ello plasmado al ámbito ejecutivo se traduce en que durante su ejecución la pena no puede tener

otro sentido que la evitación de la desocialización del sujeto penado³¹. Es decir, paradójicamente la prevención especial positiva debe reconstruirse en sentido negativo, de evitación de la desocialización (por todos, Muñoz Conde, 1999:117; Zipfer, 1999) de evitación de tratos inhumanos, de reducción de los niveles de deterioro propios del encierro carcelario, de los niveles de vulnerabilidad del individuo (Zaffaroni, 1995:125)³².

La pretensión de exponer medianamente ordenados tales conceptos en absoluto novedosos tampoco es primicia normativa, en tanto los mismos ya encuentran soporte jurídico en el artículo 178 de la ley nacional que al referirse a la fines de la cárcel de encausados expresa que: "...su régimen posibilitará que el interno puede ejercer su derecho al trabajo y afrontar la responsabilidad de asistir a su grupo familiar dependiente e incluirá programas y actividades que permitan evitar y reducir, al mínimo posible, la desocialización que pueda generar la privación de libertad..."; y en el artículo 8 de la Provincial que en forma más amplia al referirse a los regímenes de asistencia y/o tratamiento, regla que: "...la instrumentación de los programas de asistencia y/o tratamiento, tenderá a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, tendiéndose a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales..." (los subrayados me pertenecen)³³; que integrados con la comprensión acogida para las normas constitucionales antes citadas conforman un sólido armazón para el diseño de una dogmática de la ejecución de la privación de libertad en todos sus aspectos en dicha clave.

Dicha propuesta de reconstrucción del ideal resocializador entonces, debe partir de considerar a un individuo social, psicológico y jurídicamente pleno³⁴ y debe tender a efectivizar la sanción (por motivos preventivo-generales) de modo que su ejecución estatal resulte neutra y no altere dicho status. Esto es, en primer lugar, la evitación de la ruptura de los vínculos sociales a partir de la prescindencia del ingreso carcelario (inejecución³⁵) en los casos de innecesariedad (principio de necesidad) o de costos sociales mayores (principio de proporcionalidad concreta o de adecuación social de los costos³⁶). En la misma dirección debe fomentar -en caso de utilización de la respuesta detentiva- las externaciones³⁷ y los contactos sociales que permitan morigerar la desocialización propia del encierro carcelario (Mapelli Caffarena, 1986:20638), diagramando las condiciones de vida en prisión de modo que se equiparen lo más posible a las de la sociedad -principio de atenuación³⁹- y contrarresten las consecuencias dañinas de la privación

de libertad -principio nil nocere- (Asencio Cantisán, 1987:137), evitando someterlo a cualquier tipo de trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo, debe abstenerse de someter valorativamente a los individuos, rescatando la verdadera voluntariedad y participación activa del sujeto en cualquier modalidad tratamental, desechando aquellas que impliquen una subyugación -directa o indirecta- por parte del sujeto para lo cual debe independizarse el tratamiento del concepto de régimen penitenciario de estricto carácter normativo. Por último impone la garantización de todos los derechos -distintos de la privación de libertad locomotiva- de modo de hacer realizables tales pautas; y de consagrar los específicos derechos penitenciarios originados de la particular condición de tales sujetos, de modo de evitar la consagración de unos sujetos con derechos de segunda categoría (Rivera Beiras, 1993 y 1998).

c) ¿quién aplica la ley? La judicialización de la fase ejecutiva

Decía que las reformas procesales y penitenciarias se orientaban en el sentido de fortalecer el denominado proceso de judicialización de la fase ejecutiva. En ese sentido, es oportuno destacar que resultó tradicional por largos años el entendimiento de que una vez dictada la sentencia de condena, la actividad que se desarrolla con posterioridad a la misma corresponde a la administración⁴⁰ y no a la jurisdicción penal⁴¹. La ciencia jurídico-penal⁴² tuvo decisiva influencia en la construcción y consolidación de esta tendencia a la administrativización de la ejecución penal que, en buena medida permanece latente como creencia en los diversos operadores del sistema.

Con base en los principios de legalidad y de tutela judicial efectiva (arts. 18 CN, art. 8.1 de la CADH), como antes se explicara, la ley 11.922 consagró la figura del juez de ejecución en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (art. 25) como refuerzo de la garantía orgánica de jurisdiccionalidad en sentido amplio (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), consistente "...en la atribución en exclusiva de la potestad judicial a un cuerpo de jueces ordinarios (...) sometidos sólo a la ley (...) inamovibles (...) y dotados de competencias preestablecidas legalmente..." (Ferrajoli, 1995:732) que funciona como meta-garantía, es decir que permite la observación del resto de las garantías penales y procesales.

Pero, como señala con su habitual claridad Salt (1998:23): "...para lograr la judicialización de la

ejecución penal no alcanza con nombrar jueces especiales. El proceso de 'judicialización de la ejecución' consiste en algo muy distinto: 'asegurar que todas las decisiones de esta etapa procesal que signifiquen una alteración de la determinación de la pena (cambios en la duración temporal del encierro o cambios sustanciales en las condiciones de cumplimiento) sean tomadas por un 'juez' órgano judicial independiente de la administración, que aplique para la toma de decisión un proceso respetuoso de los principios del derecho procesal penal...".

Por ello independientemente de que hasta la fecha no se han puesto en funcionamiento la justicia de ejecución en la provincia, asumiendo dicho rol los distintos jueces competentes en las distintas etapas del proceso (arts. 221 de la ley 12.256 y 7 y 8 de la ley 12.060), el quid de la cuestión es que hoy la administración toma a su cargo, prácticamente sin control judicial la determinación concreta del contenido de la sanción al adoptar decisiones que involucran diversas alteraciones cuantitativas y cualitativas de la pena impuesta por la sentencia de condena. La legislación provincial, si bien supone un importante avance en este proceso, carece de claridad al momento de determinar competencias, y al consagrar una cláusula genérica de competencia compartidas no parece alinearse en un sistema de jurisdiccionalización absoluta (art. 3 de la ley 12.256)⁴³.

La reversión de este panorama exige la consagración de una estricta jurisdiccionalidad en fase ejecutiva, promoviendo un extensión absoluta de las garantías procesales y penales a este momento de actuación del poder punitivo estatal, que venga asegurada por la existencia de un decisor imparcial, de un acusador contradictor y de la garantía de defensa amplia, ejercida sobre hechos concretos susceptibles de ser sometidos a refutación y no juicios valorativos o pronósticos de conducta -que consagran un derecho de autor en la ejecución penal-; todo ello claramente establecido en la ley⁴⁴.

En este sentido, los artículos 25 incisos 1, 3, 4 y 5; y 497 del CPPBA, el artículo 10 de la ley 12.256 y los artículos 3 y 4 de la ley 24.660, en consonancia con las normas constitucionales antes citadas (art. 18 de la CN y 8.1. de la CADH) aparecen como sostén de lo afirmado al receptor una jurisdiccionalización amplia en pos de una tutela de todos los derechos de los detenidos. Además otras normas, otorgan competencia específica para el Juez de ejecución en diversas materias (ver 25.6 y 517 y ss., sobre el control judicial de las medidas de seguridad, art. 500 sobre el cómputo de pena, 25.7 sobre la asistencia post-penitenciaria, 510 en materia de

revocación de la ejecución condicional, arts. 506 y 507 sobre la ejecución de la pena de inhabilitación y tramitación de los incidentes de rehabilitación, 404 sobre el control de las condiciones impuestas en la suspensión del proceso a prueba, todos del CPPBA; y arts. 19, 21 y 116 sobre detención domiciliaria, 23 sobre egresos transitorios, 25 sobre externaciones, 57 y 58 - y 25 inc.5 del CPPBA- como Alzada en los recursos por sanciones disciplinarias, 99 como Alzada en las ubicaciones y/o reubicaciones en los diferentes regímenes y modalidades implementados para los condenados, 100 y 160, en el ingreso al régimen abierto y las salidas transitorias y/o a prueba de los condenados, 105 y 107 en el otorgamiento y revocación de la libertad asistida, 117 sobre la incorporación en el régimen abierto en casos especiales, 118 sobre la conmutación de pena, sobre las distintas alternativas en la ejecución de la pena, 122 y ss., 146 sobre las salidas transitorias en el régimen abierto, 163 sobre la garantización de los derechos constitucionales de los liberados bajo tutela del respectivo Patronato).

d) ¿a quienes aplicar la ley? La aplicación de la ley 12.256 a procesados:

El art. 1 de esa ley dispone que : "...la asistencia de los procesados y el tratamiento y/o asistencia de los condenados a penas privativas o restrictivas de la libertad y/u otras medidas de seguridad, de tratamiento o de otro tipo dispuestas por autoridad judicial competente, como así la actividad y orientación post-penitenciaria, se regirán por las disposiciones de esta Ley..."; consagrando como destinatorios de sus reglas a los privados de libertad sin sentencia condenatoria de carácter firme⁴⁵. Ello se compadece con la inclusión de dicha problemática en los fines y medios de la ley (arts. 4 y 5), en la diagramación de los regímenes de asistencia (arts. 6, 7 y 8), en el catálogo de los derechos de que gozan (art. 9) y en su tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales de los mismos (art.10). Asimismo, se realiza una específica consideración de la ejecución de la prisión preventiva en sus diversos aspectos (ver Título Segundo), con las diversas modalidades atenuada y estricta. Además, resulta complementada por las disposiciones del Código Procesal Penal de la Provincia que recepta diversas medidas alternativas o morigeradoras de la privación de libertad cautelar (arts. 159, 160, 163, 164), y contempla en fórmulas genéricas la remanida cuestión del alojamiento separado de los procesados y penados, y la privación de libertad domiciliaria de los sujetos habilitados por el Código Penal y el mismo C.P.P.B.A. (art.

165).

De ese modo, la normativa provincial viene a atender una usual carencia de reglamentación legislativa de las cuestiones vinculadas a la ejecución de este tipo privación de libertad de sujetos inocentes, respecto de la cual se ha demostrado un marcado desinterés (Mapelli Caffarena, 1997:200). Justamente tal condición jurídica es la que acarrea una serie de dilemas de difícil solución.

En primer lugar, por cuanto es reconocido de modo tajante que la cuestión que la doctrina ha denominado como la del <<preso sin condena>> resulta el aspecto más acuciante de la problemática carcelaria, fenómeno que no afecta de modo particular a nuestro país o bien a nuestra región latinoamericana, sino que se repite en casi la totalidad de los estados occidentales⁴⁶. Baste recordar la increíble cifra reseñada de 87% de encarcelados preventivos para imaginar las dimensiones de la cuestión y advertir que con ello se desvirtúa todo el sistema sancionatorio consagrando evidentemente a la prisión preventiva como la <<verdadera pena del sistema>>. En tal sentido, Andrés Ibañez (1997: 15-29) es claro al señalar su ubicación como eje y momento de mayor eficacia general preventiva del sistema penal⁴⁷.

Pero por otro lado, se plantean la incógnita respecto de la posibilidad estatal de limitar o restringir de algún modo los derechos de la persona tan sólo sospechada de la comisión de una conducta ilícita; y el cuestionamiento sobre el modo de diagramar para ese individuo la vida intramuros, la posibilidad de intervención estatal a su respecto; o más gráficamente ¿qué hacer con el detenido en prisión preventiva durante su estadía en la cárcel?

Ambos dilemas, íntimamente vinculados suelen agravarse por la excesiva retención temporal de personas en tales establecimientos, motivado por la extensión indeterminada de los procesos penales⁴⁸ lo que redundará en una ardua problemática que tiene que ver con la ociosidad de los encerrados, su pérdida de tiempo, deterioro psicológico, restricción de sus derechos, ruptura o desvinculación con sus vínculos afectivos externos, imposibilidad de realización de determinadas actividades y para colmo desde el punto de vista jurídico con el empeoramiento de su situación a raíz de su condición de procesados⁴⁹.

Frente a esa realidad, Mapelli Caffarena se pronuncia por una recepción amplia del tratamiento penitenciario para los preventivos no hallando objeciones en el principio de inocencia: "...Sería absurdo pensar que permitir que el preventivo acceda a un tratamiento resocializador se traduce,

sin más, en una declaración de culpabilidad explícita o implícita, como tampoco lo es en el caso de los condenados. Lo cierto es que excluir a los preventivos de la posibilidad de someterse a un tratamiento resocializador es una decisión de enormes repercusiones para él debido a que pierde de esta forma el acceso a todos los estímulos que en forma de mejoras regimentales refuerzan el tratamiento. El preventivo sometido a los perjuicios de una privación de libertad de corta duración ve como su tiempo de privación de libertad es un tiempo vacío de contenido desde una perspectiva resocializadora..."(1997:206-207).

Por el contrario, Salt (1996:674) se muestra reacio a que los presos procesados puedan incorporarse al régimen de condenados -ni aún voluntariamente-⁵⁰, considerándolo una tentación inadmisible en un Estado de derecho por cuanto supone asumir normativamente lo que la realidad demuestra crudamente: que la prisión preventiva resulta una pena⁵¹.

Decisivo, entonces, aparece atender al fin meramente cautelar de la prisión preventiva (arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 144 del Código Procesal Penal de la Provincia) dado que su dictado obedece a fines de aseguramiento procesal (de la comparecencia del acusado, de la realización del juicio, de la ejecución del fallo)⁵², y por tanto viene ineludiblemente restringida por los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y provisionalidad (conf. Bovino, 1997b: 453 y ss).

Por tanto si la medida de encarcelamiento preventivo debe ser excepcional -sólo aplicable cuando no existan otros mecanismos para evitar los peligros procesales-; debe afectar la libertad del imputado lo mínimo que sea necesario para los fines procesales (conf. Salt, 1996:675, nota 48); y de ese modo intentar evitar la desocialización que, para el sujeto inocente, puede suponer su estancia en prisión (art. 178 de la ley 24.660 y 8 de la ley 12.256).

En tal sentido, el Juez de garantías⁵³ debe⁵⁴ utilizar las medidas de aseguramiento procesal que resulten menos gravosas para el imputado⁵⁵ (art. 159 del CPP), y debe morigerar los efectos del medio coercitivo empleado, a través de la prisión domiciliaria, salidas transitorias⁵⁶ o internación en instituciones educadoras o terapéuticas que sirvan a la personalización del internado en ellas (art. 163 del CPP); quedando la utilización de la prisión preventiva en sentido tradicional como extremo o última ratio⁵⁷.

E igualmente, debe considerarse como regla la inclusión de los procesados en la modalidad atenuada del régimen de asistencia (art. 6) -que se desarrolla en las áreas de convivencia,

educación, trabajo, tiempo libre y asistencia psicosocial (art. 7 y 67)- caracterizada por la prevalencia de métodos de autogestión y autocontrol, dentro de un marco asegurativo mínimo (art. 68). En consecuencia, la modalidad estricta -caracterizada por el énfasis dado a aquellos aspectos asegurativos que hagan a un mejor control de aquellos internos en los que se evidencian serias dificultades de convivencia con riesgo inmediato para sí, para terceros y para la seguridad del establecimiento (art. 69), y que importa adicionalmente la mayor severidad regimental (ver arts. 84, 86 y 91)- sólo podrá ser utilizada cuando sea estrictamente necesaria, por acreditarse en el caso los requisitos legales mencionados⁵⁸.

Asimismo, deben garantizarse ineludiblemente todos y cada uno de los derechos del ciudadano jurídicamente inocente sometido a esa medida cautelar (art. 9, 74 a 92), evitando la ruptura de los vínculos externos (art.10), gozando a ese fin de una tutela judicial efectiva (art. 10 ley 12.256 y arts. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención contra la Tortura y otros tratos penales crueles inhumanos o degradantes). Por eso se advierte con preocupación que una decisión trascendental como es la vinculada al ingreso y a la reubicación del procesado en cualquiera de las modalidades de asistencia mencionadas se deje en manos de la Jefatura del Servicio Penitenciario. (art. 70 y 28, 29). Ello -en modo alguno se subsana con la comunicación al Juez competente del movimiento y distribución de los procesados- y compromete seriamente la garantía de estricta jurisdiccionalidad. Por tanto, concluyo que por su naturaleza la decisión debe ser tomada por la autoridad judicial, pero además no en función de la valoración de informes de conducta -absolutamente subjetivos- sino frente a la constatación fehaciente de indicadores fácticos de tipo objetivo que permitan afirmar la existencia de problemas de convivencia y los riesgos que ello conlleva (art.69).

Además de las derivaciones del principio de proporcionalidad en materia de imposición de la medida cautelar, en referencia al momento de ejecución de la misma, repercute -al menos- en la imposibilidad de depararles a los presos preventivos condiciones más gravosas o severas de detención. Así en el sentido que expresa Binder (1993:200) la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión. Y extendiendo el argumento puede sostenerse que debieran preverse condiciones y regímenes de ejecución menos

severos para los procesados⁵⁹.

En tal principio encuentra refuerzo la separación normativamente prevista entre condenados y procesados⁶⁰. La vulneración de tal norma es moneda corriente en nuestra realidad carcelaria amparada en la imposibilidad infraestructural de su cumplimiento y en el entendimiento como una norma de carácter meramente programático carente de consecuencias jurídicas (conf. Salt, 1999a). No obstante, tal situación anómala -y anómica- no puede admitirse y la actividad jurisdiccional debe bregar en tal sentido. A ese fin, una primer solución puede orientarse a la descongestión de los centros que alojen a ambas clases de sujetos, otorgándoles a los procesados las respectivas excarcelaciones y/o a partir de la utilización de alternativas admisibles. Sin embargo, la distribución geográfica de las distintas unidades carcelarias dentro de la provincia impide en ocasiones tal tipo de solución sin generar problemas de desarraigo que colisionan con la pauta resocializadora orientativa de la ejecución penal, al reducir las posibilidades de contactos con su entorno social por la cercanía a su lugar de residencia. La adecuada ponderación de los distintos principios en pugna deben guiar la decisión en tal tipo de conflictos concretos⁶¹. Otra posibilidad sugerida podría vincularse con la separación -al menos- de pabellones dentro del mismo establecimiento, según la condición jurídica de los privados de libertad. También parece apoyarse en esta idea de proporcionalidad⁶² quienes como Mapelli Caffarena sostienen la posibilidad de realizar un tratamiento resocializador para evitar que desde ese punto de vista el tiempo del detenido sea un tiempo perdido. Por último, del principio de provisionalidad, surge la necesidad de constante revisión de las condiciones de ejecución y del régimen escogido, para, en su caso, posibilitar la reducción de la afflictividad que importa la misma.

e) ¿Cómo debe ingresar la ley a la cárcel? Garantías Penales y Procesales:

La mentada vigencia de tales principios en fase ejecutiva puede verificarse respecto de dos tipos de situaciones jurídicas diversas que se presentan en el interior del carcelario. Por un lado, las vinculadas al cumplimiento de la sanción o medida cautelar por la cual se ingresa a la institución; y por otro la referida a los procedimientos que se realizan por sanciones disciplinarias por inconductas cometidas en el interior de la institución. Ambas si bien, íntimamente vinculadas,

merecen su análisis independiente dada la importancia de las consecuencias jurídicas que de ello se deducen.

e.1) Sobre el contenido concreto de la sanción impuesta por condena judicial firme.

Ya hemos señalado con anterioridad que en el sistema de pena flexible el contenido punitivo concreto de la sanción estatal queda sujeto a una suerte de <<negociación>> en fase ejecutiva. Ello puede suceder a partir de la imposición de condiciones de detención o regímenes más o menos severos (mutación cualitativa) o a través de la obtención/denegación de salidas anticipadas (mutación cuantitativa). La ilusión de racionalizar ese intercambio forma parte de la estrategia de minimización de la violencia estatal, a través de la dotación a ese contenido punitivo concreto del mayor grado de seguridad jurídica derivada de los principios de legalidad e igualdad, tan vapuleados en esa instancia.

Esa inabarcable faena requiere que, indudablemente, tales decisiones sean adoptadas por juez imparcial en el marco de un proceso conforme al diagrama constitucional. Pero asimismo, requiere el respeto a las exigencias sustanciales mínimas derivadas del principio de legalidad y que se vinculan con la racionalización de las pautas normativas de modo que se conviertan en herramientas utilizables de modo previsible y no arbitrario. Esto es, la exigencia de tipicidad de las conductas que importen tales alteraciones cuantitativas o cualitativas, dotando de facticidad a los conceptos normativos pertinentes, de modo que sean susceptibles de ser probados o refutados en la instancia procesal correspondiente. Ad exemplum, en el análisis de los informes que determinan la necesidad de incorporación a uno u otro régimen para fundamentar la misma⁶³, se deben valorar pautas o indicadores de tipo objetivo y no meros diagnósticos o pronósticos de conducta, de modo que puedan ser contradichos por pruebas o elementos aportados por la defensa⁶⁴. O bien en la concreción de los requisitos para la obtención de una salida anticipada, ello tampoco puede depender de juicios valorativos subjetivos, sino claramente susceptibles de ser verificados en discusión plena. Tales hechos atribuidos al sujeto deben tener clara vinculación objetiva y subjetiva con el mismo, respetando todos los principios aplicables de la parte general del derecho penal. Este es, sin duda, un desafío crucial de un derecho de ejecución penal que se alinee en una estrategia de minimización de la violencia estatal. Algunas de sus

propuestas pueden ser formuladas a la luz de la interpretación sistemática y teleológica de las normas existentes, pero el gran esfuerzo en tal aspecto debe plantearse de lege ferenda, a través de una fuerte normativización de los conceptos esenciales, de modo de facilitar la tarea de aplicación de la ley.

Los procedimientos deben realizarse conforme manda el art. 498 por incidente conforme las peticiones que podrán realizar el Fiscal, el interesado o su defensor. No obstante ello, y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 71 de la ley 12.061, el procedimiento no se estructura a partir de un Fiscal activo que lleve adelante la ejecución de la pena, como contradictor natural de la defensa -para facilitar la tarea de esta- y frente al órgano imparcial representado por la jurisdiccional⁶⁵. Inclusive, favoreciendo la administrativización de la ejecución en todo el texto de la ley, adquiere preponderancia en la instancia del cumplimiento de la sanción, la autoridad penitenciaria. Su exclusión en el mentado art. 498 es certera, como así también debe ser contundente el rechazo a su legitimidad recursiva⁶⁶ (Salt,1999a:202,n.9, Madina,2000). Tampoco tiene fundamento alguno, en tanto se trata de la fase en donde cobra virtualidad el poder punitivo estatal, la intervención del particular damnificado -que sólo puede estar alimentado por sentimientos vindicativos- por lo que resulta coherente la solución exclusiva propiciada por el art. 81 del C.P.P.⁶⁷.

Además del incidente, son aceptables distintas formas de hacer efectiva la tutela judicial (Asencio Cantisán, 1987:13868), como por ejemplo la vía de amparo⁶⁹ o el hábeas corpus correctivo (art. 405 2° párrafo del C.P.P.)⁷⁰. En estos dos últimos casos -sin perjuicio de lo normado por los arts. 20.1 1° párrafo y 20.2 2° párrafo de la Constitución Provincial, el art. 406 del CPP y en el art. 4 de la ley 7166- resultaría problemática la competencia de jueces diversos de los de la causa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente estableció la imposibilidad de sustitución procesal de los jueces de la causa⁷¹, y en igual sentido se pronunció el Tribunal de Casación Provincial al anular lo actuado y devolver las actuaciones para que se exprese el juez de ejecución competente⁷². No obstante la cuestión resulta absolutamente insidiosa y levanta voces contrarias⁷³. Desde el punto de vista de la garantía de la tutela judicial efectiva, creo en la conveniencia de optar por una solución amplia que permita la intervención de cualquier magistrado.

Para garantizar la contradicción se prevé la vista a la parte contraria por el término de cinco días.

Eventualmente el plazo debe ser prorrogable razonablemente, si alguna de las partes lo necesitan para producir pruebas, toda vez que de otro modo no se haría efectiva la garantía de estricta jurisdiccionalidad.

El sistema recursivo instaurado resulta infinitamente más simple que su par altamente engorroso previsto en el Código Procesal de la Nación⁷⁴. En el sistema provincial se garantiza debidamente la doble instancia jurisdiccional⁷⁵, con la apelación ante la Cámara de Garantías competente (art. 498 2º párrafo). Las demás cuestiones relativas a este vía de impugnación ordinaria y amplia se rigen por las reglas generales (arts. 421 a 435, 439 y ss.)

A pesar de falta de previsión expresa, debe considerarse admisible el recurso de casación en los supuestos específicos de este recurso extraordinario (ver arts. 448, 450 y 467)⁷⁶. Así parece admitirlo el Tribunal de Casación de la Provincia conforme lo resuelto in re "Mazzante", si bien no con una consagración expresa, sin haber formulado objeciones para su tratamiento (conf. Madina, 2000). También deben admitirse los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y también de la Nación⁷⁷, en la medida en que se verifiquen sus requisitos habilitantes (ver Título VI del CPPBA, y art. 14 de la ley 48 respectivamente).

El derecho de defensa deber ser ineludiblemente garantizado y promovido en fase ejecutiva como relevante herramienta para revertir la estructural vulneración de derechos fundamentales de la persona⁷⁸. Ello implica no sólo su extensión en los supuestos generales para otras etapas del procedimiento (arts. 89 y ss. del CPP, y ley 12061) sino su especial hincapié en este problemático sector (arts. 9.9. y 81 de la ley 12.256). En su contenido se incluyen tanto la defensa material como técnica, esto es la posibilidad de ser oído, de proponer y producir prueba, de controlar la prueba de cargo y de exponer los argumentos fácticos y jurídicos para obtener una resolución favorable⁷⁹. En este sentido, tiene fundamental relevancia la posibilidad de refutación de los informes carcelarios, a través de la proposición de pericias de parte. Asimismo, la vigencia del principio del onus probandi en fase ejecutiva es fundamental, rigiendo para cualquier caso y en todos los aspectos.

Por último, y verificada la selectividad del sistema de justicia penal, resulta relevante la tarea de la defensa oficial, ejerciendo debidamente tal derecho en fase de ejecución, lo que exige no sólo una adecuada implementación (Coriolano, 1998:33) sino una tarea político-criminal de estudiar e implementar sistemas más imaginativos de defensa pública capaces de ofrecer un servicio

eficiente y personalizado (Binder, 1997:148).80.

El imputado también tiene derecho a peticionar ante las autoridades del establecimiento en debida forma (conf. Artículo 9.10 de la ley 12.256); resultando obvia la posibilidad de acceder a la vía judicial -en caso de no ver satisfecha su petición- por los procedimientos antes reseñados.

e 2) En los procedimientos por sanciones disciplinarias:

Las sanciones disciplinarias previstas en la ley 12.256, a pesar de tener una naturaleza administrativa -al estar enmarcadas en la fase ejecutiva del proceso penal- debe estar sometida a todas las garantías del proceso penal (Calvet Barot, 1996:226), debiendo orientarse por la finalidad no-desocializadora de la pena en esta fase (Mapelli Caffarena, 1983) y por el <<principio de mínima intervención>>, que implica la utilización de criterios de oportunidad y necesidad en el mantenimiento del orden (Asencio Cantisán, 1989).

El primer postulado viene contemplado con buen criterio en el art. 43 de la ley provincial que establece que: "...en ningún caso se restringirán las posibilidades de visita, trabajo o educación como complemento de una medida sancionatoria salvo los límites que pudieran surgir de los recaudos de control propios de cada régimen...", en tanto que el segundo en el art. 42 de la misma en cuanto dispone que: "...el orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer otras restricciones que las absolutamente necesarias para permitir la correcta implementación de las actividades propias de cada régimen o modalidades del mismo..."; concretando el principio de subsidiariedad que establece la obligación de diseñar y buscar otros métodos con el fin de mantener el orden penitenciario, basados en estrategias de autogestión, no represivas, reservando como último recurso la imposición de la sanción disciplinaria (Calvet Baret, cit.:228).

Para asegurar la observación de los principios mencionados, tales normas deben complementarse afirmando la desvinculación entre infracción disciplinaria y régimen progresivo y/o salidas anticipadas, puesto que de otro modo se reafirma la lógica de premios y castigos en fase ejecutiva. La mira resocializadora no debe jugar rol alguno en este aspecto, por cuanto poco tiene que ver la inserción social del interno con una conducta indisciplinaria interna. En todo caso, en el sentido en que se construye el concepto de resocialización, el régimen disciplinario debe

asegurar la convivencia intramuros sin adicionar elementos que importen un mayor sufrimiento carcelario. En ese sentido, es criticable el texto del art. 46 en cuanto indica que las faltas que cometan los internos serán objeto de sanción: "...sin perjuicio de la evaluación técnica posterior que se haga de dicha conducta y su motivación, a los efectos de su ubicación o reubicación en el régimen que corresponda...";

En primer lugar, la ley establece con cierta indeterminación los deberes de los internos (art. 44) y las prohibiciones (art. 45). Estas últimas técnicamente tan sólo resultan pautas de orientación de la conducta, toda vez que no tienen prevista sanción alguna.

Las faltas disciplinarias son clasificadas en leves, medias y graves. La técnica legislativa escogida es harto defectuosa afectando diversos principios. En el art. 47 se enumeran las denominadas faltas graves, en tanto que las medias y leves son delegadas a la reglamentación administrativa (art. 48). Como se advierte en este último caso la vigencia del principio de legalidad formal se halla afectado. En efecto, si resulta compatible el criterio que requiere que las sanciones a imponer que afecten de modo esencial el contenido punitivo de la sanción por el que se permanece en encierro deben ser adoptadas por la autoridad jurisdiccional (Malarino, 1997), no puede admitirse la posibilidad de delegación legislativa en la administración en tales casos. Por tanto, por la entidad de las sanciones previstas para las faltas medias (privación o restricción de actividades recreativas y deportivas hasta diez (10) días; o el alojamiento en celda propia hasta quince (15) días ininterrumpidos o hasta cuatro (4) fines de semana sucesivos o alternados), las mismas deberían ser estrictamente taxadas por ley⁸¹; en tanto puede resultar lícito dejar a la reglamentación administrativa las faltas leves (ya que prevén como sanciones amonestación, apercibimiento y retiro de concesiones⁸²).

La enumeración de conductas constitutivas de faltas graves realizada en el artículo 47 plantea su problemática independiente. A pesar de la consagración expresa del principio *ne bis in idem* (art. 54) respecto de las faltas disciplinarias, el alcance del mismo, por imperativo constitucional debe abarcar a la imposibilidad de castigar en el interior de la cárcel conductas configurativas de delitos previstos en el Código Penal. Esto es, una conducta humana no puede -por ser llevada a cabo en el interior de un establecimiento carcelario- tener consecuencias jurídicas sancionatorias en relación a un hecho anterior por el cual se viene cumpliendo una pena agravando el contenido punitivo concreto de la misma, cuando la misma ya es sancionada independientemente por el

Código Penal. Por ello, los incisos primero⁸³, tercero⁸⁴, quinto⁸⁵, sexto⁸⁶, octavo⁸⁷ pueden resultar ejemplos de doble sanción. En alguna medida también pueden llegar a serlo los incisos séptimo⁸⁸ y noveno⁸⁹, y la consagración expresa de la alteración de ese principio viene contemplada en el inciso décimo que incluye como falta grave la de : "...cometer un hecho previsto como delito doloso sin perjuicio de ser sometido al eventual proceso penal...". No obstante, es también cierto que las conductas desarrolladas dentro del espacio carcelario deben ser analizadas y consideradas con su significación específica en el contexto en que se desarrollan (Jescheck, 1981), en el cual el individuo se ve altamente condicionado por las dinámicas de la institución cerrada, sus lógicas y los esquemas conductistas de corte manipulador en ella implantadas⁹⁰. En ocasiones ello puede llevar a la imposibilidad de concretar -aún en un nivel pretípico o bien en el injusto- el encuadre normativo de la conducta como delito. Allí puede ser -entonces- recomendable la previsión como falta disciplinaria, atendiendo a las características del encierro sufrido por el sujeto, e impidiendo poner en marcha el mecanismo punitivo para sumar una nueva sanción penal que consolide su carrera criminal (Becker, 1963) y produzca el efecto de aumento del nivel de vulnerabilidad del mismo (Zaffaroni, 1990), con efectos sociales altamente nocivos (Baratta, 1987). Por ello, parece necesario -a la luz de los principios constitucionales en juego- manifestarse por la invalidez (inconstitucionalidad) del inciso décimo del art. 47, e interpretar el alcance del resto de los incisos del mismo, como subsidiarios ante la inexistencia de conducta ilícita en términos jurídico-penales⁹¹. Un derecho penal orientado a las consecuencias así lo exige (Hassemer, 1984).

Por otra parte la indefinición y ambigüedad de la descripción de las conductas contenidas en los incisos segundo⁹², séptimo y noveno del art. 47 importan la alteración del mandato de determinación surgido del principio de legalidad⁹³.

El encuadre típico exige la vinculación objetiva y subjetiva de la conducta imputada y eventualmente del resultado previsto. En el caso sólo se admite la tipicidad dolosa, en cuanto la ausencia de criterio legislativo expreso impide -a la luz del principio de legalidad- considerar la existencia de conductas típicas culposas. En todos los casos se tratan de tipos especiales propios, lo que impide la intrascendencia de la pena a visitantes o familiares. Eventualmente en alguna infracción (por ejemplo, inciso séptimo) se podría aceptar la comisión por omisión sin afección al principio de legalidad. Las reglas de autoría y participación deben adoptarse en todas sus

consecuencias, como así también los conceptos de iter criminis y los utilizados para la delimitación de la tentativa⁹⁴.

Obviamente se pueden esgrimir causas de justificación -no sólo como defensas procesales sino con verdadero sentido penal- siendo aplicables las construcciones dogmáticas en torno a ellos. La exigencia del principio penal de culpabilidad (art.19 de la CN) repercute claramente en los aspectos subjetivos de las categorías del injusto antedichas, pero importa asimismo la capacidad de culpabilidad y el conocimiento potencial del injusto que se trata. En tal sentido, resulta importante la efectiva observación de la manda del artículo 9.8. de la ley 12.256 que consagra como derecho de los procesados y condenados el de: "...ilustración sobre las particularidades y reglas disciplinarias dentro del régimen en el que se lo ha incluido, para lo cual se le deberá informar amplia y personalmente, entregándosele una cartilla explicativa al momento de su ingreso a cada modalidad...". Desde aquí se trata de evitar que el mito del conocimiento del derecho⁹⁵ cumpla una función negativa en la vigencia de los derechos de los reclusos. En este punto, es importante resaltar que no se admite la responsabilidad objetiva, por lo que se prohíben expresamente las sanciones colectivas. También resultan aplicables las causales de inculpabilidad utilizadas en derecho penal.

En lo referido a las sanciones previstas para las faltas graves son las de separación del área de convivencia por un período no de quince (15) días o siete (7) fines de semana sucesivos o alternados; traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso o traslado a otro establecimiento.

En cuanto a la primera puede objetarse su constitucionalidad por la contradicción con el principio de dignidad de la persona⁹⁶. En tal sentido, cabe recordar que como ha destacado Bergalli (1982:134) "...las sanciones de internación en propia celda y en celda de aislamiento constituyen una reducción progresiva, hasta la completa destrucción, de todas las estructuras del 'sí mismo' y representan una prolongación de la antigua hipótesis penitenciaria canónica (ergastulum) que revive en la técnica cuáquera del sistema filadelfiano...". De allí surge su carácter altamente nocivo e inconveniente desde que afectan la comunicación del individuo con el exterior impidiendo la consecución de la meta preventivo especial requerida. Más bien imponen la consagración de técnicas de neutralización, de supresión y extirpación de individuos amparadas en una inaceptable tipología de sujetos delincuentes al estilo lisztiano y su concepto

de inocuización (Von Liszt, <1882>).

Las mismas objeciones pueden surgir respecto de las otras sanciones previstas, especialmente la de traslado a otro establecimiento carcelario que alimenta el desarraigo de los sujetos; y que además de los innumerables problemas que ocasiona⁹⁷, contradice absolutamente las finalidades de la pena y los principios constitucionales en vigor.

Por lo demás, las sanciones previstas para las faltas medias -ante la imprevisión legislativa antes comentada- carecen de relevancia y resultan inaplicables, por lo que para todas las faltas que disponga la administración a través de sus reglamentaciones podrán aplicarse tan sólo las sanciones previstas en el inciso a) del artículo 49.

Seguidamente se fijan las reglas para la determinación de las sanciones (art. 50) y las condiciones para la ejecución en suspenso (art.51).

Si, a pesar de lo propuesto, en la realidad carcelaria se impusieran las sanciones graves y medias debieran ser dispuestas judicialmente, realizando una interpretación amplia de las normas contenidas en los arts. 52 y ss. No obstante, que se otorgue poder sancionador a la autoridad máxima del establecimiento (art. 46 y 53), quede claro que aquí se propicia la intervención judicial amplia con las garantías de doble instancia a través del recurso de apelación y conforme todas las pautas procesales enunciadas en el apartado anterior.

Asimismo, para garantizar el derecho de defensa, a ser oído, y el principio de correlación se dispone la obligación de informar al interno de la infracción que se le imputa, tutelado por diversas normas internacionales⁹⁸ (ver Colombo-Ercolini, 1999:142-201). Puede, asimismo, presentar sus descargos y ofrecer prueba y ser recibido en audiencia por el jefe o funcionario antes de dictar sentencia (art. 53). La estricta jurisdiccionalidad otra vez, debiera prever la existencia de un acusador fiscal (ver art. 71 de la ley 12.061) y la posibilidad de ejercer la defensa en sentido material pero también técnico (v. por todos, Rodríguez Saez, 1992; y Gimeno-Cortés-Domínguez, 1993) para lo cual no existe objeción normativa alguna, debiendo por el contrario ser anoticiado en todo caso el defensor del interno conforme las reglas comunes⁹⁹. La resolución, será adoptada en el término de dos (2) días y como acto estatal obviamente será fundada. (art. 53). Parece apropiado -por las especiales características de la institución cerrada- que se le hagan conocer al reclusos sus derechos recursivos -bajo debida constancia- pero no así la exhortación a una reflexión que sólo tiene como basamento la

diagramación de una relación de carácter vertical entre Estado-individuo (art. 55). El sistema recursivo diseñado resulta engorroso e inexplicable como así también el carácter no suspensivo otorgado al mismo (art. 56 y 57). O bien se adopta la judicialización plena como aquí se postula con recurso ante la Cámara de Apelación -dejando reservada eventualmente las sanciones por faltas leves a la administración con recurso ante el juez de ejecución- o bien se adopta para todas las sanciones el procedimiento establecido en el artículo 58 que establece la apelación por el término de cinco (5) ante el Juez de Ejecución o competente, quien resuelve en otros cinco (5) días, otorgando efecto suspensivo, en todo caso, al recurso.

Por lo demás, rige el principio in dubio pro reo (art. 54) y obviamente la presunción de inocencia (art. 18 de la CN, y art. 1 del CPPBA), como así también la carga de la prueba para el acusador sin admisión de presunción alguna.

f) ¿qué status debe otorgar la ley a los sujetos encarcelados? El paradigma del condenado como sujeto de derechos:

Sabido es que la pena de privativa de libertad implica esencialmente una gravísima limitación a la libertad locomotiva del individuo a quien le es impuesta. En ese sentido es claro que dicha libertad es considerada como un <<bien>> del cual se priva al sujeto penado. E inicialmente podría afirmarse que con excepción de la privación de la libertad de locomoción, el resto de sus derechos debe permanecer incólume e inalterado. No obstante ello, resulta incuestionable que la pena de prisión engloba la restricción de más derechos que simplemente el de desplazarse libremente que implica la libertad locomotiva limitada¹⁰⁰.

En ese sentido, surge la discusión en torno a cuáles derechos además del mencionado pueden limitarse o mutilarse, por añadidura, a aquella privación. Frente a la antigua idea de que los presos no tienen ningún derecho (Fragoso, 1981:227) y que se convierten en objetos sometidos a la arbitrariedad de la administración, hoy se erige en el marco del estado democrático de derecho -en el que en la relación con los ciudadanos el Estado no ejerce su poder de manera arbitraria sino que, antes bien, se encuentra limitado por las normas jurídicas- la idea del condenado como sujeto de derechos (Salt, 1996:668).

Así, en tanto en el art. 2° de la ley 24.660 se sienta una suerte de principio de reserva¹⁰¹; por el

contrario, diversa es la técnica legislativa prevista en la ley provincial que en su art. 9 cataloga los derechos de los que gozan básicamente los procesados y condenados (como "derechos penitenciarios"), pudiendo interpretarse de lo normado en el art. 10 de esa ley y del 19 de la C.N., que el resto de los derechos se mantiene inalterable por la reconducción -sin excepciones- a las normas de carácter internacional¹⁰².

Pero, en todo caso queda claro del juego de tales normas que los derechos de los reclusos no pueden ser alterados o restringidos sin previsión legal que lo fundamente.

No obstante, esa vinculación a la legalidad se ha venido desdibujando no sólo a partir de la realidad empírica que traza la ya mencionada divergencia entre la cárcel legal y la cárcel real (Rivera Beiras, 1996), sino también a partir de construcciones teóricas que han venido a restringir el goce de aquéllos derechos de los reclusos invocando que por su condición se hallan sujetos a una especial relación de sujeción respecto de la administración (Mapelli Caffarena, 1993:17-41; Rivera Beiras, 1993 y 1998); o en su aspecto formal, por vía de delegación legislativa¹⁰³ en esa administración de cuestiones de trascendental relevancia como la reglamentación de la disciplina (Capítulo IV de la L.E.P.P.L., art. 45.5, 46 y 48 de la ley 12.256), del régimen de visitas y correspondencia (art. 160 de la L.E.P.P.L., art. 9. 5 a), 82, 83, 84, 131 de la ley 12.256), requisitos personales y de las instalaciones o modos de sujeción (art. 70 de la L.E.P.P.L.; art. 64 de la ley 12.256); o en su aspecto sustancial al imponer ya desde el momento de determinación de la pena, sanciones añadidas a la privación de libertad (art.12 del Código Penal)¹⁰⁴; todo lo cual ha permitido consolidar para los individuos privados de libertad un particular status jurídico, que los convierte en ciudadanos de segunda categoría. (Rivera Beiras, 1993)¹⁰⁵.

Mención aparte merece el problema del derecho a unas condiciones dignas de detención que como derivación inmediata del derecho a la salud -según el sentido otorgado por la Organización Mundial de la Salud (Calvet Barot, 1994:176) ¹⁰⁶⁻, pero con un fuerte sustento en la prohibición de torturas, y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.18 de la C.N., 10 del P.I.D.C.P., art. 5.2. de la C.A.D.H., art. 9 de la ley 24.660) se plasma en el artículo 9.2. de la ley 12.256: derecho a la convivencia en un medio que satisfaga condiciones de salubridad e higiene. A ese respecto cobra particular relevancia el problema de la superpoblación carcelaria que sin duda alguna consagra una pena cruel, inhumana y degradante y que las normas penitenciarias

pretenden combatir¹⁰⁷.

No obstante del repaso de los textos legales, surge claramente la insuficiente protección de tal derecho. En efecto, el carácter meramente ordenatorio de los mismos -en vez de proponer como solución a su incumplimiento el cese de la privación de libertad- ya contiene previsiones justificativas vinculada a la imposibilidad material de observar las mismas¹⁰⁸. En este punto, es concluyente Salt (1999a:214) en postura a la que debe manifestarse adhesión: "...En otras palabras, si el Estado no cumple con esta condición, esto es, encierra a las personas en establecimientos carcelarios que no reúnen las condiciones mínimas de alojamiento o no brinda un trato adecuado, el encierro se torna ilegítimo y deben preverse los mecanismos jurídicos para hacerlo cesar..." .

Por todo ello es que, atendiendo a los nocivos efectos que produce la superpoblación carcelaria y la tibia previsión legislativa local, la tarea de la jurisprudencia resulta fundamental revalorizando una postura teórico-jurídica que orientándose por la regla de prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes -claramente compatible con las finalidades del sistema penal y de la pena en la fase de ejecución- acerque las soluciones político-criminales¹⁰⁹. Las condiciones mínimas más claramente formuladas pueden derivarse de lo previsto en el art. 59 de la ley 24.660 que establece que : "...el número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos..."¹¹⁰; claramente aplicable a las provincias por el tipo de norma que contiene. El cese del encierro o la amplia gama de alternativas que se ofrecen para los procesados o para los condenados pueden ser variantes a considerar¹¹¹ para el incumplimiento de tales condiciones.

Otra temática trascendente si afirmamos encendidamente que la finalidad resocializadora penitenciaria tiene como una de sus principales aspiraciones la atenuación de los efectos dañinos de la privación de libertad resulta el derecho a las comunicaciones externas que, traducido en la potenciación de los contactos exteriores, no solamente tienen que ver con la externación temporaria del recluso sino también con los contactos directos (comunicaciones, visitas y visitas íntimas) o indirectos (correspondencia) que debe gozar durante el lapso de privación de la libertad¹¹². Así en la provincia, el artículo 9.5113 dispone entre los derechos de los procesados

y condenados, el de : "...comunicación con el exterior a través de: a) visitas de familiares y demás personas que establezca la reglamentación. Envío y recepción de correspondencia y comunicaciones telefónicas a su costa. b) Lectura de diarios, revistas, libros y otros medios de información social permitidos. Las condiciones en que los procesados y condenados podrán participar en emisiones radiales, televisivas, conferencias y otros medios, deberán ser previamente establecidos por el servicio penitenciario y su participación expresamente autorizada por el juez competente..." Sin perjuicio de ello, se advierten ya a nivel normativo, ciertas restricciones que más reglamentar el ejercicio de ese derecho, producen su amputación¹⁴.

En primer lugar, en relación a las visitas -de la normativa transcrita- surgen a priori dos problemáticas claramente visibles. Una, violatoria de la autonomía del individuo, por cuanto circunscribir a los familiares los sujetos habilitados para visitar al recluso dejando a la vía reglamentaria la autorización para otras personas, supone la imposición de un valor asociativo que puede resultarle impropio. Otra, de índole formal, vinculada a la ya mentada alteración del principio de legalidad, por admitir que el poder ejecutivo sea quien complete esa norma en blanco. Ésta última crítica se hace extensible al texto del art.131 que remite igualmente a normas reglamentarias en relación a la concurrencia de visitantes. Luego también se aprecian ciertas restricciones dependiendo del régimen al que esté incorporado el procesado o el penado (art. 83, 84, 139 y 155).

Entre las limitaciones a dicho derecho aparece como altamente problemática la vinculada a las requisas sobre los visitantes que vulneran los principios de personalidad e intrascendencia de la pena (conf. Bustos Ramírez, 1989; y artículo 5.3 de la C.A.D.H.). La ley 12.256¹⁵ contiene escasas referencias en relación a ello, sin establecer pautas normativas claras para la orientación de los encargados de su ejecución (ver arts. 84 y 131).

En lo atinente a esta problemática explica Salt (1997b: 445-460) comentando el caso "Arena"¹⁶ que lo interesante del Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resulta el obiter dictum, puesto que, a partir de la utilización de los criterios interpretativos de la Corte Interamericana en relación al art. 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es posible extraer de su resolución "...criterios útiles para precisar el alcance de la facultad del Estado de limitar los derechos fundamentales reconocidos a las personas privadas de libertad

cuando éstos se contraponen con otros intereses estatales...". Estos son: legalidad, de modo que los límites a los derechos deben estar previstos en leyes -no reglamentaciones- que establezcan con claridad y precisión las circunstancias en que son admisible; necesidad en una sociedad democrática para la seguridad de todos, y excepcionalmente en el caso concreto, no como regla general; razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que la medida resulte absolutamente necesaria en el caso para lograr el objetivo de seguridad en el caso particular sin que exista otra posible que significa menor restricción de derechos, sea dispuesta judicialmente a través de un examen de su legitimidad¹¹⁷ (1999: 194 y ss).

La ley provincial ya ha incumplido con el primer requisito, violentando la legalidad -desde un punto de vista formal- como así también su derivación de ley cierta, por lo que la resolución de la comisión urge a la actividad legisferante en tal sentido. Sin perjuicio de ello, la adopción de este tipo de medidas -considerando la normativa vigente- debe observar el resto de los requisitos reseñados, sustancialmente la excepcionalidad y la vinculada a la orden judicial que en algún modo permitiría dotarla de legitimidad -al merituar su razonabilidad y al suplantar de algún modo la ausencia de la actividad legislativa-. Por lo demás, deben realizarse observando idénticos requisitos que los previstos en el C.P.P.

Otro tanto sucede en relación a las visitas íntimas, como una modalidad de aquéllas que se halla amparada en el respeto de la totalidad de los derechos de los sujetos condenados para permitir la mitigación de los efectos negativos del encierro. (ver arts. 167 de la ley 24.660 y 504 último párrafo del CPPBA). Las imprecisas restricciones que se prevén en tales normas ocasionan problemáticas de diversa índole. Así la remisión a reglamentos de la ley nacional, y las referencias al resguardo de la decencia, discreción y tranquilidad del establecimiento, contenida en ley procesal provincial carecen de aptitud para cumplir con las exigencias de legalidad (ley penal en blanco e imprecisión). Otra vez, la actuación jurisdiccional resulta decisiva para la configuración real del derecho en cuestión.

Lamentablemente, por el momento, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha resultado poco ejemplificadora al respecto¹¹⁸; rescatándose, en alguna medida, lo decidido por Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de la ciudad de Mar del Plata, al otorgar un recurso de amparo presentado por la reclusa personal íntima realizada por personal del Servicio Penitenciario de la Unidad Penal n° 15 de Batán sobre una letrada que debía visitar a su

concubino, a quien además asistía jurídicamente como abogada defensora; haciendo hincapié en la calidad de letrada que importa el cese de todo tipo de requisa personal a su respecto¹¹⁹. La correspondencia es otro de los modos específicos que tienen los reclusos de mantener sus contactos con el exterior, derecho que resulta inviolable por mandato constitucional, pudiendo ser restringido tan sólo excepcionalmente previa previsión legal y en virtud de resolución judicial fundada. (art.18 de la Constitución Nacional, 12.5 y 23 de la Constitución Provincial, 12 de la D.U.D.H., 11.2 de la C.A.D.H.). Respecto de la inviolabilidad de la correspondencia recibida y remitida por los reclusos, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de pronunciarse, con fecha 19/10/95 en el caso "Dessy"¹²⁰. Allí, propició relevantes criterios en torno a la cuestión, garantizando tal derecho a las personas privadas de libertad y sentando las bases para consagrar la intangibilidad de los demás de derechos no afectados por la sanción impuesta. Esta doctrina, lamentablemente no se ha esparcido debidamente por nuestra realidad carcelaria, en la cual se verifica que la mayoría de las afirmaciones contenidas en el fallo aquí analizado no logran hacerse efectivas¹²¹.

g) ¿Cómo se abren las puertas de la cárcel? El sistema progresivo y las alternativas en fase ejecutiva

Si bien es cierto como afirma Salt (1999a:226) que el régimen progresivo de ejecución de las penas surgió antes de que la institución del <<tratamiento>> ingresara al derecho penitenciario, fue sólo de la mano de la idea de la intervención estatal preventivo especial positiva y de una concepción positivista de la criminalidad y del delincuente como un individuo inferior que debe ser readaptado o resocializado, que se afianzó el denominado <<sistema progresivo>>.

En efecto, señala Sandoval Huertas (1982:109) que : "...sólo durante la fase resocializadora, cuando la pretensión científica llega a dominar la ejecución de las penas contra la libertad individual, la progresividad, en cuanto parte de esa pretensión, se convierte en concepto predominante y aparecen instituciones que se justifican con fundamento en él..." ¹²².

El sistema de Manocochie tuvo, asimismo, aplicación en Irlanda, donde fue introducido por Walter Crofton, director de prisiones a partir de 1854, quien le añadió un período "intermedio" también sometido al régimen de marcas, colocado entre el período de trabajo en común y la

libertad provisional. En ese período, el interno trabaja al aire libre, en tareas fundamentalmente agrícolas, estando sujeto a una disciplina más suave¹²³. (ibídem).

Nuestra actual legislación penitenciaria nacional, también se hace eco del sistema progresivo (arts. 6, 7, 12 a 31 de la ley 24.660) disponiendo en su artículo 6 que: "...El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina..."; fijando un sistema medianamente flexible estructurado en diversos períodos secuenciales: "...el régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de : a) Período de Observación; b) Período de Tratamiento; c) Período de Prueba; d) Período de Libertad Condicional..." (art. 12).

No obstante ello, la ley provincial 12.256 optó por apartarse del diseño de aquella¹²⁴ consagrando un sistema de individualización absoluta¹²⁵ que como veremos trae variadas problemáticas.

g.1) Diferenciación entre régimen y tratamiento:

Una premisa fundamental para evitar confusiones y otorgar a las normas penitenciarias una tésis coherente, resulta la de distinguir adecuadamente la noción de <<régimen>> de la de <<tratamiento>>.

En efecto, el régimen como conjunto de normas que regulan las condiciones que tendrá la vida de todas las personas privadas de la libertad en todos sus aspectos (trabajo, relaciones con el exterior, disciplina, sistema de progresión, etc.) resulta una garantía para los internos (derecho al régimen previsto legalmente) dotando de seguridad jurídica a la etapa de ejecución. En tanto el tratamiento, como conjunto de actividades terapéutico asistenciales dirigidas directamente a colaborar en el proceso de "resocialización" de aquellos internos que lo acepten libremente resulta de carácter voluntario. (Salt, 1997a).

De tal distinción, Salt extrae las siguientes consecuencias:

-la progresividad del régimen debe funcionar como un derecho de los internos que deriva del

principio de mínima intervención y atenuación de los efectos nocivos del encierro que debe guiar la actividad del Estado durante la ejecución, como consecuencia necesaria del ideal resocializador establecido como fin de la ejecución de las penas privativas de libertad en el texto constitucional.

-El derecho a la progresividad del régimen alcanza por igual a los internos que han optado por recibir un 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. (1999a:231).

Si ello es así, la normativa provincial al fijar la individualización absoluta no sólo vuelve a confundir régimen con tratamiento¹²⁶, sino que priva al penado del derecho a la progresión que, como tal, sólo puede ser legislado por el poder nacional¹²⁷. El avance sobre esa esfera restringida al legislador federal conlleva además de las objeciones constitucionales, no pocas consecuencias problemáticas como por ejemplo la inexistencia de un mínimo temporal fijo para la obtención de salidas anticipadas, que -por otra parte- tampoco dependen de la incorporación en un período del régimen progresivo como en el sistema nacional.

Es así que entonces, la mencionada legislación provincial al hacer depender la incorporación a los distintos regímenes¹²⁸ de los resultados obtenidos en el tratamiento/asistencia -y en otras actividades pero entendidas con ese sentido terapéutico- lesiona su carácter voluntario y coacciona indirectamente a los internos a someterse al mismo, puesto que la negativa a aceptarlo significa la imposibilidad de atenuar las condiciones de encierro, lo que es inadmisibles en un Estado de derecho¹²⁹; y facilita la consagración de la arbitrariedad y desigualdad en el sistema de pena flexible ya mentado y convierte al interior carcelario en un verdadero laberinto de obediencias fingidas (Dobón-Rivera, 1997)¹³⁰, donde se cambia conformidad a normas y valores por mejoras regimentales y porciones de libertad¹³¹.

Una interpretación de la noción de régimen acorde con los principios de legalidad¹³², igualdad, proporcionalidad, seguridad jurídica y de retributividad¹³³ importaría la adopción de un régimen progresivo absolutamente rígido delimitado por pautas meramente temporales que importaran la secuencial atenuación de las condiciones del encierro y la paulatina obtención de externaciones, desvinculado de cualquier referencia al resultado tratamental. Tal diseño, que en buena medida podría resultar preferible, debe reconocerse no está siquiera presente en el régimen de la ley

nacional que -como anticipara- si bien resulta progresivo, tiene un alto grado de flexibilidad. Pero el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) importa un mínimo de adecuación a las normas nacionales que impidan que el contenido punitivo de la sanción varíe sustancialmente según la jurisdiccional territorial donde se ejecute¹³⁴.

Como ya he expresado la ley provincial fija como finalidad la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento (art. 4), que estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana -tendiendo a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, y a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales (art. 8)- y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales (art.5); que se brindará en las áreas de convivencia -art.30-, educación -arts. 31 a 33-, trabajo -34 a 39-, tiempo libre -40- y asistencia psicosocial -41- (art. 7), y que para el caso de los condenados comprenderá los regímenes abierto, semi abierto y cerrado, de utilización alternativa y no necesariamente secuencial (art.6 y 94).

Asimismo, según la ley 12.256, el ingreso de los condenados a los diferentes regímenes y modalidades será dispuesto por la Jefatura del Servicio Penitenciario a propuesta de la Junta de Selección en base al informe -que importa una evaluación criminológica integral- elevado por el grupo de admisión y seguimiento, (arts. 95 y 96), que se realizará periódicamente para que aquella Junta proponga la permanencia o reubicación del condenado en el régimen y/o modalidad que estime conveniente (art.97), todo lo cual será comunicado al Juez de ejecución, que a su vez funcionará como instancia de apelación, y dispondrá el ingreso al régimen abierto. De ese conjunto normativo (normas nacionales y provinciales), del respeto al derecho a la progresiva atenuación de las condiciones de detención, del resto de los principios constitucionales, conforme a las finalidades del derecho penal y de la pena en fase ejecutiva, se sugiere la siguiente hermeneútica: como la no secuencialidad de los regímenes diseñados pueden impedir -en casos- la progresividad, debe tomarse -en función del principio de intervención mínima y de igualdad- como base el régimen semiabierto con modalidad limitada (art. 134) con las demás características regimentales comunes (arts. 30 a 66) presumiéndose ab initio que las condiciones personales del interno aconsejan su inclusión en el mismo. Tal solución se privilegia por cuanto por sus características específicas, el régimen semiabierto con modalidad limitada no

se asimila a ninguno de los regímenes presentes en la ley 24.660 que requieran un mínimo de progresividad, es decir estar incorporados al período de prueba (ver los tres incisos del artículo 17 de la ley 24.660). La incorporación a la modalidad amplia requerirá -entonces- un mínimo tiempo de estancia del sujeto para que -una vez realizada una evaluación criminológica- pueda ser incorporado al mismo, que tiene similitudes con el régimen previsto en el artículo 15 inciso a) de la ley 24.660. Frente a la prueba de la inconveniencia¹³⁵ de permanecer en la modalidad limitada del régimen semiabierto -sometida a refutación de la defensa- se puede incorporar al condenado al régimen cerrado (art. 148 a 160), todo lo cual requerirá -como es obvio- la decisión por la autoridad jurisdiccional. La progresividad -entonces- permanecerá vigente y cobrará virtualidad para la incorporación al régimen abierto y la obtención de las externaciones por utilización de las denominadas alternativas a la pena en fase ejecutiva, en la cual a ese fin deberán respetarse las pautas temporales contenidas en la ley 24.660¹³⁶, en homenaje a los principios de mínima intervención, igualdad y legalidad, y con el objeto de disminuir tendencialmente la arbitrariedad del sistema de pena flexible¹³⁷.

Se puede afirmar que tal interpretación no implica una verdadera reafirmación del principio de igualdad desde un punto de vista cualitativo, puesto que no es lo mismo una pena cuyo cumplimiento se inicia con programas de autocontrol (art.134) que luego de un breve período evaluativo podrían desarrollarse en las zonas aledañas del establecimiento (art. 133 de la ley 12.256), que iniciarla en el período de observación, para luego pasar al tratamiento y recién después pasar al período de prueba (ver art. 12 de la ley 24.660 y lapsos temporales y fases contempladas en el decreto 396/99); pero al menos se resguarda la igualdad desde el punto de vista cuantitativo, respetando un umbral temporal común para la obtención de externaciones (las exigencias contenidas en la ley 24.660). Por otra parte, eventualmente para paliar dichas inequidades el artículo 7 de la ley 24.660¹³⁸ brinda una herramienta útil que permite la promoción excepcional a cualquier fase del período de tratamiento que, correctamente entendida, debe abarcar la posibilidad de una más pronta incorporación al régimen previsto en el artículo 15 inciso a) de la ley 24.660.

g. 2.) Los distintos regímenes y las alternativas en fase ejecutiva:

g.2.1.) Régimen abierto:

Se caracteriza por la aplicación exclusiva de programas que impliquen autogestión, prevaleciendo una actividad asistencial para el fortalecimiento de la noción de responsabilidad social a través de nuevos vínculos o el afianzamiento de los existentes. (art. 119 y 120), previendo un específico régimen en las distintas áreas (arts. 124 a 131).

En este régimen se prevén como alternativas en la ejecución de la pena¹³⁹ las formas institucionales con alojamiento en las dependencias y salidas laborales, educacionales, asistenciales y familiares, el tratamiento en la comunidad (art. 122), la prisión discontinua -que implica la permanencia del condenado en el establecimiento por fracciones no menores de 36 horas procurando que ese período no coincida con los días laborables de aquél- y la semidetención que -con sus modalidades de prisión diurna y nocturna- importa la permanencia diaria del condenado en el establecimiento durante las fracciones del día no destinadas al cumplimiento de obligaciones familiares, educacionales o laborales (123)¹⁴⁰.

La armoniosa interpretación con los principios constitucionales en juego y con el texto de la ley 24.660 imponen la observación -como se anticipara- de los plazos temporales previstos en el artículo 17: a) pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, la mitad de la condena, b) penas perpetuas sin la accesoria del 52, quince años, c) accesoria del 52, cumplida la pena, tres años; y el requisito objetivo de no tener causa abierta donde interese su detención (art. 17 II de la 24.660). De ello se concluye fácilmente -con independencia de sus problemas de validez o constitucionalidad- de la procedencia de cualquiera de estas alternativas para los sujetos reincidentes con o sin la accesoria del artículo 52. Por último, en relación al dictamen criminológico favorable es dable advertir que no es vinculante para el decisorio jurisdiccional. Asimismo todas esas modalidades deben ser aplicadas a quien se le haya revocado una pena domiciliaria (art. 116 de la ley 12.256 y 35, incisos a y b de la ley 24.660) y a aquél a quien se le convirtiere una pena de multa en prisión (art. 117 Ley prov., y 35 inciso c, ley nac.), deba cumplir una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento que no sea mayor de seis (6) meses (art. 117, ley prov., y art.35 inciso f, ley nac.)¹⁴¹, se le haya revocado la libertad condicional por violar la obligación de residencia del artículo 15 del Código Penal (art. 109 inc.1 de la ley prov., y 35 inc.e, de la nac.), se le haya revocado la condena condicional por

incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal (art. 109, inc. 2 L Prov., y 35 inc. d, de la nac.), y al liberado en libertad asistida que incumpliera reiteradamente con las obligaciones establecidas respectivas (art. 109 3° y 106 de la ley 12.256)¹⁴².

En todos los casos los distintas externaciones, o incorporaciones deben ser adoptadas por la autoridad jurisdiccional (art. 100 y concordantes de la ley 12.256), siguiendo el procedimiento normal (arts. 498 y ss.), y con recurso de apelación frente a la Cámara de apelaciones, y de casación ante el Tribunal de Casación Provincial.

Se ha planteado con resultados diversos la cuestión relativa a la posibilidad de pactar anticipadamente en el marco del trámite del denominado juicio abreviado, la incorporación en alguna de las modalidades del régimen abierto. La tesis negativa se sustenta en la imposibilidad de asumir por parte del Juez de sentencia facultades propias de la competencia del Juez de ejecución¹⁴³. Por el contrario, quienes lo admiten advierten que tal óbice se disipa en el actual sistema procesal penal al ser un integrante del Tribunal del Juicio el encargado de la Ejecución, además de no implicar la creación de una pena alternativa sino la utilización de una alternativa a la ejecución penitenciaria vinculada a la pena de prisión de efectivo cumplimiento¹⁴⁴. La cuestión como se advierte es sumamente insidiosa, pero la solución favorable tropieza con dos escollos significativos. Primero, si bien es absolutamente deseable la introducción de alternativas a la pena privativa de libertad en fase de conminación, el legislador aún no lo ha hecho y no es posible sustituirse en él para propiciar soluciones más justas. Por otro lado, a renglón seguido, cabe acotar que ello imprimiría -ante la ausencia de previsión legislativa- mayor grado de flexibilidad, y por tanto de arbitrariedad a la pena; subrayando las desigualdades a las ya propias del sistema penitenciario así diseñado, y contraponiéndose al derecho a la progresión en la ejecución de la sanción¹⁴⁵. Ahora bien, diverso es el caso en que se trate de una pena a cumplir menor a seis meses de prisión, (art. 117 de la ley 12.256) por cuanto aquí sí resultaría procedente ya prever la ejecución de la pena privativa de libertad en este momento de determinación judicial puesto que tal otorgamiento no pondría en tela de juicio el sistema de progresión que debe respetarse en función del principio de igualdad.

g.2.2.) régimen semiabierto:

Comprende las modalidades amplia -para aquellos internos cuyas características personales permitan que sus respectivos programas de tratamiento se desarrollen no sólo en el establecimiento sino también en sus zonas aledañas con mínimos recaudos de control (art. 133), y limitada -para quienes evidenciando un grado suficiente de adaptación institucional, sean beneficiarios de programas de tratamiento caracterizados por el ejercicio de distintos grados de autocontrol, desarrollados dentro de los límites del área de seguridad de la dependencia que los alberga (art. 134) y se destaca por la aplicación de programas que, permitiendo un adecuado nivel de autogestión por parte de los internos, facilite su interacción dentro de los límites propuestos por el Servicio Penitenciario (132) y demás características referenciadas en los artículos 135 a 145 de la ley 12.256.

En este régimen y en ambas modalidades se prevén salidas transitorias por razones familiares, sociales o de trabajo (art. 146) que deben estar sujetas a los límites temporales mínimos del art. 17 de la 24.660; y, que según el nivel de autogestión pueden ser con mínima custodia, confiada a la tutela de un familiar o persona responsable o bajo su propia responsabilidad (147). En todos los casos, se dispondrá por orden de juez competente, previo trámite legal (498 y ss.) y garantizando las vías recursivas pertinentes.

g.2.3.) El régimen cerrado:

Es un sistema de seguridad estricto, con normas de control dentro de un ámbito de seguridad que permita la instrumentación de programas de tratamiento (art. 148) similares a los demás regímenes (arts. 152, 153, 156, 157, 158 y 159), sin perjuicio de importantes restricciones de dudosa constitucionalidad (art. 151146) y compatibilización con el fin resocializador (art. 155147).

Prevé dos modalidades: la moderada, destinada a aquellos internos que a pesar de las dificultades en el manejo de los impulsos requieran un menor control; y la severa, para aquellos internos en los que se evidencien manifestaciones de conductas de alta peligrosidad y serias dificultades de convivencia, con riesgo inmediato para sí o para terceros y para la seguridad del establecimiento. Mientras que en ésta última el tratamiento resulta individual, en la modalidad moderada puede

efectivizarse mediante la implementación simultánea de técnicas individuales y/o pequeños grupos. (art. 149 y 150).

Su incorporación según la exégesis aquí propiciada debe ser excepcional, a partir de la fehaciente acreditación mediante elementos de prueba objetivos de las pautas normativas que exigen la incorporación del interno a este régimen. Por sus características, dado que importa la definición de los aspectos cualitativos de la sanción, debe ser adoptado por el juez de ejecución o competente (art. 10 de la ley 12.256).

Se prevén salidas transitorias para los internos incorporados en este régimen en cualquiera de sus modalidades, ante la proximidad de su egreso. (art. 160). Es claro que las mismas deben ser dispuestas judicialmente y en ningún caso antes de haberse cumplido los plazos temporales estipulados en el artículo 17 de la ley 24.660.

g.2.4.).La libertad condicional:

Previsto como último período en la ley 24.660 (art.12)., la denominada Libertad Condicional¹⁴⁸, está regulada normativamente en los artículos 28 y 29 de dicha ley, en los arts. 13 a 17 y 53 del Código Penal Argentino, y en sus perfiles procesales en los arts. 511 y ss, del CPPBA, y en los arts. 101, 102, 102, 110, 111, 112 de la ley 12.256. También se regulan los derechos del liberado en los artículos 161 y ss, de la misma ley provincial.

El artículo 28 de la ley 24.660 expresa que: "...el juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena...". A su vez los requisitos fijados por el Código Penal a los que se hace alusión, pueden hallarse en el artículo 13 de ese C. P.¹⁴⁹; en el 14 en cuanto requiere no ser reincidente; en el 17 en cuanto no se debe hacer revocado con anterioridad en el mismo proceso; y en el artículo 53 del mismo que, para los supuestos específicos en casos de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena¹⁵⁰

No resultando objeto del presente un pormenorizado análisis dogmático de las normas

mencionadas¹⁵¹, haré tan sólo una breve referencia en torno al valor de los informes carcelarios (art. 512. 2 del CPPBA) para cumplir con el requisito legal de observar regularmente los reglamentos carcelarios, teniendo en consideración la repercusión que en el resto de los institutos puede tener la misma. Diversas decisiones jurisdiccionales¹⁵² han relativizado con buen tino, el valor de los mismos, que en forma alguna vinculan al decisor¹⁵³. En relación al resto de las cuestiones procesales no revisten mayor complejidad (arts. 511 y ss), remitiéndose al trámite ya expuesto de los artículos 498 y ss del CPPBA (ver art. 514). Debe sí destacarse la legitimación activa que es otorgada al condenado, su defensor, familiar o allegado, resultando más amplia que la prevista en el CPP Nación, y la previsión expresa de la actuación de la defensa oficial ante la inexistencia de defensor particular, lo cual es coherente con el sistema del código y con el entendimiento que aquí se pretende otorgar al proceso ejecutivo-penal (art. 511).

g.2.5.) La libertad asistida:

Este instituto prevé la posibilidad del egreso del condenado seis meses antes del agotamiento de la pena temporal -en el caso de condenas menores a tres años- o antes del término previsto por el artículo 13 del Código Penal para la obtención de la libertad condicional (art. 104 de la ley 12.256). La regulación, evidentemente más amplia que la prevista en la ley 24.660¹⁵⁴ ocasiona nuevamente problemas de aplicación de la ley, por cuanto los presos provinciales quedarían en mejor situación que los nacionales.

En primer lugar, resultaba claro en la ley nacional que el instituto en la práctica estaba orientado a favorecer a aquellos reclusos que por algún motivo no habían podido obtener la libertad condicional, básicamente a los reincidentes. Se planteaba ya la posibilidad de entender que los seis meses se contarán retroactivamente desde la fecha en que el interno podía obtener la libertad condicional, planteo que no captó adeptos entre la jurisprudencia¹⁵⁵. Otro problema era el relativo a la posibilidad de obtener este régimen para los penados con condenas menores al año y dos meses de prisión o al año y cuatro meses de reclusión, en tanto los plazos para la obtención del mismo se cumplirían antes de los previstos para la libertad condicional. Aquí, si la jurisprudencia resolvió en sentido favorable a la concesión de la libertad asistida¹⁵⁶.

La ley provincial pretendió resolver normativamente estos problemas, pero tan sólo logró alterar

las pautas temporales establecidas en el código penal¹⁵⁷. En el caso de penas menores de tres años no existe inconveniente alguno en su otorgamiento, ya que no hay objeciones constitucionales que hacer valer al consagrar en una norma complementaria del código penal (ley 24.660) regímenes diversos de egreso anticipado. Más problemática es la posibilidad de reconocer la obtención de la libertad asistida seis meses antes de la fecha en que se obtendría la libertad condicional. Aquí si la provincia habría invadido esferas legislativas nacionales y comprometería en alto grado el principio de igualdad para la ejecución de las penas, por lo que la jurisprudencia ya se ha venido pronunciando en sentido adverso¹⁵⁸.

También se apartó en cuanto a las obligaciones a imponer por el Juez de ejecución (art.106159), esencialmente en cuanto no requiere la de reparar el daño (ver art. 55 IV de la ley 24.660), no resultando problemática la cuestión en atención al carácter meramente enunciativo -y no taxativo- de la misma; y en cuanto a las causales de revocatoria (ver arts. 56 de la ley nac., y 107 de la prov.), sin que tampoco el mayor margen discrecional de la normativa provincial resulte obstáculo para su aplicación.

h) ¿Hacia dónde vamos? Apunte sobre la reforma de la ley 12.543

Contradictorio con buena parte de los principios que se vienen exponiendo resulta el texto de la reforma a la ley de ejecución que se introdujo a finales del año 2000¹⁶⁰ al todavía novel texto legal. Enmarcado en un contexto mediático-político en el que se reforzaron desde el Poder Ejecutivo Provincial los discursos de ley y orden, y contra el mandato de racionalidad que supone el principio de respuesta no contingente¹⁶¹ a las problemáticas sociales, las normas reformativas vulneran elementales principios político-criminales en materia ejecutivo-penal. Según el nuevo texto del artículo 23 se dispone el egreso transitorio de los detenidos, por circunstancias de excepción, prefiriendo frente al viejo texto una fórmula descriptiva que -a mi criterio- no puede considerarse taxativa: a) el fallecimiento o enfermedad grave incurable en período terminal de un familiar consanguíneo de hasta segundo grado o por afinidad matrimonial o relación de hecho, y b) la necesidad de externación por enfermedad o grave afección a la salud que no pueda ser atendida dentro del Instituto.

Paradigmática resulta la reforma del artículo 100 del código de ejecución que actualmente le cercena a los jueces de ejecución (o competentes) acudir a efectos de disponer el ingreso en

régimen abierto o salidas transitorias de un interno a informes que no sean los elaborados por la Junta de Selección, requiriendo una evaluación favorable de ese cuerpo.

Con acierto anota Leonardo Celsi¹⁶² que se trata de una norma inconstitucional por su grave contradicción a la forma republicana de gobierno adoptada por las Constituciones Nacional y Provincial pues impide la revisión jurisdiccional de un acto administrativo.

Asimismo, es dable observar su oposición al sistema de judicialización de la fase ejecutiva, al contradecir el principio acusatorio derivadas del estándar del debido proceso por cercenar el aporte probatorio parcial y las reglas de amplitud probatoria (arts. 210 del C.P.P.); pretendido devolver al ámbito penitenciario las características de opacidad, oscuridad y discreción¹⁶³ que las nuevas tendencias publicitaristas de la ejecución de la pena pretender desterrar definitivamente.

Inmediatamente el artículo cataloga una serie de supuestos en los cuales se impide a los jueces otorgar el ingreso al régimen abierto y salidas transitorias, la libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, salidas transitorias y salidas a prueba (de los artículos 104, 123, 146 y 160 del código de ejecución penal), cuyo patrón decisivo resulta el tipo de delito por el que han sido condenados: homicidio agravado (art. 80 del C.P.); delitos contra la integridad sexual, en sus formas agravadas (art. 119, párrafo 4, incisos a), b), c), d), e), y f) del C.P.); violación seguida de muerte (art. 124 del C.P.), privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (art. 142 bis, último párrafo del C.P.), tortura seguida de muerte (art. 144 tercero, inciso 2° del C.P.), homicidio en ocasión de robo (art. 165 del C.P.); e incendio y otros estragos seguidos de muerte (art. 186 inciso 5 del C.P.).

Tan sólo se prevé que en los últimos seis (6) meses de su condena previos al otorgamiento de la libertad condicional obtengan salidas transitorias a razón de un (1) día por cada año de prisión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajo o estudiado, no resultando estas actividades acumulativas a los efectos de la sumatoria de días de salidas.

Tales cercenamientos carecen de vinculación alguna con la finalidad resocializadora, y muy por el contrario obstruyen las posibilidades del interno de lograr -a partir de las externaciones- concretar el anhelo legal al menos con el sentido propiciado en el presente texto. Es claro, entonces que la motivación de esa reforma está fundada en la utilización del mensaje simbólico

que pueden transmitir unas mutaciones normativas que proclaman satisfacer las necesidades de seguridad urbana, explotando la potencialidad de los discursos rimbombantes.

3. REFLEXIONES FINALES:

Como se habrá advertido las propuestas dogmáticas precedentes en buena medida distan de la realidad de nuestras cárceles, signadas por el hacinamiento y la violencia. Más de 15.000 presos en instituciones del servicio penitenciario bonaerense y 5.500 en las comisarías de la provincia, combaten con vigor los intentos de racionalizar las prácticas de encierro estatal (ver Página 12, cit.). Un relevamiento realizado por la Defensoría de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires ya advirtió meses atrás sobre las inhumanas condiciones de detención de procesados y condenados en esa provincia. Según su estudio, en cárceles y comisarías bonaerenses la superpoblación superaba entonces el 100 por ciento de la capacidad de las unidades. Y a la situación de hacinamiento se agregaban, en ocasiones, la falta de higiene, de luz natural y de ventilación que "generan para los detenidos peligro de vida y consecuentes daños psicofísicos por un estado de detención ilegítimo" (Página 12, cit.).¹⁶⁴

A ello, se suman algunos problemas adicionales de diversa índole. Algunos políticos, en tanto desde el P.E. Provincial se pregonan nuevas reformas incompatibles con las formas mínimas del Estado de Derecho y se trabaja exclusivamente sobre la planificación de nuevos edificios carcelarios. Otros ya normativos, como la incongruencia y falta de sincronización marcadas entre las normas del Código Penal, el Código Procesal Penal y la Código de Ejecución Penal (a lo que debe sumarse las referidas con la ley 24.660) o la instauración de cárceles especiales reñidas con los más elementales criterios jurídicos y hasta tratamentales en la materia (ver la resolución n° 2186 y el Reglamento de la U.P. 29).

Más la dispersión radical en materia ejecutiva que impide la concreción de una política criminal racional y unívoca surge del emerger de múltiples ("nuevos") actores en la escena carcelaria. En ese contexto, la labor de judicialización -ya marcadamente difusa- viene entorpecida por las mencionadas tensiones con la Administración, con la aparición acechante de la defensa pública y por las presiones de los políticos necesitados de discursos electivamente redituables, provocando un verdadero desconcierto en la dirección que deben asumir quienes están llamados a hacer

efectiva la tutela de los derechos de los reclusos : ¿qué hacer, entonces, desde la magistratura? No obstante el abrumador diagnóstico, estimo conveniente seguir remarcando la necesidad de utilizar la herramienta jurídica¹⁶⁵ como continente de la obscena violencia carcelaria. Por ello, el derecho de ejecución penal absorbe en su delimitado y pequeño ámbito de incidencia, una enorme responsabilidad cuál es la de revertir una consolidada tradición de arbitrariedad y sinrazón al amparo de construcciones teóricas y lógicas prácticas alrededor de su eje punitivo, cual es la pena privativa de libertad. Ese es el papel cívico y político que le cabe a la ciencia jurídico-penal¹⁶⁶ en general, y al incipiente derecho de la ejecución penal en particular, en la diagramación de estrategias para la reducción de la violencia en sociedad. Y desde esa perspectiva, en este balance retrospectivo estimo conveniente recalcar algunas directrices en ciertos aspectos cruciales en la crisis carcelaria.

- En esa dirección creo que resulta estratégicamente útil¹⁶⁷ sostener -como se lo propiciara a lo largo del texto- la compatibilidad entre discurso resocializador y sistema de garantías penales, para expresar las potencialidades de ambos al abrigo de las finalidades superiores del derecho penal, delineadas en el marco de una política criminal regida por el respeto a la persona y su dignidad¹⁶⁸ (Silva Sanchez, 2000:28; Hassemer, 1999:26-28) y de ese modo capaz de reducir al mínimo posible la violencia que se genera en la sociedad (Ferrajoli, 1986 y 1995).

- Por otra parte, como también se señalara precedentemente, se debe procurar la construcción de estrategias lúcidas para restringir la superpoblación y el consecuente hacinamiento carcelario, a través, por ejemplo de la utilización de las alternativas previstas para los presos preventivos o salidas anticipadas para los penados.

- Asimismo, considero labor fundamental, realizar denodados esfuerzos por controlar estrictamente la salubridad y los hechos de violencia dentro de los establecimientos carcelarios, con respuestas concretas efectivas - aún desde otras ramas jurídicas como el derecho penal general, el derecho administrativo o el civil- frente a hechos que importen atentados contra esos valores reductores de niveles de violencia.

- También, debe sostenerse enfáticamente la judicialización de los traslados de los detenidos

entre diversos centros carcelarios, prácticas hoy realizadas por la administración sin mínimos controles de racionalidad y con nefastas consecuencias.

- Por último, creo desde una óptima absolutamente práctica y a la luz de la experiencia de estos casi tres años de reforma que resultará indispensable la implementación efectiva de la justicia de ejecución, con magistrados (fiscales, jueces, defensores) abocados en forma exclusiva a la tarea procesal que debe desempeñarse en esta fase ejecutiva, que funcione como verdadera garantía orgánica para los derechos de los reclusos.

Obviamente, reitero, ello no provocará cambios radicales respecto de los innumerables problemas que plantea la cárcel en nuestras sociedades, pero pretenderá al menos en algunos casos lograr el respeto a la dignidad de la persona -eje fundamental sobre el cual se debe construir cualquier política-criminal- (Moccia, 1995, Hassemer, 1999; Silva Sanchez, 2000).

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

ACCATTATIS, V. (1977) "El Sistema Carcelario italiano entre represión y mixtificación". En Basaglia, F.- Basaglia Ongaro, F., Los Crímenes de la Paz, Siglo XXI, México- España - Argentina.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1985) El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Madrid: Civitas.

ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1997) "El juez y la prisión provisional" en Barbero, M. (coord.) Prisión Provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Colección Estudios Universidad de Castilla-La Mancha: 15-30.

- (1999) "Por un Ministerio Público 'dentro de la legalidad'" en Nueva Doctrina Penal 1998/B: 435-466.

ASENCIO CANTISÁN, H. (1987) "La Intervención Judicial en la Ejecución de la pena desde una perspectiva resocializadora", en Poder y Control N° 3 :135-142.

BARATTA, A. (1987) "Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y como límite de la ley penal), en Doctrina Penal, Buenos Aires : 623-647.

-(1996) Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado.

BECKER, H. (1963) Outsiders. Studies in the sociology of deviance. New York.

- BERGALLI, R. (1976) ¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid.
- (1982) Crítica a la criminología, Bogotá : Temis.
- (1986) Los rostros ideológicos de la falsa resocializadora. El debate en España, en *Doctrina Penal*, Año 9 nro. 36: 577-597.
- (1996) Control social punitivo. Sistema penal e instancia de aplicación. Barcelona. JM Bosch.
- BIDART CAMPOS, G.J. (1990) "Revisaciones vaginales a las mujeres que son familiares de presos", en *El Derecho*, T.136:700.
- BINDER, A. (1993) Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad Hoc.
- (1997) Política Criminal: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: Ad Hoc.
- BOBBIO, N. (1989) *Sociologia dei diritti umani*. Milano: Franco Angeli.
- BOMBINI, G. (1998) Ejecución Penal : tendencias actuales en el derecho europeo. En *Será Justicia*, Año VIII, n°34 : 15-24.
- (2000a) Poder Judicial y Cárceles en la Argentina. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria. Buenos Aires: Ad Hoc .
- (2000b) La ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Principios político-criminales: contradicciones y disfuncionalidades. Aspectos jurídico-penales esenciales de la ley 12.256 en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*.(en prensa).
- BORINSKY, M. (1997) "La libertad asistida en la ley de Ejecución de la pena privativa de libertad: requisitos para su procedencia, cuestiones procesales, análisis jurisprudencial" . En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia* N°7: 997-1026.
- BOVINO, A. (1997b) "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos en Abregú, M.- Courtis, C. (comps.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Cels - Editores del Puerto : 429-470.
- (1999) "El fallo 'Suarez Rosero'" en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/B: 631-715.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1989) *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ra edición, Barcelona : Ariel.
- CALVET BAROT, G. (1994) "La cárcel y el derecho a la salud: el diseño y la legitimación de una vulneración permanente" . En Rivera, I. (coord.) *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona : J.M. Bosch : 175-181.

- (1996) "El régimen disciplinario penitenciario". En Rivera Beiras, I., La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural. Barcelona: J.M.Bosch: 223-234.
- CASTRO, N. (1997) La Exclusión Social del "Menor-Pobre". Su no-adequación a los modelos sociales dominantes. Tesina presentada en el Máster "Sistema Penal y Problemas Sociales", Universidad de Barcelona.
- CÁRCOVA, C. M. (1998) La opacidad del derecho. Madrid: Trotta.
- CLEMMER, D. (1958) The Prison Community. New York : Rinehart & Company, Inc.
- COLOMBO, M. -ERCOLINI, J. (1999) "El derecho a ser informado de la imputación". En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Año V, Número 9 C: 141-201.
- CORIOLOANO, M. (1998) "Algunas reflexiones desde la defensa a propósito del nuevo sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Buenos Aires". En JA n° 6091: 30-34.
- COSTA, P. (1974) Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico (Vol. I da Hobbes a Bentham), Milano: Giuffrè.
- DOBÓN, J. - RIVERA BEIRAS, I. (1997) Secuestros Institucionales y Derechos Humanos: La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas. Barcelona: J.M. Bosch.
- FALCONE, R. (2000) El nuevo procedimiento penal en la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Ad Hoc.
- FERRAJOLI, L. (1986) " El derecho penal mínimo" (trad. Bergalli, R.), en Poder y Control N° 0 : 25-48.
- (1995a) <1989> Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta (traducción de Andrés Ibañez y otros); original en italiano Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale, Gius, Laterza e Figli.
- (1998) Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. En Nueva Doctrina Penal 1998/B: 63-73.
- FOUCAULT, M. (1989) <1975> Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, 17ª edición en castellano, Madrid : Siglo XXI (trad. Garzón del Camino); Surveiller et punir, París : Gallimard.
- FRAGOSO, H. (1981) "El derecho de los presos (los problemas de un mundo sin ley)", en Doctrina Penal, Año 4, nro. 14: 227-259.
- GARCÍA BORÉS-ESPÍ, J. (1993) La finalidad reeducadora de las penas privativas de libertad en Catalunya. Análisis psicosocial crítico-evaluativo (tesis doctoral). Biblioteca de Psicología de la

Universidad de Barcelona.

GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMINGUEZ, V. (1993) Derecho Procesal. Proceso Penal. Valencia : Tirant Lo Blanch.

GOFFMAN, I. (1994) <1961> Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, 1ª ed., 5ª reimpresión, Buenos Aires: Amorrortu editores (trad. Oyuela de Grant, M.A.); original en inglés Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates, New York : Doubleday & Company, Inc.

HASSEMER, W. (1984) Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona : Bosch.

- (1999) Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia : Tirant Lo Blanch Alternativa.

JAKOBS, G. (1997) Derecho Penal Parte General. Madrid: Marcial Pons.

JESCHECK, H.H. (1981) <1978> Tratado de Derecho Penal. Parte general, Vol. 1, Barcelona : Bosch, (trad. Mir Puig y Muñoz Conde); original en alemán Lehrbuch des Strafrechts, 3ª ed., Berlín : Duncker & Humblot.

LANDROVE DÍAZ, G. (1997) "Prisión Provisional y régimen penitenciario" en Barbero Santos, M. (coord.) Prisión Provisional, detención preventiva y derechos fundamentales, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha: 185-199.

MADINA, M. (2000) La ejecución penal en el código procesal de la provincia de Buenos Aires. En Falcone, R.- Madina, M., El nuevo procedimiento penal en la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Ad Hoc.

MAIER, J.B.J. (1996) Derecho Procesal Penal, T.1. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

MALARINO, E. (1997) "Sanciones disciplinarias, legalidad ejecutiva, y su contralor judicial (A propósito de la entrada en vigencia de la nueva ley de ejecución de penas privativas de la libertad)" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nro. 6, Buenos Aires: Ad hoc.: 819-851.

MANZINI, V. (1952) Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América. Original en italiano "Trattato di Diritto Processuale Penale italiano, terza edizione aggiornata e accresciuta (trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese; 1949.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1983) Principios fundamentales del sistema penitenciario español.

Barcelona: Bosch.

- (1986) "Presupuestos de una política penitenciaria progresista". En Privaciones de libertad y derechos humanos. Barcelona: Hacer : 191-210.

-(1993) "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario" en Estudios de Criminología I, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha: 17-41.

-(1997) La Ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional en Barbero, M. cit.: 199-219.

MIR PUIG, S. (1996) Derecho Penal. Parte General, 4ª edición, Barcelona : PPU.

MOCCIA, S. (1996) "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. En Schünemann, B.- de Figueiredo Dias (coord.)

Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin.

Barcelona : J.M.Bosch : 73-98.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1997) "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal", en Dobón, J., Rivera, I. (1997) cit.: 105-121.

MUÑOZ CONDE, F. (1982) "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en A.A.V.V. Política criminal y reforma del derecho penal, Bogotá : Temis.

-(1999) Derecho Penal y Control Social. Bogotá: Temis.

NEUMAN, E. (1971) Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios, Buenos Aires : Pannedille.

PASTOR, D.R. (1996) "Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo" en Nueva Doctrina Penal, A/96 (283-315).

PAUL, W. (1986) "Esplendor y miserias de las teorías preventivas de la pena" en Poder y Control nro. 0 59-72.

PAVARINI, M. (1992) "Historia de la pena: la justificación imposible" en Delito y Sociedad. Año 1, nro.1 Buenos Aires: 9-22.

- (1995) Los confines de la cárcel. Montevideo : Instituto superior ibero-americano de estudios criminais.

-(1996) I nuovi confini della penalità Introduzione alla sociologia della pena. Bologna: Edizioni Martina.

- (1999) "Introducción. La miseria del reformismo penitenciario". En Rivera Beiras, I -Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Buenos Aires: Editores Del Puerto: 1-20.
- PIOMBO, H. (2000) Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires : Depalma.
- RACIONERO CARMONA, F. (1994) "Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y Conflictos". En VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid: Consejo General del Poder Judicial : 13-37.
- RIVERA BERAS, I. (1991) "La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional". En Sociology of Penal Control within the Framework of the Sociology of Law, Oñati Proceedings, n° 10 : 245-275.
- (1993) La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. (tesis doctoral) Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- (1996) La cárcel en el sistema penal Un análisis estructural. Barcelona: Bosch.
- (1997) "Secuestros institucionales y sistemas punitivo/premiales" en Dobón,J. y Rivera,I. cit: pág. 13-43.
- (1998) La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría en Doctrina Penal 1998/A: 121-163.
- (1999) Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- RODRIGUEZ SAEZ, J.A. (1992) "El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser". En Rivera Beiras (coord.) Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona. J.M. Bosch:195-232.
- ROXIN, C. (1976) Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Reus.
- RUSCONI, M. (1997) "Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento", en La Ley, Año LXI, N°193: 1-6.
- SALT, M. (1996) "Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de la libertad" en Nueva Doctrina Penal, 1996B: 661-717.
- (1997a) "Pautas para una reforma progresista del derecho penitenciario en América latina. A

propósito de la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 4-5, Buenos Aires : Ad Hoc : 1045-1074.

- (1997b) "La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios", en Nueva Doctrina Penal, 1997-A : 445-460.

- (1998) "La judicialización de la ejecución penal en el nuevo código procesal penal de la provincia de Buenos Aires". En JA n°6091: 20-30.

- (1999a) Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

- (1999b) "Los recursos en la etapa de ejecución penal". En Maier, J.B.J., Los recursos en el procedimiento penal. Buenos Aires: Editores del Puerto : 197-212.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1982) Penología. Parte General. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

SERGI, N.- PLAT, G. (1997) "Sida. Arresto domiciliario, Reglamentación del art. 33 de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad". En Doctrina Penal 1997B: 826-832.

SILVA SANCHEZ, J. (2000) Política Criminal y Persona. Buenos Aires: Ad Hoc.

VICENTE, D. (1996) "Personas privadas de la libertad. Sus derechos de jerarquía constitucional. (La ley 24.660 y su inmediata aplicación)". En ED: 751-755.

VON LISZT, F. (1995 <1882> La idea del fin en el Derecho Penal: Programa de la Universidad de Marburgo.

WACQUANT, L. (2000) Las Cárceles de la Miseria. Buenos Aires: Manantial.

ZAFFARONI, E.; CARRANZA, E.; MORA, L.P.; HOUED, M. (1982) "El 'preso sin condena' en América Latina y el Caribe". En Doctrina Penal, (643-669).

ZAFFARONI, E. (1983) Tratado de derecho penal. Parte General, Tomo V, Buenos Aires : Ediar.

- (1990) En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Temis.

-(1991a) "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", en Beloff, M., Bovino, A., Courtis, C. (comps.) Cuadernos de la cárcel, Buenos Aires : No hay derecho (pág. 36-62).

- (1991b) "¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del derecho penal". En No hay derecho Año 2, n° 5 : 5-8.

-(1995) "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales" en El derecho Penal hoy : 115-129.

ZIFFER, P. (1999) Lineamientos de la determinación de la Pena. Buenos Aires. Ad Hoc.

NOTAS

* Universidad Nacional de Mar del Plata

1 En vigencia desde el 28/09/98 por ley 12.199 y ac. 2839/98 de la S.C.J.B.A.

2 Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires del 25 al 29 de enero de 1999.

3 Aún con deficiencias: arts. 25, 497, 498, 503, 509, 510, 511 y concordantes del CPPBA de ese Código Procesal Penal.

4 Arts. 3, 10, 55 a 58, 98, 99, 100, 163 y ccdtes. de la ley 12.256-

5 Arts. 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y Título Segundo, de la misma.

6 Esto es toda medida que permita la liberación anticipada, incluyendo las admitidas para el encierro cautelar o preventivo.

7 Arts. 104 y ss.

8 Arts. 119 y ss.

9 Arts. 146 y 147

10 Art. 160.

11 Especialmente comparado, por la relativa similitud entre las normativas locales y alemana :

Strafvollzugsgesetz (Ley Penitenciaria Alemana) la italiana: Norme sull'ordinamento

penitenziario e sulla esecuzione della misure privative e limitative della libertà y la española :

Ley Orgánica General Penitenciaria Española, dictadas todas en la década de los años setenta.

12 Esta perspectiva ha sido denominada por Bergalli (1996) como <<socio-estructural>> o

<<histórico-económica>>, refiriéndose a aquellas que pretenden interpretar el surgimiento del

fenómeno punitivo custodial como inmediatamente dependiente de las estructuras económico-

sociales, absolutamente autónomo de las reglas de derecho. Entre ellos menciona a los ya

nombrados Rusche- Kirchheimer, Foucault, Perrot, en Francia; M. Ignatieff en Inglaterra; M. Voss en Alemania; D. Garland en los EEUU.

13 Traslada el autor esta tesis a nuestros días: "...En el momento de su institucionalización en la Norteamérica de mediados del siglo XIX, 'la cárcel era ante todo un método que apuntaba al control de las poblaciones desviadas y dependientes', y los detenidos eran principalmente pobres e inmigrantes europeos recién llegados al Nuevo Mundo (con cita de David Rothman, *The discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*, Boston, Little, Brown, 1971, págs. 254-255). En nuestros días, el aparato carcelario estadounidense cumple un papel análogo con respecto a los grupos a los que la doble reestructuración de la relación salarial y la caridad estatal ha hecho superfluos o incongruentes: los sectores en decadencia de la clase obrera y los negros pobres de las ciudades. Al actuar de ese modo, ocupa un lugar central en el sistema de los instrumentos de gobierno de la miseria, en el cruce del mercado del empleo no calificado, los guetos urbanos y unos servicios sociales 'reformados' con vistas a apoyar la disciplina del trabajo asalariado desocializado..."

14 Ver al respecto Página 12, del 14/11/2000, en el que se afirma que "...El Servicio Penitenciario Bonaerense sostiene que en las cárceles ya no hay lugar, porque actualmente están detrás de las rejas en las distintas prisiones bonaerenses más de 15.000 hombres y mujeres, un record histórico..."

15 Por ejemplo en el fallo de la Cámara Criminal y Correccional de Morón, Sala II, del 26 de junio de 1997 in re "Sánchez" que expresa : "...estando vigente en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, el Código de Ejecución Penal, para la ejecución de las condenas penales, y no se ha dictado aún ley alguna por el Congreso de la Provincia de Buenos Aires que venga a sustituir aquella norma o que aporte las concordancias reclamadas por el artículo 228 de la ley nacional 24.660, y puesto que el tema está reservado a la competencia del Estado provincial, no resulta de aplicación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la ley 24.660 y, por tanto, no es procedente el pedido de libertad asistida normado en el artículo 54 de la misma...". (citado por Salt, 1999:160, nota 21). En idéntico sentido se habían pronunciado la Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial San Martín, in re "Bastidas"; y la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial Mar del Plata (ver referencias en resolución citada en nota 51).

16 En referencia al régimen nacional anterior, según Ac. 27.041 del 7/5/85.

17 (arts. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, arts. 25 in fine y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5 y 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts.10 y 14 ap.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

18 Apoyándose en Maier,J.B.J., (1982:374) La Ordenanza Procesal Penal Alemana, Buenos Aires: Depalma.

19 "...No abrigo dudas de que -del mismo modo que lo fuera el antecedente de esta ley Nacional- la Ley penitenciaria rige en todo el territorio nacional, mucho más allá de que esa ley es complementaria del Código Penal (art. 229 de la misma) y que del mismo modo que esa norma de fondo debe regir en toda la Nación, la ejecución de las penas, por imperio de la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CN) no puede diferir en los Estados Provinciales. Del mismo modo que no hay menoscabo a la autonomía de los Estados Provinciales cuando el Código Penal legisla sobre el ejercicio de las acciones o los términos para el cómputo de la prisión preventiva, del mismo modo y por los mismos fundamentos debe regir igualitariamente la norma que organiza la ejecución de las penas privativas de libertad que ese Código Nacional establece. Esa razón sustancial -de raíz constitucional- funda además la norma del artículo 228 de la ley nro. 24.660 -que se denuncia como violada- que impone que la Nación y las Provincias revisen su legislación y reglamentación penitenciarias para concordarlas con ese texto..." (c.102 del 13/4/99).

20 Nótese que la norma pretende condicionar a los Jueces Federales que en el interior de la Provincia se sirven de establecimientos provinciales para el alojamiento de condenados o procesados vinculados a causas de su competencia. No obstante, se vienen apreciando intentos de solución jurisprudencial, por ejemplo por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, en resolución de fecha 20/09/99 en incidente n° 309/151, aplicando en forma conjunta para el régimen de libertad asistida las normas de los artículos 54 de la ley 24.660 y 101 y siguientes de la ley provincial 12.256, esencialmente el artículo 104 en relación a las condiciones temporales para acceder a dicho régimen.

21 Existen soluciones interesantes como las propiciadas por ciertos tribunales de utilizar, ante la inexistencia en la ley provincial de una referencia temporal acorde con las exigencias del

principio de legalidad para la obtención de las salidas transitorias, el establecido por la ley 24.660.

22 En ese sentido, ha dicho que: "... (la ley 24.660) se convierte en un plexo de reglas mínimas, a partir de las cuales se podrá construir, en la misma dirección, nuevas ideas y desarrollos de los principios en ella consagrados. Con respecto a los derechos que la misma reconoce a los internos, y por razón de estricta igualdad, ellos son inmediatamente aplicables a todo interno de cualquier unidad carcelaria o penitenciaria del país (del voto del Dr. Sal Llargués) (...) La ley nacional 24.660 como toda normativa referida a ese particular estadio de realización de la pretensión punitiva, asume, como lo pone de relieve el último de los criterios expuestos, naturaleza compleja y conjuga normas penales (las que prevén la denominada prisión discontinua o semidetención -arts. 35 a 40-, procesales penales por ejemplo: las de atención a la interposición de recursos por sanciones impuestas por la autoridad carcelaria (art. 96), administrativas "ad exemplum": las referidas a la regulación del traslado de internos (arts. 71 a 73), y hasta laborales como muestra: las vinculadas con la formación profesional y los accidentes ocurridos en el trabajo carcelario (arts. 114 y 130) De ahí que en atención a la estructura federal de la República, donde las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal, corresponder dar ejecución a la preceptiva cuya generación pertenece privativamente al gobierno central y dejar de lado sin declarar su inconstitucionalidad atento el concurrente carácter federal que investe -aquella parte del ordenamiento legal que atañe a las materias cuya competencia se reserva a las provincias (...) por lo expuesto, va de suyo que todas las disposiciones de carácter procesal o administrativo contenidas en la legislación nacional no pueden trascender de la esfera de actuación del gobiernos centro, toda vez que vulnerarían los poderes reservados por los Estados locales En cambio, sí deben trascender las disposiciones de carácter penal (...) en consecuencia juzgo que debe aplicarse en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires las normas de la ley 24.660, complementaria del Código Penal (art.229), sólo en lo referente a la estructuración de las penas que se conminan en la ley 11.179, su consistencia, extensión y modalidades (del voto del Dr. Piombo)..." para culminar resolviendo: "...casar el resolutorio y devolver para los organismos previstos en el art.7 de la ley n° 12.060 se pronuncien acerca de lo solicitado habida cuenta la declaración de vigencia de la ley 24.660 en el ámbito provincial, en armonía con el Código de Ejecución Penal Estadual (T.O. Ley 12.256)..." (c.152

del 4/5/99)

23 Es interesante hacer notar -sin discutir la constitucionalidad de la obligatoriedad de su jurisprudencia- la trascendente repercusión que han tenido criterios en la jurisprudencia de los distintos departamentos judiciales. Como ejemplo de lo dicho, lo resuelto por la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías Departamental al especificar que: "...sin perjuicio del criterio sostenido por esta Sala con anterioridad a la sanción de la Ley Provincial 12.256, en cuanto no resulta de aplicación en el territorio de la Provincia de Buenos Aires la ley 24.660, cabe destacar que el Tribunal de Casación Penal Provincial tiene dicho, que 'la ley Penitenciaria Nacional rige en todo el territorio Nacional mucho más allá que esa Ley es complementaria del Código Penal (art. 229 Ley cit.) y que del mismo que esa norma de fondo debe regir en toda la Nación, la ejecución de las penas, por imperio de la garantía de igualdad ante la ley (art 16 C.N.) no puede diferir en los Estados Provinciales..." (c. 49.240, resolución del 26/10/99).-

24 Así lo denomina Ferrajoli para distinguirlo del paleopositivismo que tiene como paradigma claro la teoría pura del derecho.

25 Con especial referencia al Código Penal Español de 1995.

26 Allí, señala que "...la eficacia renegante de la fase ejecutiva frente al momento de determinación de la pena ha transformado, de manera necesaria, el derecho de la ejecución en un derecho esencialmente jurisprudencial. No sólo el poder discrecional de la jurisdicción de ejecución es muy amplio, sino que además cada tribunal de ejecución elabora jurisprudencia por su lado, siguiendo criterios interpretativos autónomos con el resultado de que el mismo beneficio, en caso de paridad de variables procesalmente verificables, resulta, en las estadísticas, concedido más veces por un tribunal que lo que se observa en otro...".

27 Por ello no es recomendable la aplicación lata para todos los supuestos del principio in dubio pro reo, como podría proponerse ab initio.

28 Especialmente luego de la segunda guerra mundial, donde comienza el proceso de internacionalización de los derechos humanos con la producción de diversos documentos regionales y universales. (conf. Bobbio, 1989).-

29 En tanto que el artículo 1 de ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad 24.660 establece que "...La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley

procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada...".

30 Se habla en este sentido de un verdadero <<derecho a la ejecución>> que permitiría su exigencia por parte del recluso hacia el Estado (ver entre otros el fallo del Juez de Ejecución del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Dr. Mario Portela, de fecha 03/04/98 "Balsas". No obstante en dirección contraria, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en auto 15/1984 del 15 de Enero, estableciendo que la reeducación o reinserción social del penado no constituye un derecho fundamental de la persona, sino un mandato del constituyente al legislador la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (Rivera Beiras, 1999:80)

31 Baratta, (1996) reconstruye el concepto de forma más amplia y habla de tender a la reintegración social del condenado a pesar de la cárcel tendiéndose a la apertura de la misma hacia la sociedad.

32 En ese sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 18 de la Constitución Nacional, art. 30 y 32 de la Constitución Provincial.

33 En igual sentido el art. 25 inciso 10 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que reglamenta entre las funciones del Juez de ejecución la de: "...reeducación de los internos, fomentando el contacto del penado con sus familiares, y dando participación a entidades públicas y privadas que puedan influir favorablemente en la prosecución de tal fin; propendiendo a la personalización del tratamiento del interno mitigando los efectos negativos del encarcelamiento..." (el subrayado me pertenece).

34 Baratta, (1996) habla de una <<presunción de normalidad>> contraria a cualquier pretensión criminológico-patológico clasificatoria y diferenciadora de signo positivista. No obstante debe acentuarse desde esta óptica fundamentalmente normativa la plenitud o desdiferenciación jurídica que repercute en su incólumne mantención durante la ejecución de la sanción, salvo previsión legal que prescriba y justifica la necesidad de su alteración.

35 Ver Silva Sanchez, J.M., 2000: 125 y ss.

36 Conforme Baratta, A. , 1987:623-647.

37 En ese sentido, la Sentencia 112/1996 de 24 de junio, ponente: Tomás Vives Antón, afirma : "...la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) (...) Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena...", publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Fascículo II: 782-782.

38 El autor lo denomina atenuación o ejecución penitenciaria mínima, que "...sirve de fundamento a instituciones como las comunicaciones y visitas, los permisos de salida y el régimen progresivo..."

39 Mapelli (1986:205) prefiere la expresión principio de compensación.

40 Asentado fuertemente en la práctica, y en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos que -hasta el precedente de la Corte Suprema en el caso Monroe vs. Pape, en 1961- adoptaban la tesis de la no interferencia de la administración penitenciaria (hands off).

41 En este sentido, es claro Foucault (1989:17), cuando señala al explicar el cambio que supuso la eliminación de las penas públicas por las formas custodiales de castigo: "...el castigo penal tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal (...), publicidad, por tanto, de los debates y de la sentencia, pero la ejecución de la misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesse pues a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar. De ahí ese doble sistema de protección que la justicia ha establecido entre ella y el castigo que impone. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia (...) hay en la justicia moderna y en aquellos que la administran una vergüenza de castigar..".

42 Así en el ámbito del Derecho Penal Material desde la obra de Saleilles *L'indivualisation de la peine* en 1898 se reafirma la existencia de tres fases de determinación : una legal,

correspondiente a la actividad del legislador al establecer el marco legal abstracto con que se amenaza punitivamente; otra judicial, en la cual el juez especifica dentro de esa escala el quantum de la sanción a cumplir y una tercera administrativa, delegada a la administración penitenciaria encargada de la actividad posterior a la sentencia judicial. Igualmente desde el Derecho Procesal Penal se afirmó tradicionalmente que sus normas regulan sólo la etapa de conocimiento, la actividad que debe desplegar el Estado para imponer una pena o una medida de seguridad. La etapa de ejecución de la pena, por el contrario, no es objeto de su regulación y, por lo tanto, tampoco rigen sus principios y garantías (ver Salt, 1998:22, con cita de Pavarini, M., 1996:291 y Clariá Olmedo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", t. V pág. 305).

43 Asimismo, es conveniente recordar que la recepción de esta tendencia en diversos ámbitos ha provocado no pocas incidencias producto de las tensiones surgidas entre la administración y la jurisdicción que reclaman para sí competencias en esta fase⁴³. (conf. Alonso de Escamilla, 1985; Rivera Beiras, 1991). Como explica Racionero Carmona (1994:13-36) "...esta jurisdicción es percibida desde la óptica administrativa como <<intrusa>>...". Tampoco debemos olvidar que - como se ha expresado- en la tensión entre administración-jurisdicción, la primera es la que tiene el poder efectivo, mientras que la segunda realiza constantes esfuerzos por limitarla (Rivera Beiras, 1991:268).

44 Como expresa Andrés Ibáñez, 1999:455 y ss. "...los rasgos estructurales del sistema garantista si bien se sientan sobre la idea de legalidad sustancial forman parte de una construcción normativa compleja integrada por otras dos dimensiones: la procesal y la orgánica. Los tres momentos están estrechamente interimplicados, si bien los dos últimos tienen al primero como presupuesto...". En igual sentido, derivando la exigencia de jurisdiccionalidad del principio de legalidad, Salt, 1997, 1998 y 1999.

45 Dicha previsión se aparta de la regulación contenida en la ley 24.660 que propugna un principio de aplicación extensiva genérico limitado por su situación jurídica, en su artículo 11: "...Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7°, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad..."; remitiendo a la regulación reglamentaria para el resto de los aspectos de la ejecución de dicha medida preventiva de privación de libertad (vgr. dec-nac. 303/96).

46 Por ejemplo, para el caso italiano ver Ferrajoli, 1995: 771 y 802; y para el español Bergalli, 1996:294).

47 En similar dirección Rusconi , 1997:1; Ferrajoli, 1995:730, 771 y 775-776; y en relación a la relevancia del encierro procesal en el proceso de estabilización de las normas y el sistema social con referencias al aporte de la actividad jurisdiccional en la Argentina en ese sentido, ver Bombini, 2000.

48 Expresa Pastor (1996:283, nota 1) con cita de una obra alemana de Uwe Scheffler, publicada en 1991, que: "...en realidad no se trata del problema de la excesiva duración de la prisión preventiva, sino del problema de la excesiva duración del procedimiento...". Es interesante también la vinculación que encuentran Zaffaroni, Carranza, Hoeud y Mora (1982: 643-669) entre esa situación y la herencia jurídica proveniente de la tradición europeo-continental.

49 Aún más, se ha afirmado que : "...el miedo al futuro, la desconexión familiar y laboral, la angustia, la ansiedad, la incertidumbre y preocupación por la marcha del proceso y, sobre todo, la inconcreción del tiempo que se debe permanecer en el centro, determinan que el cumplimiento de la prisión provisional presente unos perfiles incluso más perniciosos que los derivados del cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad. Por lo menos el condenado tiene ya una visión de su futuro, según los términos de la sentencia..." (Landrove Díaz, 1997:194). A similares conclusiones arriba Mapelli Caffarena (1997:203), quien señala que : "...la presencia de reclusos en situación de preventivos da origen a numerosos problemas dentro de las prisiones. La espera de la sentencia definitiva de la que no se sabe el resultado convierte a estos internos en personas inestables y con dificultades de adaptación. Su estancia en prisión suele estar por debajo del año por lo que sufren los mismos inconvenientes que los penados condenados a penas cortas...".

50 Así es claramente crítico de la regulación del título IV del Reglamento General para Procesados elaborado por el P.E.N. que prevé la Ejecución Anticipada Voluntaria.

51 Así advierte criteriosamente Andrés Ibáñez (1997:19) que la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal, por cuanto desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

52 En tal sentido, aún con mayor o menor amplitud, ver a mero título ejemplificativo en la doctrina extranjera a Manzini, (1952:641); Gimeno, Cortés, Domínguez (1993:368); y en la nacional a Maier (1996); Binder (1993:199).

53 Asimismo, deben hacerlo en su caso, la Cámara de Garantías o el Tribunal de juicio. Por otra parte, según lo normado en el artículo 65 de la ley 12.061 : "...El Fiscal tratará de evitar medidas de coerción personal, solicitando cuando fuere posible alternativas a la privación de libertad, conforme lo habiliten las normas procesales...".

54 La reciente reforma legislativa que modifica el tiempo verbal utilizado no vincula a la actividad jurisdiccional, que debe guiarse por la luz del principio de excepcionalidad de estas medidas, que a su vez responde a la exigencia constitucional de mínima intervención.

55 Como por ejemplo : 1. la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente a la autoridad; 2. la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; 3. La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas; 4. la prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona; 5. La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con esta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra.

56 Cabe acotar aquí que el Tribunal de Casación Penal de la Provincia ha sentado el criterio que en caso de sujetos procesados corresponde la solicitud de las salidas previstas en este artículo 163 inciso 2° y no las previsiones de las leyes de ejecución. (causa n° 102 "Cepeda" del 13/04/99).

57 Lo expuesto encuentra confirmación en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Nápoli", del 22/12/98 cuando concluyó que: "...si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones..." . Y de ese modo, se cumple con las recomendaciones contenidas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) que establecen que : "...A fin de asegurar una mayor flexibilidad (...) y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una

amplia serie de medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de libertad disponibles deben estar determinadas de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas..." (regla 2.3.), y que : "...las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible..." (regla 6.2.).

58 Lo dificultoso en este punto -como en diversos ámbitos del derecho de ejecución penal- es el respeto a la exigencia de lex certa, derivada del principio de legalidad, pues las referencias normativas se vinculan con valoraciones irrefutables de equipos técnicos del servicio penitenciario, con la grave consecuencia de sufrir la privación de libertad en un régimen más severo.

59 Ello en el sentido de inequivalencia entre pena y prisión preventiva como lo esgrime Sergi, Límites temporales a la prisión preventiva, inédito, citado por Bovino (1999:652)

60 (art. 5.4 de la C.A.D.H.; art. 179 de la ley 24.660; art. 165 del C.P.P.B.A.; Regla 85.1 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos; art. 84 de Execução de Penas de Brasil; art. 8 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de España; art. 60 de las Norme sull'ordinamento penitenziario e sula esecuzione delle misure privative e limitative de la libertà Italiana)

61 Como interesante ejemplo del rol activo de la jurisdicción en la diagramación político-criminales de soluciones frente a una problemática similar, resulta lo resuelto en 29/04/99 por el Juez de Ejecución del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Dr. R. Falcone en el incidente 430/201, "Simao" en el cual se plantea el problema de incorporar a las mujeres en regímenes de semilibertad con salidas laborales en los términos de los artículos 23 y ss de la ley 24.660, por carecer de centros carcelarios cercanos a la ciudad de Mar del Plata. Allí se diagnosticó con claridad: "...hay que tener en cuenta la situación de las mujeres presas atento que las mismas sufren una penalidad agravada, ya que no sólo se las priva de libertad, sino de sus vínculos afectivos más cercanos, y que esta ruptura hace más que ilusorio el fin resocializador que se pretende, todo ello como consecuencia de cumplir la pena a cientos de kilómetros de sus hogares...", para disponer -verificados todos los requisitos legales- la concesión del régimen mencionado, con prisión nocturna la que se cumpliría en un Hogar dependiente de Caritas Argentinas, más una salida transitoria semanal para el afianzamiento de los vínculos familiares y

sociales, bajo la supervisión del Juez de Ejecución, frente a quien debía concurrir semanalmente.

62 Otra derivación podría ser la norma del artículo 74 de la ley 12.256 que prevé que : "...los procesados deberán alojarse dentro de las posibilidades edilicias, en celdas individuales, debiéndose poner en conocimiento de la Jefatura del Servicio Penitenciario dicha circunstancia, si ello no pudiese ocurrir...". No obstante con el fin de evitar condiciones indignas de alojamiento y el problema de la superpoblación, esta norma -obviamente- debe ser también respetada para los condenados.

63 Se adelanta el criterio de que ello debe ser dispuesto judicialmente y no por la autoridad administrativa, a contrario de lo que especifica la ley 12.256, e independientemente de lo que se sostendrá en relación al régimen progresivo.

64 Ello resulta de difícil concreción práctica si se mantienen las actuales lógicas por las cuales el dictamen de un perito psicólogo, por ejemplo, resulta imposible de contradecir. Es claro que el juez no es perito, pero si puede valorar la existencia de indicadores objetivos o de meras apreciaciones subjetivas.

65 Todos estos principios procesales aconsejarían la adopción de un procedimiento como el italiano que impone la participación activa de los fiscales de vigilancia en funciones no sólo de contralor (art. 655.1) sino también ejecutivas (656.1), garantizando de ese modo las formas del acusatorio en fase ejecutiva que inmaculen la imparcialidad del juzgador

66 Por el contrario, no ha sido claro el Tribunal de Casación Penal de la Provincia, in re "Mazzante", del 5/4/99 al no denegar inmediatamente por este motivo el recurso de Casación interpuesto; ni tampoco el Juez de Ejecución del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, in re "Carricaburu" al denegar el recurso de Casación interpuesto por el Sr. Subjefe del Servicio Penitenciario pero por motivos diversos a su falta de legitimación.

67 Igualmente considero debe excluirse de la fase de determinación de la pena, por lo que si bien es incuestionable la posibilidad de participar en el proceso penal formulando acusación, aún en forma autónoma (conf. CSJN, caso "Santillán" para el querellante en el Código Procesal Penal de la Nación; ver Falcone, 2000), es más discutible que detente aptitud para solicitar pena. Ello por cuanto si la pena en el Estado de derecho se puede justificar tan sólo en sentido preventivo, el particular pocas consideraciones en ese sentido puede realizar. En esta fase de determinación de la pena debe garantizarse también debidamente la posibilidad de contradicción, por lo que la

defensa a fin de ejercer sus derechos debe poder contar con un contradictor que valore en su petición pautas de prevención que sólo pueden ser merituadas por un representante estatal.

68 En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de 30 de julio de 1983, allí citada que expresa: "...es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, (...) quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los artículos 25.2, 24 y 9.3 de la Constitución, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos...".

69 Ello conforme lo resuelto por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, in re "Mazzante", cit., donde se dispuso la competencia del Juez de Ejecución para entender en un amparo presentado en relación al derecho de defensa en fase ejecutiva y al derecho de visitas.

70 Ver sobre el tema, el análisis de Salt, 1999a: 279 y ss, en relación a la ley 23.098.

71 Ver en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Lay, del 30 de Junio de 1999, págs. 1 y ss.

72 Ver fallo "Mazzante" publicado en LLBA, 1999-574; y parcialmente con comentario de Ricardo Tirigall Casté en Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley, 15/7/99: 24-28.

73 Comentario citado en nota anterior y Juzgado de Garantías n°1 de Mar del Plata, in re "Juárez Rodríguez s/ Arresto Domiciliario, citado en Madina, 2000.

74 Sobre el particular ver Salt, 1999b: 197-212.

75 En cumplimiento del artículo 8.2 de la CADH.

76 Pautas relevantes para la provincia pueden extraerse de ciertos decisorios en el ámbito federal. Por ejemplo, el de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal de la Nación en el que se consideró procedente dicho recurso contra la denegatoria de un pedido de semilibertad previsto en el artículo 17 de la ley 24.600 ("Quispe Ramírez", 18/6/99).

77 Como criterio la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que de advertirse falta o aparente fundamentación legal de la sentencia, o cuestionamiento sobre una norma de jerarquía constitucional estaría habilitada su instancia extraordinaria (ver fallo citado en nota 117).

78 Ver Rodríguez Saez, 1992 en la obra colectiva coordinada por Rivera Beiras, 1992, que también se recomienda consultar.

79 Conf. Maier, 1996:547.

80 En ese sentido, y tendiendo al afianzamiento de la democratización de los distintos segmentos del sistema de justicia penal, se inscribe la trascendente resolución del Defensor de Casación de fecha 18 de Octubre de 1999, creando la figura de un funcionario letrado en cada departamento judicial de la provincia, con funciones específicas en el área de ejecución. Entre las que se destacan la vigilancia de las condiciones de alojamiento, el impulso de los mecanismos que permitan asistencia jurídica en expedientes por medidas disciplinarias, controlar e impulsar actividades educativas, mantener un listado actualizado de detenidos, oficiar de nexo entre el Defensor y los procesados o penados que se encuentren privados de su libertad, realizando a tal fin visitas periódicas a todas las dependencias que correspondan manteniendo entrevistas para informar y recibir consultas, recabando la información al respecto; y sustancialmente proponer medidas útiles para mejorar y garantizar un digno cumplimiento de las restricciones de libertad.

81 En tal sentido, ha dicho el Tribunal Constitucional Español en sentencia 61/90 del 26 de Marzo que: "...Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra es que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia o virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionador administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que estos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos de hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción..."

82 Aún es claro que esta última sanción tiene una llamativa indeterminación afectatoria del principio de legalidad de las consecuencias jurídicas.

83 Evadirse o intentarlo, planificar, colaborar en la evasión de otros o poseer elementos para ello.

84 Poseer, ocultar, facilitar o traficar medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros.

85 Retener, agredir, coaccionar, o amenazar funcionarios o personas.

86 Intimidar física, psíquica o sexualmente a otra persona.

87 Resistir activa y gravemente en el cumplimiento de órdenes legalmente impartidas por

funcionario competente.

88 Amenazar o desarrollar acciones que sean real o potencialmente aptas para contagiar enfermedades.

89 Provocar accidentes de trabajo o de cualquier otra naturaleza.

90 La construcción de un concepto de acción para el análisis de las conductas con consecuencias jurídicas en este específico sector ejecutivo, es otra tarea dificultosa y pendiente de un derecho de ejecución penal con aspiración multidisciplinar.

91 Debe recordarse que una recepción moderada (reglada) del principio de oportunidad es bien recibida en esta materia (Calvet Barot, ob. cit.).

92 Incitar o participar en movimientos para quebrantar el orden o la disciplina.

93 Al respecto, también vale la cita de lo decidido por el Tribunal Constitucional Español en sentencia de 14 de julio de 1983: "...el acto u omisión castigados tiene que hallarse claramente definidos como falta administrativa, dándose la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud, por una parte, y de la imputación, por otra. Se debe rechazar en todo supuesto la interpretación extensiva o analógica de la norma. Pues de no ser así y aplicarse otro criterio, sería como reconocer a la Administración una facultad creadora de tipos de infracción y de corrección analógicos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado reconoce el artículo 25.1 de la CE...".

94 Desde este punto de vista resulta dudosa la interpretación del inciso primero, que anticipa la esfera de punibilidad a momentos anteriores al de la acción.

95 Ver Cárcova, 1998.

96 Dichas peticiones podrían ser avaladas inclusive por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresó : "...la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural (...) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana..." (Caso Loayza Tamayo - Perú , Sentencia del 17 de Septiembre de 1997)

Igualmente para apreciación de ese verdadero sentido mortificador, basta constatar algunas declaraciones de familiares de presos reclusos en la Cárcel bonaerense de Devoto al Diario Clarín, que indican que : "...en la escala de valores de Devoto, los presos y los excrementos son

la misma cosa. Si no averigüe qué son los buzones (...) los 'buzones', en la jerga carcelaria, son los reductos a los que van a parar los presos castigados. Cajones en donde apenas pueden moverse..." (Clarín, 24/04796:pág.43).

97 Ver Informes de Procurador Penitenciario Nacional, años, 1993-4, 94-5 y 95-6.

98 Ver arts. XXVI D.A.D.D.H.; arts. 10 y 11.1 de la D.U.D.H.; arts. 14.1. y 14.3. del P.I.D.C.P.; art. 7.4., 8 y 8.2. de la C.A.D.H.; como así también el artículo 18 de la Constitución Nacional y el art. 10 de la Constitución Provincial.

99 En ese sentido, la Sentencia 195/1995 del Tribunal Constitucional Español, de 19 de diciembre, ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo, destaca con absoluta claridad : "...ya desde la STC 18/1981 viene declarando reiteradamente este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 CE, y en concreto las relativas al derecho de defensa, presunción de inocencia y a la actividad probatoria, son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto ambos no son sino manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (SSTC 2/1987, 212/1990, 145/1993, 297/1993, 97/1995, entre otras), habiendo precisado este Tribunal que <<tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena>> (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993/, 97/1995, entre otras)...", (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, cit.: 738).

100 Sostener lo contrario, supone contradicciones tanto teóricas como prácticas. Explica Muñagorri Laguía (1997:114) "...en un nivel teórico, porque la libertad es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos. En la práctica porque de hecho la prisión constituye una injerencia tendencialmente global respecto a los derechos personales que alcanza al cuerpo y genera dolor..."

101 : "...Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o por la ley o las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten..."

102 Por ejemplo, los derechos a la educación, el trabajo, el descanso, el goce de tiempo libre (art. 9 inciso 6) o al ejercicio libre del culto (9.7.); derecho a la salud, vestimenta y alimentación (arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 76, 127, 137, 138, 153 y 173 de la ley 12.256, art. 503 y 504 del CPPBA; 58,

63, 64, 65, 143 y ss de la ley 24.660 y art. XI D.A.D.D.H., art. 25 D.U.D.H. reglas 20 y 22.2. Reglas Mínimas de la ONU)

103 Una problemática muy particular plantea la reglamentación referida a la definición de las enfermedades incurables en estado terminal. (sobre el particular, Sergi-Plat, 1997: 826-827) En la provincia, la situación vino contemplada a través del propio código procesal penal que establece la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en caso de que el condenado se encuentre gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida (art. 502), y la ley de ejecución 12.256 que en su artículo 19 prevé que: "...los que padecieren una enfermedad incurable en período terminal podrán solicitar permanecer en detención domiciliaria..."; norma que acertadamente no distingue la calidad jurídica de la privación de libertad por lo que por su ubicación sistemática en el texto de la ley importa su aplicación tanto a procesados como a condenados. Sin embargo, la regulación merece algunas objeciones. En primer lugar por insistir en la limitación al caso de enfermedad terminal, cuando es claro que una <<libertad a tiempo>> puede salvar la vida del individuo; razón por la cual debe considerarse posible la extensión sine die de la suspensión del artículo 502 del C.P.P.B.A.. Resulta plausible la regulación que prevé una pluralidad de legitimados activos para la petición -aún cuando es inespecífica al requerir el dictamen previo de la junta de selección y evaluación realizada por el grupo de admisión y seguimiento que lo fundamente y justifique- (art. 19, ley 12.256); y que atribuye competencia jurisdiccional a la decisión (art. 19 cit., y 25.1, 25.3, 25.4, 25.9, y 497 del CPPBA). El trámite es el de incidente (art.498 CPPBA), la intervención al Ministerio Público Fiscal en modo alguno puede resultar vinculante y la impugnación a la que se refiere el artículo 19 de la ley 12.256 debe ser entendida como recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones y Garantías (art. 440 y 498 del CPPBA) -restringida a quien expresa agravio suficiente (art.421 y 439 del CPPBA)-. En el caso de ser concedida la prisión domiciliaria, el recurso interpuesto debe otorgarse sin efecto suspensivo (art.431)103 y tan sólo al Ministerio Público Fiscal (de conformidad con lo exigido en el artículo 442), y si es denegado al imputado, su defensor, el ministerio público (art. 422 segundo párrafo del CPPBA) o legitimado activo en la petición (art. 19 de la ley 12.256, 421 y 439 del CPPBA). No obstante, no puede compartirse que el resultado de la supervisión realizada por un organismo técnico del Servicio Penitenciario (art. 20, ley 12.256) habilite a la revocación del instituto, que de todas maneras, siempre debe ser resuelta por

el Juez de ejecución o competente (art. 21). Sí resulta acertada la motivación de revocatoria en el quebrantamiento injustificado de la obligación de permanecer en el domicilio fijado, debiéndose en el caso incorporarlo a alguna de las modalidades del régimen abierto (conf. Art. 21, 116 y 119 y ss., ley 12.256).

104 En este sentido, con atinado criterio el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Mar del Plata, en causa "Ivan Yaques" resolución del 9/5/95, ha declarado la inconstitucionalidad de este artículo 12 del Código Penal al considerarla como una "... pena accesoria (...) en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles... que ...atenta contra la dignidad del ser humano, afecta su condición de hombre, que no la pierde por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante , innecesariamente mortificante, violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 apartado 6to de la Convención Americana de Derechos, y el artículo 18 de la Constitución Nacional por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad..." (del voto del Dr. Falcone).-

105 Una clara visión de ello en España y con referencias a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también ver en Rivera Beiras, 1997 y 1998.

106 Según la OMS, la salud es <<el estado de completo bienestar físico, mental y social>>, de lo que Calvet Barot deduce un concepto superador de aquél que la vinculaba con la ausencia de enfermedad, y que "...ello determina que la enfermedad sea una consecuencia y no la causa, debiendo solucionar en lo posible las causas primarias (alimentación, trato emocional, condiciones de habitabilidad, expectativas de promoción personal, etc.)..."

107 Así el artículo 74 de la ley 12.256 al reglar las normas de trato de los procesados bajo el título alojamiento, expresa que: "...Los procesados deberán alojarse dentro de las posibilidades edilicias, en celdas individuales, debiéndose poner en conocimiento de la Jefatura del Servicio Penitenciario dicha circunstancia, si ello no pudiese ocurrir..."; y en relación a los condenados rigen los artículos 121 : "...Las dependencias propias del régimen abierto tendrán características habitacionales que garanticen un nivel adecuado de privacidad...", el 124: "...el alojamiento de los internos incluidos en las formas semi institucionales del régimen abierto será preferentemente individual, o en dormitorios que albergando un reducido número de condenados, garanticen para los mismos la debida privacidad...", el 135 en relación al régimen semiabierto: "...en este régimen los internos preferentemente dispondrán de alojamiento individual, pudiendo cuando las

características edilicias de las dependencias o los requerimientos específicos del programa de tratamiento así lo exigieran, alojarse en dormitorios colectivos que garanticen su privacidad..."; y el 151: "...Los internados en régimen cerrado se alojarán en celdas individuales, que permanecerán cerradas durante su tiempo de ocupación. Estarán dotadas del correspondiente módulo sanitario, cumpliendo con los requisitos de habitabilidad que prescriben las normas legales vigentes. En la forma moderada podrá contemplarse la alternativa de dormitorios para pequeños grupos esencialmente seleccionados...".

108 En este sentido, es gráfico Salt (1999a: 215) al expresar : "...la tranquilidad con que son admitidas estas violaciones a las garantías se logra, en el fondo, con una suerte de 'causa de justificación estatal', basada en la idea de que cumplir con la obligación de brindar condiciones carcelarias dignas es imposible por cuestiones económicas y que el Estado no puede interrumpir o limitar su tarea de control penal por este motivo...".

109 En tal sentido, resulta menester tener presentes las afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo" de 17/9/97, donde afirmó que "...la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos, o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta...".

110 Ver Reglas 10 y 11 de las Reglas Mínimas de la ONU.

111 Un excelente abordaje de la cuestión, con propuesta de lege lata y ferenda, ver en Salt, 1999a: 217-222.

112 Según la interpretación de Salt, (1997b:453) el derecho a las visitas puede ser entendido como un verdadero derecho constitucional.

113 En consonancia, artículo 158 de la ley 24.660; Regla 37 de la ONU; 41.X de la LEP de Brasil; 51.1 de la LOGP Española y 18 y 28 de la LEG Italiana.

114 En tal sentido, por ejemplo carece de asidero la prohibición contenida en el artículo 45.4 de la ley 12.256.

115 A diferencia de la ley 24.660 que reglamentaba la cuestión en los artículos 162 y 163, disponiéndose graves restricciones por vía reglamentaria (art. 6 del dec. 1136/97). Destáquese la

vulneración del principio de intrascendencia de la pena al establecerse las sanciones de advertencia , suspensión temporal o definitiva a los visitantes a imponer por parte del Director del Penal (arts. 23 a 27).

116 En este caso la señora involucrada en el caso concurre a una unidad penitenciaria número uno del servicio penitenciario nacional con la intención de visitar a su esposo, junto a una hija del matrimonio que tiene trece años con el objeto de mantener un contacto directo. Las autoridades penitenciarias autorizan la visita pero la subordinan a una condición : ambas mujeres, madre e hija, deben desnudarse y soportar una revisión vaginal antes de ingresar al establecimiento penitenciario. La mujer ya había aceptado someterse a este tipo de inspecciones corporales en visitas anteriores, sin embargo en esta oportunidad, se niega a la medida violatoria de su intimidad corporal y recurre la decisión de las autoridades del Servicio Penitenciario Federal ante los tribunales argentinos mediante un amparo. El recurso es denegado en primera instancia, y recurrido ante la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que haciendo algunas referencias a la normativa reglamentaria y a los beneficios que el ejercicio del derecho de visitas reporta a la función resocializadora, hizo lugar al amparo, y ordenó el cese de las inspecciones. Contra esa resolución, el Director del Servicio Penitenciario y el Sr. Fiscal ante la Cámara interviniente interpusieron sendos recursos extraordinarios, obligando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a emitir opinión en el asunto. Así, en resolución de fecha 21/11/89, la mayoría del Máximo Tribunal considerando las explicaciones brindadas por las autoridades del Servicio Penitenciario en relación a la necesidad de realizar las requisas para evitar la introducción de elementos al establecimiento -esencialmente estupefacientes- y a la imposibilidad de utilizar métodos alternativos a las mismas, reafirmó "...la doctrina según la cual son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital -como lo es la preservación de la integridad física de los internos- y no parecen existir, por lo menos de lo que surge de las constancias de la presente causa, vías alternativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal...". En esta referencia, aparece clara -sin perjuicio de la diferencia nominativa- la alusión al criterio de sometimiento de los reclusos a una <<relación de sujeción especial>>, autoritaria doctrina que resulta aval de fuertes violaciones de sus derechos humanos. La C.S.J.N. concluyó haciendo lugar al recurso extraordinario, ordenando el dictado de un nuevo fallo de conformidad con tal

decisión, la que como expresa Bidart Campos (1990) ignora olímpicamente los preceptos del denominado Pacto de San José de Costa Rica, en relación a la dignidad de la persona, de la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de que la pena no puede trascender a la persona del delincuente (arts. 5.1, 5.3, y 11.1). El caso fue llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en su informe n° 38/96, caso 10.506-Argentina, concluyó, entre otras cosas, que : "...al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la penitenciaría sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar revisiones e inspecciones en esas condiciones, el Estado argentino ha violado los derechos de la Sra. X y su hija Y, consagrados en los arts. 5, 11 y 17 de la Convención en relación al artículo 1.1 que dispone la obligación del Estado argentino de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todas las disposiciones reconocidas en la Convención. En el caso de Y, la Comisión concluye que el Estado argentino también violó el artículo 19 de la Convención...".

117 Se añade en el caso resultando requisas vaginales que sean realizadas por profesionales de la salud.

118 Un ejemplo en la jurisprudencia nacional de la pobre labor jurisdiccional, resulta el caso "Ammannato". El interno reclamaba tal derecho con su novia, sin acreditar el concubinato o matrimonio que se exige reglamentariamente, arguyendo que su larga estadía en prisión (ya llevaba 18 años) le habían impedido cohabitar o contraer nupcias, lo que era desea de ambos con vistas al futuro. En primer lugar se expidió el J.N.E.2, 16/09/93 reafirmando ilimitadamente las facultades reglamentarias del P.E., para denegar la petición formulada. Ante la resolución adversa, la defensa de Ammannato interpone recursos de casación y de inconstitucionalidad, arguyendo que la contradicción del reglamento administrativo con los artículos 16, 18 y 28 de la Constitución Nacional. La Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, con resolución de fecha 17/11/93, reg.87, rechazó los recursos excepcionales interpuestos acudiendo a argumentos formales relativos a la procedencia de los mismos. No obstante, concluyó su sentencia con un párrafo cuyo fuerte contenido valorativo y moralizante, lo hace merecedor de transcripción : "...En tal sentido, la mera reproducción de las disposiciones de los arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional -y en la medida en que en nuestro sistema jurídico no existen derechos absolutos-, no demuestra que la autoridad administrativa competente haya ejercido irrazonablemente la facultad de reglamentación que le otorga la misma Ley Fundamental, sobre

todo en presencia de una norma legal como la del art. 197 del código de rito que asegura a los condenados el derecho a recibir visitas íntimas periódicas pero al mismo tiempo exige que se lleven a cabo resguardando, entre otros valores, la decencia..." restringiendo de ese modo un derecho del recluso en beneficio del valor <<decencia>> al que obviamente no define ni explicita. Lo que sí resulta evidente es la contradicción que implica la mutilación de un derecho a mantener un contacto afectivo por parte del interno -con todas las consecuencias positivas que ello puede acarrear para el individuo- en el marco de una pretensa finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Otro ejemplo en ese sentido, es la resolución en caso "Puccio, Domingo", de la Sala VII de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la que si bien se reconoció la vigencia del derecho invocado por el interno no se lo protegió alegando la falta de medios materiales: "...no se aprecia como objetivo explícito ni implícito de tal internación, la abstención sexual forzosa. Ésta es un resultado disfuncional del sistema de encierro, por lo cual obedece a causas materiales y no a limitaciones expresas de la ley...", citado por Salt, 1999: 180, nota 64. 119 Lamentablemente llevado el caso al Tribunal de Casación de la Provincia, revocó la decisión al declarar la nulidad de lo actuado por la incompetencia del Tribunal Criminal que originalmente había entendido. (ver punto 3.3.3.a del presente trabajo)

120 Cabe reseñar que en el caso el voto conjunto conformador de la mayoría (Moliné O'Connor y López) sostuvo que: "...el propósito de readaptación social del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario y es expresamente predicado en el art. 1 de la L.P.N., se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad como los que han dado lugar a esta causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que deberá reintegrarse tras el cumplimiento de la pena...". En igual dirección el voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano, también mayoritario, quienes sostienen que: "...todo lo que proporciona la Constitución Nacional y sus inseparables raíces humanistas, con el peso de todos los derechos y garantías que consagra en el capítulo único de su 1ª parte, irresistible incluso para las recias puertas de la cárcel (...) ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad (...) los prisioneros son, no obstante ello, 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido

constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan los requerimientos del debido proceso (...) todo cuanto ha sido dicho no conduce a soslayar la realidad carcelaria, sus condiciones y requerimientos, sus necesarias imposiciones. Pero sí asienta determinadas premisas del control de constitucionalidad en esta causa. La afectación al secreto de las cartas que remita un preso no es sostenible por una suerte de pena accesoria, ni por el status de aquél (...) lo que las normas aplicables han impuesto no es otra cosa que una restricción al secreto epistolar, absoluta y permanente. No se distinguen oportunidades ni situaciones, condiciones, ni causas, remitentes ni destinatarios. Toda carta de todo preso, en todo momento, y dirigida a cualquier persona, está sometida al régimen aludido. Ello entraña, sin ambages, un allanamiento general e incesante del derecho durante el lapso de la condena (...) la administración penitenciaria omitió exponer y probar, siquiera mínimamente, que la realidad objetiva de la concreta vida carcelaria con la que debe vérselas, haga que la seguridad de los institutos penales y el conjuro de las mencionadas operaciones, necesiten, de una manera consistente, de la autorización para leer toda la correspondencia que emitan todos los internos (...) en un estado de derecho, la sola invocación de 'razones de seguridad' sin un andamiaje objetivo que lo motive, no puede justificar nunca la privación del goce de los derechos constitucionales..."

121 Ver al respecto, los I.P.P.N., años, 1993-4, 1994-5, y 1995-6.

122 Agrega inmediatamente el mismo autor que fue, paradójicamente, en un establecimiento propio de épocas anteriores, donde por primera vez se recurrió al argumento de la progresividad para legitimar la intervención sobre los privados de libertad : "...en efecto, el capitán Alexander Maconochie, como director del centro de deportación retribucionista establecido por las autoridades inglesas en la isla de Norfolk (Australia) puso en práctica allí, a mediados del siglo pasado, un régimen legitimado por la noción de progresividad (...) fundamentalmente como estrategia para obtener el sometimiento de los sentenciados a la disciplina de la institución..." Transcribe de Neuman (1971:132) : "...ni los castigos más inexorables ni las penalidades más cruentas, sirvieron para disciplinar aquel establecimiento, sucediéndose en su interior fugas, motines y hechos sangrientos. Nombrado Maconochie para dirigirlo, puso en práctica un régimen en que se sustituía la severidad por la benignidad y los castigos por los premios..."

123 Este sistema posteriormente denominado "Sistema Irlandés", fue puesto en funcionamiento

en Baviera por Obermaier, director de la prisión de Kaiserlautern, desde 1830, y más tarde (1842) de la de Munich (de la Cuesta Arizmendi, cit.); en España, en la colonia penal de Ceuta por el Ministro Canalejas, y en el Presidio de Valencia por Manuel Montesinos y Molina (Riveras Beiras, 1996:78); en Estados Unidos, en el reformatorio para menores de Elmira por Zebulon R. Brockway; en Inglaterra por el Presidente de la Comisión de Prisiones, Evelyn Ruggles Brise, para las instituciones denominadas "Borstals" que alojaban menores de edad (Sandoval Huertas, ob. cit.); y en definitiva luego recogido por diversas legislaciones penitenciarias como la de Italia, Holanda, Suiza, Bélgica, Francia, Portugal, Finlandia, Dinamarca, Brasil, Suecia, etc. (Neuman, 1971:154).

124 Dice textualmente la nota de elevación del P.E. a la legislatura: "...Frente a las diferentes alternativas propuestas para condenados se optó por abandonar el rígido carril de una progresividad obligada, que en la realidad de cada individuo puede resultar nociva y contraproducente. Se procura así, entrelazar las necesidades específicas del sujeto y el tratamiento institucional que se le brinda. El régimen al que se incorpora y los cambios posteriores estarán dados por el grado de aptitud que manifieste para dar respuestas de auténtico valor social a las diversas propuestas institucionales y no en base a un criterio disciplinario. El esfuerzo por mejorar las relaciones humanas, el ejercicio de la responsabilidad, el aprovechamiento de programas educativos y el interés por el trabajo, pueden considerarse indicadores válidos de su capacidad para responder a los requerimientos de la sociedad..."

125 En igual sentido, la legislación italiana y alemana.

126 La confusión es absoluta -por ejemplo- en el texto del decreto nacional 396/99, Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución, que en su artículo primero establece: "...La progresividad del régimen penitenciario consiste en un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos. Su base imprescindible es un programa de tratamiento interdisciplinario individualizado..." (el subrayado me pertenece).

127 Ver punto 3.2.1 de este trabajo.

128 Peor aún, la inclusión inicial en los distintos regímenes -como se anticipó- al depender tan sólo de la clasificación técnica realizada por la Administración Penitenciaria consagra

tajantemente un derecho penal de autor.

129 Así también lo afirma Salt en relación a la dependencia del régimen progresivo de los resultados del tratamiento en la ley nacional. No obstante fija un criterio interpretativo al que se debe adherir casi en su totalidad.

130 Expresión tomada del subtítulo de la obra citada.

131 Este proceso es denominado como <<la educación para ser buen detenido>> (Baratta, 1993:195), quien afirma que la adopción de un cierto grado de orden, del cual los jefes de los detenidos se hacen garantes (a cambio de privilegios) frente al personal de la institución, forma parte de los fines reconocidos en la comunidad carcelaria. Así expresa que : "...puede decirse que la adaptación a estas normas tiende a interiorizar modelos de comportamiento ajenos, pero que sirven al desenvolvimiento ordenado de la vida de la institución. Esto deviene el verdadero fin de la institución, mientras la función propiamente educativa se ve excluída en alto grado del proceso de interiorización de las normas, aún en el sentido de que la participación en actividades comprendidas en esta función se produce con motivaciones extrañas a ella, y de que se ve favorecida la formación de actitudes de conformismo pasivo y de oportunismo..." (1993:196).

132 Especialmente en el sentido de lex previa.

133 En el sentido asignado al término por Ferrajoli, 1995.

134 De otro modo, un recluso detenido por un delito federal en el interior de la Provincia debería esperar la mitad de la condena para ser incorporado al régimen de semilibertad, en tanto que si lo es por un delito provincial podría obtenerlo ab initio. O peor aún si los jueces aplicaran el art. 2 de la presente ley, dos reclusos con idéntica condena por resultar coautores de un delito federal, si estuvieran alojados en un establecimiento nacional deberían esperar ese lapso temporal, en tanto que si se alojasen en otro provincial, no.

135 Para lo cual el Juez se servirá de los informes de la autoridad administrativa (art. 95 y ss.) sin que su valor sea determinante, y sin perjuicio de receptar los que ofrezcan las partes.

136 Ver resoluciones del Dr. Ferraris, Juez de Ejecución del Tribunal Criminal n°2 del 23/12/1999 en causa "Juárez" y del Dr. Esteban Viñas, Titular del Juzgado de Transición n°2, del 15/3/2000 en causa "Luna"; ambos del Departamento Judicial Mar del Plata.

137 Debe advertirse que las interpretaciones más amplias de la ley nacional, obviamente en cuanto no vulneren la igualdad deben ser extendidas a la provincia.

138 Sobre las problemáticas que plantea la norma y los diversos vaivenes en su interpretación ver las distintas resoluciones del Juzgado Nacional de Ejecución N°2 en los casos "Carpintieri Guemil", del 12/2/97; "Arce", del 10/4/97; "Olivera" del 18/4/97; "Merchant Sepúlveda" del 2/5/97; "Montoya" del 10/6/97; "Senillosa" del 10/6/97; "Almada" del 19/5/97; "Zappa", del 14/9/97; "Amarilla" del 10/9/97; "Scheneider" del 23/9/97; "Telledín" del 26/9/97; todos ellos citados en Bombini, 2000.

139 El legislador provincial como el nacional, parece haber seguido en la consagración de estas alternativas al régimen contenido en la legislación italiana, y en menor medida, la española y alemana; por lo que como he intentado de transmitir (Bombini, 1998) las experiencias y jurisprudencia provenientes del ámbito europeo pueden tener trascendental relevancia. En ese sentido, Pavarini, 1999, y Salt, 1999a.

140 Se advierte que no aparece el régimen de semilibertad como en la ley nacional, que -no obstante- viene a ser abarcado por un entendimiento más amplio de las denominadas formas semi institucionales, por tanto equiparables a aquel.

141 Es preferible el criterio más amplio contenido en la ley provincial y receptado por el Juzgado en lo Correccional n°1 de Mar del Plata, in re "Baliño", del 13/4/2000, en el que pese a haber sido condenado a siete (7) meses de prisión de efectivo cumplimiento, al momento de su ejecución restaban cumplir -a través del cómputo del tiempo sufrido en detención producto de la prisión preventiva- unos dos meses y diecinueve días. Pareciera que una interpretación estricta del régimen nacional no habilitara a ello, no obstante en función de las finalidades del instituto y teniendo presentes los efectos nocivos que acarrearán las estancias cortas en prisión, lo que unánimemente es reconocido en doctrina y legislación, es preferible el criterio amplio más adecuado al texto provincial.

142 Una solución distinta propicia la ley nacional (art. 56), no obstante no existe mayor problema en adoptar la prevista en la provincial.

143 Vgr. causa "Baliño" del Juzgado en lo Correccional n°1 de Mar del Plata)

144 Por ejemplo, el voto del Dr. Adler in re "Novelino" del 29/11/99, Tribunal en lo Criminal n°3 de Mar del Plata).

145 Ni siquiera el principio favor rei (invocado por el Dr. Alemanno en su voto en causa "Ríos" del 10/11/99) alcanza para sustentar tal solución toda vez que debe primar el principio de

igualdad.

146 En cuanto impone el alojamiento en celda individual que debe permanecer cerrada.

147 Al restringir las comunicaciones en la modalidad moderada y supeditarla a arbitrarias exigencias en la modalidad severa.

148 El repaso sobre los orígenes del instituto resulta interesante para su definición como un verdadero derecho y no como un mero beneficio. En relación a ello, No obstante las controversias sobre los orígenes de este instituto en la legislación, puede afirmarse que el mismo procede del sistema de Maconochie y Crofton aunque también había disposiciones similares en el Código Penal español de 1822. En general, puede decirse que su difusión se vio favorecida por la escuela correccionalista de Röder. (Zaffaroni, 1983:174). Si bien en Argentina el primer antecedente legislativo fue el proyecto de 1891, a los fines del análisis que aquí se pretende realizar en torno a la operatividad del instituto y las funciones materiales del encierro así programado, resulta valioso conocer algunos aspectos de la <<gracia>> que preveía el denominado Código Tejedor y el código de 1886, tomadas del Código de Baviera, de 1813 que fuera delineado por v. Feuerbach. El artículo 99 del Código Tejedor disponía en relación a la pena de presidio que : "... la condenación por tiempo indeterminado deja sin embargo al condenado la esperanza de merecer su libertad, dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no incurre en castigo por actos de maldad o desobediencia, o de cualquier otra señal irrecusable de corrección. En estos casos podrá obtener su gracia luego de quince años de pena...". Los artículos 100 y 105 completaban la normativa, previendo la <<gracia>> para el presidio a tiempo determinado, caso en el cual se podía otorgar pasada la mitad de la condena; y para la pena de penitenciaría, respectivamente. Similares reglas se hallan en los artículos 73 y 74 del mencionado código de 1886. (ob. cit.:175-176). Si bien los proyectos legislativos posteriores y los diversos comentarios doctrinarios dejan sentada la diferencia existente entre la <<gracia>> y la libertad condicional concebida como un derecho (conf. ibídem), es interesante tener en cuenta tal antecedente para verificar cómo en su efectiva operatividad, la libertad condicional todavía adopta las formas de su antiguo y lejano precedente. Esa misma distinción se emparenta - precisamente- con la discusión sostenida en torno al carácter de derecho o de mero beneficio del instituto de la libertad condicional, en el sentido que, en definitiva resulta potestativo del

juzgador su efectivo otorgamiento. En ese aspecto, lógica es la conclusión de Zaffaroni, en cuanto señala que "...carece de todo sentido plantear la pregunta acerca de si el tribunal tiene el deber de disponerla cuando se hallan reunidos los requisitos legales, al menos si se descarta que tenga carácter graciable..." (ob. cit. :184).

149 : "...el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones : 1º residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2º observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas; 3º adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4º no cometer nuevos delitos; 5º someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes ..."

150 "...transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional (...) y siempre que el condenado hubiere mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad..."

151 Para ello, ver Zaffaroni, 1983, o Zaffaroni - Baigún, 1997, Código Penal Argentino y Normas Complementarias, Buenos Aires: Hammurabi.

152 En tal sentido en causa "Da Rosa Burgos", con resolución de fecha 22/12/94, la Sala III de la Excma. C.N.C.P., relativizó la entidad de los informes carcelarios de carácter administrativo, y precisó el alcance de la expresión <<inobservancia de los reglamentos carcelarios>> contenido en el artículo 13 del Código Penal, para otorgar la libertad condicional requerida : "...es que los informes carcelarios, no son determinantes de la decisión de los jueces, tratándose de un relato o noticia acerca del modo en que se ha comportado el interno durante el tiempo de encierro y que aquellos deben en el caso concreto evaluar. Como se dijera 'ut supra', en definitiva lo que realmente tiene relevancia en tanto se verifique, es si el condenado ha cometido infracciones de

gravedad..." En igual sentido, la misma Sala III de la C.N.C.P., reafirmó tales conceptos en "Nuñez del Arco", también del 22/12/94; en "Sanchez", del 12/04/95; en "Barrella", del 17/04/95; en "Abagnale" del 22/11/95, y las Sala IV en "Barboza Rivero", del 24/06/96 y "Campos". Igual criterio para la concesión de la libertad condicional utilizó ese J.N.E. 1 en "Luque Díaz", de fecha 25/03/97, acudiendo a lo resuelto por la C.N.C.P. en causa "Barrella", añadiendo a los argumentos antes vertidos algunos aditamentos de tono más firme y certero también extraídos del Tribunal casatorio : "...Que también cabe agregar : 'que al respecto, hay que recordar que la libertad condicional es un acto de competencia del Poder Judicial y no del Administrativo. Resulta indiscutible la atribución de los órganos jurisdiccionales de juzgar los informes carcelarios adentrándose en ellos, sin estar limitados por las calificaciones contenidas en aquellos'..."

153 En ese sentido, debe ser interpretado el artículo 100 de la ley 12.256, cuando requiere la evaluación técnica favorable. Los informes emitidos por la autoridad administrativa no son más que un elemento probatorio más a merituar dentro de un sistema probatorio con amplitud valorativa (art. 210 del CPPBA), pero en ningún caso un requisito legal para la procedencia de algún instituto.

154 Art. 54: "...La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal..."

155 Se pronunciaron en contra el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°1 de San Martín en incidente en causa n°223 "Gianmuso", citado en el trabajo de Borinsky, 1997:1000.

156 Del Juzgado Nacional de Ejecución n°2 de la Capital Federal en fallos "Sosa", del 8/1/97; "Del Águila", del 11/3/97; "Banfo" del 2/5/97 (citados por Borinsky, ob.cit.: 1002, nota 8); y del Juzgado Nacional de Ejecución n°1 "Díaz Castañeda", del 25/6/98 (citado por Salt, 1999a:254, nota 209).

157 Ver Juzgado en lo Correccional n°1 de Mar del Plata "Cequeira".

158 En tal sentido, en Causa 46/99: Perez, Juan Pablo, 16/07/99, el Dr. Enrique Ferraris, Juez de Ejecución del Tribunal Criminal n° 2, departamento judicial Mar del Plata con confirmación (19/08/99), de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Garantías y Apelaciones de Mar del Plata. Por el contrario, aún cuando no con fundamentos expresos lo resuelto en Causa n°229

"Sisterna, José Raúl", 10/03/2000 por el Dr. Eduardo Alemano. Juez de Ejecución del Tribunal Criminal n° 3, Departamento Judicial Mar del Plata.

159 1) Residir en el domicilio consignado en la resolución judicial; 2) Procurarse un trabajo u oficio; 3) No frecuentar personas o lugares y abstenerse de actividades o conductas inconvenientes para su adecuada inserción social; 4) Presentarse al patronato de liberados responsable de su asistencia y supervisión.

160 Ley 12.543, Publicada en B.O. el 14 de diciembre de 2000.

161 En ese sentido, Baratta, 1987.

162 En un trabajo inédito sobre la problemática, que se halla en prensa, Edit Ediar.

163 Sobre el particular harto ilustrativo resulta Michel Foucault en cuanto sostiene al explicar el cambio que supuso la eliminación de las penas públicas por las formas custodiales de castigo, que: "...el castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal (...), publicidad, por tanto, de los debates y de la sentencia, pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénese pues a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar. De ahí ese doble sistema de protección que la justicia ha establecido entre ella y el castigo que impone. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia (...) hay en la justicia moderna y en aquellos que la administran una vergüenza de castigar..." (1989:17).

164 Fueron los defensores oficiales de todos los distritos quienes realizaron la recorrida por los lugares de detención, y constataron, entre otras, las siguientes irregularidades: El régimen de visitas es inapropiado. No hay instalaciones para recibir a los familiares de los detenidos. La comida es pésima. La sirven fría y, en algunas oportunidades, en estado de descomposición. Faltan elementos de limpieza para la adecuada higiene de los procesados. En algunas comisarías los mantienen hasta 15 horas sin permitirles ir al baño, que, además, son deficientes. Las celdas no tienen ventilación y, en muchos casos, los detenidos tienen que dormir en el piso. La Justicia ordenó en los últimos meses de este año la clausura de los calabozos de las comisarías de Boulogne y Barracas, partido de San Isidro: Don Torcuato; Tigre: Victoria, San Fernando y las celdas de la comisaría 1ª de Mar del Plata. Siempre por las mismas escalofriantes causas que se repiten lugar tras lugar. En las cárceles la situación no es diferente. El juez Raúl Borrino visitó el

penal de Olmos y verificó que, además de alojar un 50 por ciento más de personas por sobre su capacidad, "las celdas no están aireadas, hay retretes sin descarga de agua y existe una lluvia de líquidos cloacales por deterioro de los caños", describió el magistrado ahorrando innumerables detalles. Estas circunstancias, dice Borrino, "aparecen inmediata e intuitivamente como repugnantes al tratamiento mínimamente digno de las personas". (ver Página 12, cit.)

165 Obviamente, no como única estrategia, pues es sabido que en la transformación de la cárcel aparecen diversos recursos infinitamente más aptos que el jurídico para concretar ese objetivos. Me refiero sustancialmente a aspectos sociales, sanitarios, políticos, comunitarios, etc.; que trascienden sobradamente el escenario punitivo.

166 En este sentido, Ferrajoli (1998)

167 Aún cuando ideológicamente difícil, muy gráficos en tal sentido los análisis italianos ya referidos de Pavarini y Ferrajoli.

168 Claro es el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/7/88 al expresar : "...por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana...".